

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Abril-Junho/2002 – Ano 39 – N° 154



Sérgio Telles, "Mercado de Luanda", 1975. Acervo do Senado Federal.

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 39 • nº 154

abril/junho – 2002

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Revista
de
Informação
Legislativa

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade
Presidente do Senado Federal – 1961-1967
Isaac Brown
Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967
Leyla Castello Branco Rangel
Diretora – 1964-1988

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 311-3575, 311-3576 e 311-3579
Fax: (61) 311-4258. E-Mail: ssetec@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva, Cláudia Moema de Medeiros Lemos

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Greyciane Souza Lins e Yuri G. B. Batista

REVISÃO DE PROVAS: Maria de Jesus Pimentel, Larissa dos Santos Aguiar,
Claudane Almeida Gonçalves, Ângela de Castro Mota,
Alessandra Araújo Vieira

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Camila Luz Ferreira, Saulo Santos Briseno

CAPA: Renzo Viggiano

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. -
- Ano 1, n. 1 (mar. 1964) - . - Brasília: Senado Federal, Subsecretaria
de Edições Técnicas, 1964- .
v.

Trimestral.

Ano 1-3, nº 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, nº
11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9- , nº 34- , publ. pela
Subsecretaria de Edições Técnicas.

1. Direito — Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Subsecretaria
de Edições Técnicas.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Revista de Informação Legislativa

Brasília · ano 39 · nº 154 · abril/junho · 2002

Carlos Alberto Bittar Filho	A classificação dos contratos no Direito brasileiro vigente 7
Valerio de Oliveira Mazzuoli	O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas 15
Antonio Fonseca	Importação paralela de medicamentos 31
Gabriel Boavista Laender	Interconexão, <i>unbundling</i> e compartilhamento de meios de redes de telecomunicação 41
Raul José de Galaad Oliveira	Poder soberano e constituições europeias 51
Plínio Melgaré	Direitos humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais 71
Bruno Galindo	As mudanças constitucionais no Brasil e na Alemanha em virtude da adaptação ao direito da integração 93
Jorge Barrientos-Parra e Carlos Alberto Bezerra Jr.	Justiça e legalidade do Imposto Predial e Territorial Urbano progressivo 115
Álvaro Mariano da Penha	Conceitos de direito e a tridimensionalidade jurídica 123
José Guilherme Villela	O advogado nos juízos, tribunais e órgãos da administração pública 129
Luciane Amaral Corrêa	A cláusula do tratamento nacional em matéria tributária do GATT/94 e o Brasil: validade e responsabilidade internacional em face do artigo 151, III, da Constituição Federal de 1988 [<i>segunda parte</i>] 139
Paulo José Leite Farias	O caráter dinâmico do controle judicial sobre as normas-princípios ambientais e a sua concretização protetiva na sentença judicial [<i>segunda parte</i>] 155
Vandré Augusto Búrigo	Sistema eleitoral brasileiro – a técnica de representação proporcional vigente e as propostas de alteração: breves apontamentos 177
João Hélio de F. M. Coutinho, Ana Carla Buarque de Gusmão Noya e Tatiana de Lima Nóbrega	Instrumentos jurídico-econômicos e preservação do meio ambiente: um enfoque no ICMS Sócio-Ambiental 189

Luciane Moessa de Souza	Mudança de paradigmas e a práxis jurídica contemporânea 203
João Paulo Allain Teixeira	Crise moderna e racionalidade argumentativa no direito: o modelo de Aulis Aarnio 213
Élcio Cruz de Almeida e Chrystian Drummond Sardagna	O reformismo agrário nos países democráticos 229
Kelly Susane Alflen da Silva	Hermenêutica <i>generalis</i> . Sobre a formação da “opinião” jurídica pelos argumentos jurídicos no limiar do século XXI 237
Carlos Antonio de Almeida Melo	O preâmbulo da Constituição e os princípios jurídicos 249
Felipe Kern Moreira	A fragmentação do sistema internacional de segurança coletiva e os desafios da segurança latino-americana 259
Oswaldo Maldonado Sanches	Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal 269

Resenha Legislativa

(artigos de contribuição da Consultoria Legislativa do Senado Federal)

André Eduardo da Silva Fernandes	Uma digressão sobre a evolução do pensamento econômico: os limites do crescimento 303
----------------------------------	---

OS CONCEITOS EMITIDOS EM ARTIGOS DE COLABORAÇÃO SÃO DE RESPONSABILIDADE DE SEUS AUTORES.
--

A classificação dos contratos no Direito brasileiro vigente

Carlos Alberto Bittar Filho

Consoante Orlando Gomes, podem os contratos ser classificados da seguinte maneira: a) bilaterais (sinalagmáticos) e unilaterais; b) onerosos e gratuitos; c) consensuais e reais; d) solenes e não-solenes; e) principais e acessórios; f) instantâneos e de duração; g) de execução imediata e de execução diferida; h) típicos e atípicos; i) pessoais (*intuitu personae*) e impessoais; j) civis e mercantis; l) individuais e coletivos (1994, p. 70).

Fundamenta-se a divisão dos contratos em bilaterais (ou sinalagmáticos) e unilaterais no fato de os primeiros gerarem obrigações recíprocas e de os segundos criarem obrigações unicamente para uma das partes (p. 71).

A essência dos negócios sinalagmáticos (ou bilaterais) é o *sinalagma*, consistente na dependência recíproca das obrigações por eles geradas – afinal, cada um dos contraentes constitui simultânea e reciprocamente credor e devedor do outro (GOMES, 1994, p. 71; BEVILÁQUA, 1979, p. 208, DE PAGE, 1964, p. 808).

A dependência pode ser genética, se existe desde a formação do negócio, ou funcional, se surge em sua execução (GOMES, 1994; DIEZ-PICAZO, 1972, p. 547-548). Aliás, na qualidade de elementos categoriais essenciais (dimensão da existência do negócio), encontram-se exatamente o acordo sobre o sinalagma genético (prestação e contraprestação, uma como causa da outra, por ocasião da formação do contrato) e o acordo

Carlos Alberto Bittar Filho é Procurador do Estado de São Paulo e Doutor em Direito pela USP.

sobre o sinalagma funcional (prestação e contraprestação, uma como causa da outra, não só na formação, mas também na execução do contrato) (AZEVEDO, 1974, p. 46).

Como corolário da interdependência das obrigações, o contraente não pode, antes de cumprir sua obrigação, do outro exigir adimplemento da que lhe incumbe. Em havendo descumprimento por parte de um dos contraentes, o outro pode opor-lhe, paralisando a execução do contrato, a exceção de inexecução ou exceção de contrato não-cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), com fundamento no artigo 1.092, 2ª alínea, do Código Civil. A *exceptio non adimpleti contractus* consiste, em última análise, em um contradireito do obrigado que torna ineficaz a pretensão do credor (ENNECCERUS; KIPP; WOLFF, 1954, p. 168), não podendo ser invocada, todavia, contra a Administração, por conta do princípio da continuidade do serviço público (CRETELLA JÚNIOR, 1997, p. 64).

Em sede de contrato de locação, já se decidiu que não há espaço para a aplicação da *exceptio non adimpleti contractus*, se o móvel da execução em análise é um acordo firmado pelas partes em autos de ação de despejo, e não um contrato propriamente dito (STJ, RESP 191.502-SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 29/3/00).

Pela mesma razão da interdependência das obrigações, nos contratos bilaterais presume-se a existência da condição resolutiva (Código Civil, art. 119, parágrafo único); o inadimplemento culposo de obrigação por uma das partes constitui justa causa para a resolução do contrato, cuja eficácia está subordinada ao cumprimento das obrigações contraídas pela parte que, nas circunstâncias, deve satisfazê-las. Enfim, na mecânica dos contratos bilaterais, a obrigação de um dos contraentes é a razão de ser da obrigação do outro; a doutrina clássica explicava esse fenômeno pela idéia de causa, ensinando que, se uma obrigação deixa de ser cumprida, a obrigação correlata a perde (GOMES, 1994, p. 71-72). A cláusula resolutiva

tácita deve ser posta em relevo pela intervenção do Poder Judiciário, para que se não possa alegar surpresa; cuida-se, pois, de elemento de segurança para as relações jurídicas (BEVILÁQUA, 1979, p. 375).

Aqui, entende a jurisprudência que a resolução do contrato pela via prevista no artigo 1.092, parágrafo único, do Código Civil depende de prévia interpelação judicial do devedor, nos termos do artigo 119, parágrafo único, do mesmo diploma, a fim de convocá-lo ao cumprimento da obrigação; mesmo se inexistir prazo certo para o cumprimento da obrigação, a configuração da mora – que apresenta caráter *ex persona* – não prescinde de prévia interpelação do devedor (STJ, RESP 159.661-MS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 9/11/99).

Nos negócios patrimoniais, há fins típicos, de caráter geral, que correspondem a toda atribuição, determinando-lhes a natureza e o regime legal. Indaga-se, igualmente, para que se faz a atribuição. Sob essa perspectiva, o fim é o resultado jurídico próprio do negócio realizado pelas partes para a atribuição patrimonial; assim, o fim típico do pagamento de uma dívida é sua extinção. É esse fim de ordem geral que se denomina causa da atribuição patrimonial, *id est*, a projeção de uma causa genérica em certa relação negocial. A causa, pois, nesse contexto, assume o significado de finalidade usual, ou típica, do comércio jurídico que se visa a alcançar com a atribuição.

As causas de atribuição patrimonial podem ser tripartidas, fundamentalmente, em: a) *causa adquirendi*; b) *causa solvendi*; c) *causa donandi*. Tem *causa adquirendi* toda atribuição para obter contraprestação (*do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*). A atribuição patrimonial para a extinção de uma dívida tem *causa solvendi*. Nas atribuições para o enriquecimento gratuito de outrem, vislumbra-se a *causa donandi* (GOMES, 1977, p. 394; MELLO, 1998, p. 180-181).

A causa de atribuição patrimonial é requisito necessário à validade da obrigação contratual; a lei condiciona a eficácia da atri-

buição patrimonial à realização da causa. Nos negócios bilaterais, é preciso ainda que o acordo de vontades se dê validamente sobre a causa. Se, exemplificativamente, nulo é o contrato de compra e venda por incapacidade absoluta do vendedor, o comprador não é obrigado a pagar o preço (falta de *causa adquirendi*); se a atribuição patrimonial se faz quando a causa não se realizou, ou desapareceu, há enriquecimento sem causa (GOMES, 1997, p. 395).

Em outras palavras, por meio do contrato bilateral cada parte se obriga, em face da outra, a uma prestação, fazendo-o precisamente para obter a contraprestação fixada no contrato. A contraprestação é, a juízo de cada parte, o exato equivalente de sua própria prestação. Um contrato bilateral pressupõe sempre que cada um obtenha por sua prestação um equivalente, o qual, objetivamente considerado, pode ser notavelmente inferior ao valor da prestação, mas há de poder considerar-se como tal equivalente por aquele que realiza a prestação.

Se isso pertence à essência do contrato bilateral, constituindo sua peculiaridade específica e, portanto, sua natureza jurídica, um contrato celebrado como bilateral perde seu sentido quando, por força de uma transformação das circunstâncias, a relação de equivalência se modifica tanto que já não se pode falar de contraprestação, de um equivalente que possa considerar-se como tal. Em semelhante caso, a base do contrato desaparece (LARENZ, 1956, p. 130-131). Fala-se, aqui, da teoria do rompimento da base negocial. Diferentemente da teoria da imprevisão – que exige o requisito da imprevisibilidade –, rompe-se a base negocial sempre que a modificação das circunstâncias presentes na formação do contrato inviabilizar-lhe a finalidade (TARGS, Ap. Cív. 194.030.508, rel. Juiz Márcio de Oliveira Puggina).

É no campo dos contratos sinalagmáticos que se pode falar em cessão de contrato. Consiste ela, em última análise, na substituição de um dos contratantes por outra

pessoa, que passa a figurar na relação jurídica como se fora a parte de quem tomou o lugar. Três figuras participam da cessão: o cedente, o cessionário e o cedido. Cedente é o contratante originário, que transfere a terceiro sua posição contratual. Cessionário é quem o substitui. Cedido é a parte que permanece na relação contratual, por ser imprescindível seu assentimento. Exigem-se dois requisitos para a cessão: a) que o contrato seja sinalagmático; b) que as prestações não hajam sido satisfeitas, no todo, pelos contratantes (GOMES, 1994, p. 148-149).

A classificação dos contratos em onerosos e gratuitos funda-se no fato de que, por meio daqueles, ambas as partes obtêm proveito – ao qual corresponde um sacrifício –, enquanto, por meio destes, apenas uma delas o obtém (GOMES, 1994, p. 73-74). Exemplificativamente, são onerosos o mútuo feneratício e a compra e venda, enquanto são gratuitos o comodato e a doação.

É fundamental que se mencione a distinção existente entre onerosidade e bilateralidade. Esta leva em conta a eficácia geradora de obrigações para ambas as partes do negócio jurídico, ao passo que aquela se baseia na idéia de eventual sacrifício que a parte deve suportar para usufruir da vantagem proporcionada pelo contrato.

Nos contratos onerosos pelos quais se transfere o domínio, a posse ou o uso, será obrigado o alienante a resguardar o adquirente dos riscos da evicção, ressalvada exclusão expressa dessa responsabilidade.

Salvo estipulação em contrário, tem direito o evicto, além da restituição integral do preço ou quantias pagas, à indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir, à das despesas dos contratos e dos prejuízos que diretamente resultarem da evicção e às custas judiciais (CC, arts. 1.107 e ss.).

Podem os contratos onerosos subdividirse em comutativos e aleatórios. Nos comutativos, há uma relação subjetivamente equivalente entre vantagem e sacrifício, ou seja, certeza quanto às prestações. Nos alea-

tórios, há incerteza sobre se a vantagem esperada será proporcional ao sacrifício, expondo-se os contratantes à alternativa de ganho ou perda (GOMES, 1994, p. 74-75). A presença decisiva da *alea* em seu respectivo contexto é, pois, o que caracteriza o contrato aleatório, distanciando-o do contrato comutativo.

A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos que a tornem imprópria ao uso a que é destinada ou lhe diminuam o valor (vícios redibitórios: CC, arts. 1.101 e ss.). Ressalvada cláusula expressa no contrato, a ignorância de tais vícios pelo alienante não o exime da responsabilidade.

Se o alienante conhecia o vício ou o defeito, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o desconhecia, apenas restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato.

Ao adquirente é dado escolher, de modo irrevogável, uma das duas ações denominadas edilícias: a) ação redibitória, para a rejeição da coisa; b) ação estimatória (ou *quantum minoris*), para a obtenção de abatimento do preço (GOMES, 1994, p. 95).

No âmbito das relações de consumo, o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem objetivamente pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos (CDC, art. 12). O fornecedor de serviços, por seu turno, responde objetivamente pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (CDC, art. 14).

Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não-duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou

inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. Não sendo o vício sanado em trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: a) a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; b) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; c) o abatimento proporcional do preço (CDC, art. 18).

Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou da mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: a) o abatimento proporcional do preço; b) a complementação do peso ou medida; c) a substituição do produto por outro da mesma espécie; d) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (CDC, art. 19).

O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, bem como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: a) a reexecução dos serviços; b) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; c) o abatimento proporcional do preço (CDC, art. 20).

Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas futuras, cujo risco de não virem a existir assumo o adquirente, terá direito o alienante a todo o preço, desde que

de sua parte não tenha havido culpa, ainda que delas não venha a existir absolutamente nada.

Se for aleatório, por serem objeto dele coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá também direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada.

Se for aleatório, por referir-se a coisas existentes, mas expostas a risco, assumido pelo adquirente, terá igualmente direito o alienante a todo o preço posto que a coisa já não existisse, em parte ou no todo, no dia do contrato (CC, arts. 1.118 e ss.).

Dividem-se os contratos em consensuais e reais com supedâneo na circunstância de aos primeiros bastar, para se tornarem perfeitos e acabados, a integração entre proposta e aceitação, exigindo os segundos a efetiva entrega da coisa. Entre os primeiros, encartam-se a compra e venda, a locação e o mandato; entre os segundos, o comodato, o mútuo e o depósito. Os consensuais formam-se *solo consensu*, ao passo que os reais, além do consentimento, exigem a *traditio* para se formarem (GOMES, 1994, p. 75-77).

Por sua vez, se há a necessidade de que ao consentimento se ajunte a obediência a determinada forma prescrita pelo ordenamento jurídico a fim de que se forme o contrato, está-se a cogitar de contrato solene. Em contraposição aos contratos solenes (ou formais), os contratos não-solenes são aqueles formados pelo simples consentimento das partes, em consonância com o moderno princípio da liberdade de forma.

Aqui, importa que se distinga forma de prova. Esta consiste em qualquer fato hábil à demonstração da existência do contrato. Aquela, por sua vez, constitui a maneira pela qual a manifestação de vontade deve exteriorizar-se no momento da formação do contrato (GOMES, 1994, p. 77-78).

Os contratos são ditos acessórios quando dependem da existência de outros, denominados principais. A função precípua

dos contratos acessórios é garantir o cumprimento de obrigações contraídas em contrato principal. Em virtude do princípio por força do qual o acessório segue o principal, há entre o contrato principal e o acessório uma relação de subordinação. Dessa maneira, a extinção do contrato principal acarreta a do contrato acessório, o mesmo ocorrendo na hipótese de nulidade (GOMES, 1994, p. 78).

Quando se fala em contrato instantâneo ou de execução única, está-se a referir aos contratos cujas prestações podem ser realizadas em um só instante. No que diz respeito aos contratos de duração, são aqueles cuja execução não pode ser realizada em um só instante. Subdivide-se essa espécie em contratos de execução periódica (ou de trato sucessivo) – executados mediante prestações periodicamente repetidas – e contratos de execução continuada – aqueles cuja prestação é única, mas ininterrupta (GOMES, 1994, p. 79-80).

Contrapõem-se aos contratos de duração os instantâneos ou de execução única, os quais são executados em um só momento. Se a execução se dá imediatamente após sua conclusão, são denominados contratos de execução imediata; se a execução é protraída para outro momento, cuida-se dos contratos de execução diferida (GOMES, 1994, p. 81).

Denominam-se típicos (ou nominados) os contratos regulamentados pela lei, sendo atípicos (ou inominados) os que não se encontram especificamente regulados (GOMES, 1994, p. 81).

Fala-se em contratos pessoais (ou *intuitu personae*) quando a consideração da pessoa de um dos contraentes é elemento causal do contrato, ou seja, elemento determinante de sua conclusão. Se a pessoa concreta do contratante é juridicamente indiferente, reputa-se impessoal o contrato. Dada a natureza personalíssima da obrigação decorrente dos contratos pessoais, é ela intransmissível, quer *mortis causa*, quer por meio de cessão (GOMES, 1994, p. 82-83).

Os contratos são considerados civis ou mercantis quando colocados sob o pálio, respectivamente, do Direito Civil ou do Direito Comercial. Em outras palavras, o contrato é civil ou mercantil em razão da qualificação da atividade. Essa dicotomia vem perdendo o interesse em decorrência do processo de “comercialização do Direito Civil” e da unificação, em países como a Itália, do Direito Privado (BITTAR, 1994, p. 488-489).

O contrato é denominado coletivo quando estatui normas que devem presidir à formação dos contratos individuais subordinados, ou determinar alterações no conteúdo de contratos em curso. Trata-se, pois, de acordo normativo. É o caso típico da convenção coletiva de trabalho (GOMES, 1994, p. 83-84). É igualmente o caso da convenção coletiva de consumo, por meio da qual as entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo; tal convenção somente obrigará os filiados às entidades signatárias (CDC, art. 107).

Além de tais classificações, a doutrina consagra outras. Assim, os contratos também podem ser divididos em: a) paritários (ou negociados) e por adesão; b) de alienação de bens, de transmissão de uso e gozo, de prestação de serviços, de conteúdo especial e associativos; c) complexos (mistos) e coligados; d) básicos e derivados.

Nos paritários (ou negociados), entrelaçam-se as partes depois de livremente discutidas as cláusulas, as quais são elaboradas de comum acordo e em conformidade com as peculiaridades do negócio. Já nos contratos por adesão, as cláusulas se encontram predispostas, em decorrência de prévia ordenação legal ou regulamentar, ou de uma das partes, cabendo à outra a mera aceitação de seus termos (BITTAR, 1994, p. 492-493). O Código do Consumidor define o

contrato de adesão como sendo aquele cujas cláusulas hajam sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo (art. 54); relativamente a essa espécie de contrato, admite-se a cláusula resolutória, desde que alternativa (§ 2º).

Do contrato de adesão se aproxima o contrato-tipo pela forma; este contém já o esquema concreto dos futuros contratos individuais, de modo que os contratantes nada mais têm a fazer do que subscrevê-los. Distingue-se o contrato-tipo do contrato de adesão sob os aspectos funcional e estrutural. Do ponto de vista funcional, enquanto o contrato-tipo se emprega quando os futuros contratantes pertencem a categorias contrapostas e organizadas de interessados, o contrato de adesão é utilizado quando uma das categorias de interessados não constitui grupo identificável. Estruturalmente, por sua vez, enquanto no contrato de adesão o conteúdo é sempre pré-estabelecido por uma das partes, no contrato-tipo pode ser o resultado de elaboração da qual participem, em igualdade de condições, os interessados (GOMES, 1994, p. 127).

Por meio dos contratos de alienação de bens, efetiva-se a transferência de direitos sobre bens disponíveis. Por meio dos contratos de transmissão de uso e gozo, admitem-se terceiros na fruição da coisa. Envolvem os contratos de prestação de serviços a utilização de energia pessoal alheia, em si ou na consecução de coisas materiais ou imateriais definidas. Na categoria dos contratos de conteúdo especial, encartam-se os ajustes que não se enquadram nas anteriores classificações, dizendo respeito a relações que não permitem uma conjugação de objetivos. Por intermédio dos contratos associativos, as partes se congregam em torno de objetivos comuns (BITTAR, 1994, p. 494).

Contratos complexos (ou mistos) são os decorrentes da combinação de elementos de diversos contratos, reunidos em novas figu-

ras não reguladas na lei. Contratos coligados, por sua vez, são os que nascem necessariamente juntos em determinadas relações, por imposição da lei ou por vontade das partes (GOMES, 1994, p. 497).

Dá-se a derivação contratual quando, a partir de em dado contrato (básico ou principal), um dos contraentes transfere a outrem direitos correspondentes à sua posição jurídica, permanecendo vinculado. Por meio da derivação, surge nova relação contratual, dependente do contrato-base, ficando a parte, no contrato derivado (ou subcontrato), com direitos correspondentes à posição do contratante originário (GOMES, 1994, p. 497-498).

Bibliografia

- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1974.
- _____. *Negócio jurídico e declaração negocial: Noções gerais e formação da declaração negocial*. São Paulo, 1986 (tese).
- _____. A boa fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 78-87, set./dez. 1992.
- _____. Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 90, p. 121-132, 1995.
- _____. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 19, n. 1, 1974.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Rio, 1979 (Edição Histórica, v. 1-2).
- BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. 1, 1994.
- _____. *O direito civil na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- _____. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Da lesão no direito brasileiro atual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *Teoria da imprevisão: dos poderes do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DE PAGE, Henri. *Traité Élémentaire de droit civil belge*. 3. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1964. t. 2.
- DIEZ - PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1972. v. 1.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, 1954. t. 2, v. 1.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- _____. *Introdução ao direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
- TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1965.

O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Sumário

1. Introdução. 2. Hierarquia entre os tratados e a lei interna: o caso brasileiro. 3. Paridade normativa declarada pela excelsa corte: aplicação da regra “lex posterior derogat priori”. 4. Nosso posicionamento frente à posição do Supremo Tribunal Federal. 5. Conclusão.

1. Introdução

Este trabalho se propôs a estudar a maneira pela qual o judiciário brasileiro, em especial o Supremo Tribunal Federal, relaciona-se com o problema concernente ao conflito entre tratados internacionais e leis internas.

Para tanto, num primeiro momento, verificou-se como a Excelsa Corte brasileira se relaciona com o conflito entre tratados internacionais e leis internas, para, em seguida, estudar-se quais as conseqüências desse posicionamento. Por fim, foram tecidas críticas à posição do STF no que atine a essa matéria, concluindo-se pela superioridade dos tratados internacionais em face da legislação interna infraconstitucional.

2. Hierarquia entre os tratados e a lei interna: o caso brasileiro

O texto constitucional de 1988, como se sabe, salvo no que diz respeito aos tratados de proteção dos direitos humanos, que têm índole e nível constitucional (art. 5º, § 2º), em nenhum de seus dispositivos estatuiu,

Valerio de Oliveira Mazzuoli é advogado em Presidente Prudente-SP.

de forma clara, qual a posição hierárquica do direito internacional perante o nosso direito interno. Deixou para a jurisprudência e para a doutrina essa incumbência. A Excelsa Corte brasileira (Supremo Tribunal Federal), há mais de vinte anos (desde 1977), já firmou de modo praticamente absoluto seu posicionamento no que diz respeito à essa matéria. Esclareça-se que estamos tratando, aqui, dos tratados internacionais *comuns* ou *tradicionais*. A sistemática de incorporação dos tratados de proteção dos *direitos humanos* no ordenamento brasileiro não é objeto deste estudo (cf. MAZZUOLI, 2000, p. 99-).

Assim é que, no que toca à questão da hierarquia entre os tratados internacionais (*tradicionais*) e a lei interna brasileira, importante é verificarmos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nesse tema, ao longo desses mais de vinte anos, e quais as discussões que se travam até hoje em nossa doutrina. Vejamos.

O problema da concorrência entre tratados internacionais e leis internas de estatuta infraconstitucional pode ser resolvido, no âmbito do *direito das gentes*, em princípio, de duas maneiras. Numa, dando prevalência aos tratados sobre o direito interno infraconstitucional, a exemplo das constituições francesa (art. 55), grega (art. 28, § 1º) e peruana (art. 101), garantindo ao compromisso internacional plena vigência, sem embargo de leis posteriores que o contradigam. Noutra, tais problemas são resolvidos garantindo-se aos tratados apenas tratamento *paritário*, tomando como paradigma leis nacionais e outros diplomas de grau equivalente (cf. REZEK, 1996, p. 104). Ou seja, havendo conflito entre tratado e lei interna, a solução é encontrada aplicando-se o princípio *lex posterior derogat priori*. O Brasil, segundo a Egrégia Corte, enquadra-se nesse segundo sistema (*monismo nacionalista moderado*). Há mais de vinte anos (desde 1977, como já se falou), vigora na jurisprudência do STF o sistema *paritário* em que o tratado, uma vez formalizado, passa a ter força de lei *ordinária* (v. RTJ 83/809 e ss.), podendo,

por isso, revogar as disposições em contrário, ou ser revogado (*rectius*: perder eficácia) diante de lei posterior¹.

Nesse sentido a lição do Ministro Francisco Rezek:

“De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, em que assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre o tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano, deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – sem embargo das conseqüências do descumprimento do tratado, no plano internacional. (...) Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatuta no ordenamento jurídico” (1996, p. 106-107).

Esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em 1977, insta esclarecer, veio modificar seu anterior ponto de vista que apregoava o primado do direito internacional frente ao ordenamento doméstico brasileiro. De forma que estamos diante de um verdadeiro retrocesso no que diz respeito à matéria. Philadelpho Azevedo já publicara, em 1945 (p. 12-29), quando ainda Ministro do Supremo Tribunal Federal, admite o Ministro Rezek, comentário em que demonstrava a convicção *unânime* da Suprema Corte, àquela época, quanto à prevalência dos tratados internacionais sobre o direito interno infraconstitucional (cf. REZEK, 1996, p. 106). A nova posição da Excelsa Corte, entretanto, enraizou-se de tal maneira que o Ministro Francisco Rezek, lembra-nos Jacob Dolinger, emitiu pronunciamento, de forma assaz contundente, dizendo da “prevalência à última palavra do Congresso Nacio-

nal, expressa no texto doméstico, não obstante isso importasse o reconhecimento da afronta, pelo país, de um compromisso internacional. Tal seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio (Extradição nº 426, in *RTJ* 115/973)” (1987, p. 13).

Desde já, é necessário dizer, a par do que já se viu, que o estudo das relações entre o Direito Internacional e o ordenamento interno, no que diz respeito à hierarquia dos tratados, afigura-se um dos mais difíceis de se compreender, pois consiste em sabermos qual o tipo de relações que mantêm entre si (cf. MELLO, 1997, p. 103-117). O ponto nevrálgico da questão consiste em saber-se qual das normas deverá prevalecer em havendo conflito entre o produto normativo convencional (norma internacional) e a norma interna. A primeira questão a analisar-se, então, diz respeito à validade desses tratados no nosso ordenamento jurídico interno.

3. Paridade normativa declarada pela excelsa corte: aplicação da regra “lex posterior derogat priori”

A conclusão a que chegou o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 80.004-SE (*RTJ* 83/809), foi a de que, dentro do sistema jurídico brasileiro, em que tratados e convenções guardam estrita relação de *paridade normativa* com as leis ordinárias editadas pelo Estado, a normatividade dos tratados internacionais permite, no que concerne à hierarquia das fontes, situá-los no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as nossas leis internas². Trata-se da consagração do *monismo moderado*, cuja concepção já foi firmada e sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal³, sem embargo de vozes atualíssimas a proclamar a supremacia dos tratados de direitos humanos, frente à Constituição Federal⁴.

Seguindo esse raciocínio, surge uma indagação curiosa: com a ratificação, pelo Brasil, desses tratados internacionais, vindo

estes a conflitar com o texto constitucional, os dispositivos em contrário contidos na Carta da República poderiam deixar de ser aplicados? Segundo a orientação do STF, não. À exceção da Constituição holandesa, que, após a revisão de 1956, permite, em certas circunstâncias, que tratados internacionais derroguem seu próprio texto, é muito difícil que uma dessas leis fundamentais despreze, neste momento histórico, “o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado”(cf. REZEK, 1996, p. 103). De forma que, “posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*” – explica o Ministro Rezek –, “é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isso signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder”(1996, p. 103-104).

Nas palavras de Flávia Piovesan:

“Acredita-se que o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença às conseqüências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Esta posição afronta, ademais, o disposto pelo artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado. Tal dispositivo reitera a importância, na esfera internacional, do princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente consentiu. Ora, se o Estado no livre e pleno exercício de sua soberania ratifica um tratado, não pode pos-

teriormente obstar seu cumprimento. Além disso, o término de um tratado está submetido à disciplina da denúncia, ato unilateral do Estado pelo qual manifesta seu desejo de deixar de ser parte de um tratado. Vale dizer, em face do regime de direito internacional, apenas o ato da denúncia implica a retirada do Estado de determinado tratado internacional. Assim, na hipótese de inexistência do ato da denúncia, persiste a responsabilidade do Estado na ordem internacional”(2000, p. 83-84).

Em suma, a par de todas as críticas, com esse entendimento da Excelsa Corte, a norma convencional passou a ser considerada como tendo o mesmo *status* e valor jurídico das demais disposições legislativas internas⁵. E, dessa forma, aos tratados internacionais seria vedado disciplinar matéria reservada à lei complementar.

Bastante ilustrativa a discussão suscitada no Excelso Pretório em torno da recepção da Convenção 158 da OIT:

“O relator enfatizou em seu voto que a Convenção 158 consubstancia a adoção, pelo Estado brasileiro, de verdadeiro compromisso de legislar sobre a matéria nela versada, com observância dos preceitos constitucionais pertinentes. Salientou-se, ainda, no voto do relator, que os tratados e convenções internacionais, ainda que guardando relação de paridade normativa com o ordenamento infraconstitucional, não podem disciplinar matéria sujeita à reserva constitucional de lei complementar” (ADIn 1.480-UF, rel. Min. Celso de Mello, 25.09.96). “Vencido o Ministro Carlos Velloso, que proferiu voto-vista no sentido do indeferimento da cautelar por entender que a referida Convenção ter-se-ia incorporado ao direito brasileiro como lei complementar – exigida pelo art. 7º, I, da CF (‘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;’) – cujas normas seriam auto-aplicáveis, e os Ministros Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Sepúlveda Perence que, embora concordando com as premissas do voto do Min. Celso de Mello ao salientar o caráter programático da Convenção impugnada, indeferiram a liminar por entender não haver ambigüidade no texto que justificasse o seu deferimento parcial com a utilização da técnica da interpretação conforme à Constituição” (ADIn 1.480-UF, rel. Min. Celso de Mello, 4.9.97).

Enfim, segundo o posicionamento da Excelsa Corte, que, de resto, vem sendo seguido até os dias atuais, a Constituição da República, ao tratar da competência do Supremo Tribunal Federal, teria colocado os tratados internacionais pelo Brasil ratificados no mesmo plano hierárquico das normas infraconstitucionais, o que reflete a concepção *monista moderada*. Assim é que, quando a Carta de 1988 diz competir ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, “quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado *ou* lei federal”, estaria ela igualando em mesmo grau de hierarquia os dois diplomas legalmente vigentes. Dessa feita, em caso de conflito entre a norma internacional e a lei interna, de aplicar-se o princípio geral relativo às normas de idêntico valor, isto é, o critério cronológico, em que a norma mais recente revoga a anterior que com ela conflite. Na afirmativa de Francisco Campos, mesmo quando a Constituição manda incorporar ao direito interno as normas provenientes do direito internacional, isso

“não significa que o Corpo Legislativo fique impedido de editar novas leis

contrárias ao disposto nos tratados. O único efeito de recepção do direito internacional no quadro do direito interno é de dar força de lei às normas jurídicas assim incorporadas à legislação. Neste caso, os tratados valerão como lei e, nesta qualidade, serão aplicados pelos Tribunais, da mesma maneira, na mesma extensão e com a mesma obrigatoriedade própria à aplicação do direito interno”(1957, p. 452-458).

Seguindo esse entendimento firmado pela Suprema Corte, qualquer tratado internacional que seja, desde que ratificado pelo Brasil, passa a fazer parte do nosso direito interno, no âmbito da *legislação ordinária* (cf. FERREIRA FILHO, 1995(?), p. 98 e MORAES, 2000, p. 304). Esta, como é sabido, não tem força nenhuma para modificar o texto constitucional. Isso porque a Carta Magna, como expressão máxima da soberania nacional, como quer o Supremo Tribunal Federal, está acima de qualquer tratado ou convenção internacional que com ela conflite⁶.

Esse posicionamento pode ser percebido com clareza meridiana em recente despacho monocrático proferido pelo Ministro Celso de Mello, como presidente do STF, no HC 77.631-5/SC, publicado no DJU 158-E, de 19.08.1998, Seção I, pág. 35, em que aborda a prescrição do § 2º do art. 5º da Constituição, fazendo referência expressa ao Pacto de San José da Costa Rica, que proíbe, nos países que o aderiram, a prisão de depositário infiel (cf. MAZZUOLI, 1999, p. 81-). O ilustre Ministro deixou firmada a seguinte lição (excerto):

“A circunstância de o Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa Rica – cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no *mesmo* nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas – não impede que o Congresso Nacional, *em tema de prisão civil por dívida*, aprove legislação comum instituidora desse *meio excepcional* de coerção processual

destinado a *compelir* o devedor a executar obrigação que lhe foi imposta pelo ordenamento positivo, nos casos expressamente autorizados pela própria Constituição da República. Os tratados internacionais *não podem* transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, *além de não disporem* de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, *não possuem* força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental. (...) Parece-me irrecusável, no exame da questão concernente à *primazia* das normas de direito internacional público sobre a legislação interna ou doméstica do Estado brasileiro, que *não cabe atribuir*, por efeito do que prescreve o art. 5º, § 2º, da Carta Política, um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil, *especialmente sobre as prescrições fundadas em texto constitucional*, sob pena de essa interpretação inviabilizar, com manifesta ofensa à supremacia da Constituição – *que expressamente autoriza a instituição da prisão civil por dívida* em duas hipóteses extraordinárias (CF, art. 5º, LXVII) –, o próprio exercício, pelo Congresso Nacional, de sua típica atividade político-jurídica consistente no desempenho da função de legislar. (...) A indiscutível supremacia da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais, além de traduzir um imperativo que decorre de nossa própria Constituição (art. 102, III, b), reflete o sistema que, com algumas poucas exceções, tem prevalecido no plano do direito comparado, que considera inválida a convenção internacional que se oponha, ou que restrinja o conteúdo eficaz, ou ainda, que importe em alteração da Lei funda-

mental (Constituição da Nicarágua de 1987, art. 182; Constituição da Colômbia de 1991, art. 241, nº 10; Constituição da Bulgária de 1991, art. 149, § 1º, nº 4, v.g.). (...) Desse modo, não há como fazer abstração da Constituição para, com evidente desprestígio da normatividade que dela emana, conferir, sem razão jurídica, precedência a uma convenção internacional” (cf. MAZZUOLI, 1999, e ainda MAZZUOLI; RAMOS, 1999).

A doutrina da Excelsa Corte, entretanto, peca pela imprecisão. Admitir que um compromisso internacional perca vigência em virtude da edição de lei posterior que com ele conflite é permitir que um tratado possa, unilateralmente, ser revogado por um dos Estados-partes, o que não é permitido e tampouco compreensível (cf. MAZZUOLI, *Direitos humanos...*, 2000, p. 148-). Seria fácil burlar todo o pactuado internacionalmente se por disposições legislativas internas fosse possível modificar tais normas. Se um Estado se obriga livremente a cumprir um acordo internacional, como explicar possa ele editar leis contrárias a todo o pactuado? Qual o valor de um tratado se por meio de lei interna se pudesse deixar de aplicá-lo? Seria muito simples admitir que o não cumprimento de um tratado, internamente, pudesse acarretar a prática de um ilícito internacional, pelo qual, externamente, devesse o Estado responder. Com uma tal assertiva parece que o não cumprimento de tratados encontraria justificativa. Tudo fica muito fácil desse modo.

Esse entendimento, entretanto, não é aceitável e muito menos permitido. Não raras as vezes, o objetivo de um tratado internacional é o de justamente incidir sobre situações que deverão ser observadas no plano interno dos Estados signatários (cf. FRAGA, 1998, p. 83). Aprovando um tratado internacional, o Poder Legislativo se compromete a não editar leis a ele contrárias. Pensar de outra forma seria admitir o absurdo. E Mirtô Fraga exemplifica desta maneira:

“Se o Brasil, por exemplo, firmou convenção com Portugal, obrigando-se a reconhecer a portugueses, aqui residentes, os mesmos direitos do nacional, a não-edição do regulamento, por si só, já constituiria um ilícito internacional, que teria maior gravidade se, posteriormente ao convenciona-do, se editasse norma jurídica excluindo os portugueses, beneficiários da igualdade, do direito, por exemplo, de prestar concurso, para determinado cargo não-privativo de brasileiro nato”.

E continua:

“É um contra-senso afirmar-se que o Tribunal deve aplicar a lei posterior contrária ao tratado e admitir-se, ao mesmo tempo, a responsabilidade do Estado. Este é livre para contratar ou deixar de contratar. Afirmar, como muitos, que o Poder Executivo não pode, pela celebração do tratado, limitar a competência e a liberdade do poder Legislativo seria válido, se ocorresse no século XVIII. O monarca, então, personalizava o Estado, a soberania residia na pessoa do governante. Com o advento da Revolução Francesa e das idéias liberais, a soberania foi transladada para a nação, representada nas Assembléias. O pacto, o ajuste, era, então, um ato do governante, em oposição à lei, ato da soberania nacional. E como o poder pertencia ao povo, o compromisso firmado pelo soberano não podia obrigar a nação, à qual era permitido dispor de forma contrária ao pactuado, em seu nome e sem sua audiência. A manifestação obrigatória do Poder Legislativo sobre os tratados assinados pelo Chefe de Estado surgiu, justamente, como resultado da democratização do poder. Na época atual, admitir-se possa o Legislativo, por lei, contrariar o tratado, que aprovou, é, em suma, reconhecer o predomínio das Assembléias,

em franca oposição a dispositivo constitucional que declara harmônicos e independentes os Poderes do Estado, se não há, para tanto, expressa autorização da Lei Maior”(1998, p. 83-84).

Aprovado o tratado pelo Congresso, e sendo este ratificado pelo Presidente da República, suas disposições normativas, com a publicação do texto, passam a ter plena vigência e eficácia internamente. E de tal fato decorre a vinculação do Estado no que atine à aplicação de suas normas, devendo cada um dos seus Poderes cumprir a parte que lhes cabe nesse processo: ao Legislativo cabe aprovar as leis necessárias abstendo-se de votar as que lhe sejam contrárias; ao Executivo fica a tarefa de bem e fielmente regulamentá-las, fazendo todo o possível para o cumprimento de sua fiel execução; e ao Judiciário incumbe o papel preponderante de aplicar os tratados internamente bem como as leis que o regulamentam, afastando-se da aplicação de leis nacionais que lhes sejam contrárias (cf. FRAGA, 1998, p. 84).

Se o Congresso Nacional dá sua aquiescência ao conteúdo do compromisso firmado é porque implicitamente reconhece que, se ratificado o acordo, está impedido de editar normas posteriores que o contradigam.

Mister aqui fazer uma observação que faz Mirtô Fraga:

“A interdição, convém ressaltar, se verifica, apenas, em caso de tratado-lei. Se o Estado firma o chamado tratado-contrato, pode editar lei interna geral, que, entretanto, não incidirá nos casos regidos pela norma convencional. O tratado-contrato, configurando uma situação particular, se destina a regular as relações entre as partes, e suas disposições, nas hipóteses por ele previstas, deverão ser aplicadas, pelos Tribunais” (1998, p. 99).

Mais adiante, esclarece:

“A conclusão do acordo constitui uma interdição ao legislador de editar norma que lhe seja contrária, para

reger a mesma situação já regulada no pacto firmado. Assim, uma lei geral, por exemplo, de extradição, pode dispor de forma diversa do tratado celebrado com outros Estados, porque ela não terá aplicação nas situações previstas nesses tratados, mas apenas e tão-somente, na ausência total de ajuste, ou na omissão deste. Se porém, o tratado é geral, isto é, se se destina a regular, amplamente, determinada relação jurídica, e não situação particular, a interdição ao legislador é total, não podendo ele aprovar lei que contrarie o ajuste celebrado. É a conclusão a que se chega, em virtude de princípios implícitos na Constituição Federal, observando-se, dessa forma, o princípio superior *pacta sunt servanda*, que o Brasil deve respeitar”(1998, p. 133).

Assume o Congresso, por conseguinte, verdadeira *obrigação negativa*, qual seja, a de se abster de legislar em sentido contrário às obrigações assumidas. Admitir, pois, que o Legislativo possa editar lei, revogando o tratado anteriormente firmado, “é reconhecer o predomínio das Assembléias, em oposição a comando superior que declara harmônicos e independentes os Poderes do Estado” (FRAGA, 1998, p. 132). E, se porventura editadas, tais leis jamais terão o condão de afastar a aplicação interna do tratado concluído anteriormente.

Respalda-se esse argumento na *teoria do ato próprio* (“venire contra factum proprium non valet”), pois, se nem mesmo o Estado pode atuar contra seus próprios atos anteriores, cabe reconhecer que, se o Congresso, pela via ordinária, edita leis contrárias às disposições do tratado anteriormente assumido, está obrando em oposição à conduta que teve anteriormente de permitir o ingresso de tal instrumento no ordenamento nacional, agindo, por conseguinte, com má-fé internacional, ato inadmissível aos olhos do *direito das gentes*.

Vige assim, nessa matéria, a regra segundo a qual *pacta sunt servanda*, internacional-

mente reconhecida como norteadora dos compromissos exteriores do Estado.

Nunca é demais lembrar que a infração desses deveres, por meio dos poderes do Estado, acarreta a responsabilidade do Estado no âmbito internacional.

Há um outro ponto, entretanto, que merece ser lembrado, e que diz respeito à questão da *especialidade das leis* no sistema jurídico brasileiro⁷. Nesse compasso, pode parecer que, a princípio, tanto os tratados como as convenções internacionais, sendo lei nova, têm força para revogar as leis infraconstitucionais anteriores a sua ratificação, que disciplinem, de modo diverso, as mesmas matérias por eles disciplinadas. Não havendo na Constituição brasileira garantia de privilégio hierárquico dos tratados internacionais sobre o nosso direito interno, deve ser garantida a autoridade da norma mais recente, pois é *paritário* (repete-se: segundo o STF) o tratamento brasileiro, dado às normas de direito internacional, o que faz operar em favor delas, nesse caso, a regra *lex posterior derogat priori*.

Entretanto, não é bem assim que isso funciona. O Supremo Tribunal Federal, a esse respeito, vem, ultimamente, valendo-se de um outro argumento jurídico, relativo à *especialidade das leis* no ordenamento brasileiro. Assim é que a prevalência de certas normas de direito interno (v.g. o Decreto-lei nº 911/69, que permite a prisão civil do devedor-fiduciante, equiparado que é a um *depositário*) sobre as de direito internacional (v.g. o Pacto de San José da Costa Rica, que não permite, por sua vez, a prisão civil por infidelidade depositária) decorre de primados do próprio STF, com base na *especialidade das leis* no sistema jurídico constitucional.

Esse argumento, entretanto, não procede. É equívoco dizer que o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica “não derogou, por ser norma infraconstitucional *geral*, as normas infraconstitucionais *especiais* sobre prisão civil do depositário infiel”, pois, tomando como exemplo o art. 4º do Decreto-

lei nº 911/69 (“Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil”), o que se constata é que não existe, in casu, norma infraconstitucional *especial*: há, em verdade, mera remissão às normas infraconstitucionais gerais atinentes à prisão civil do infiel depositário.

Em casos de extradição, o STF tem considerado que a lei interna (Lei nº 6.815/80), por ser lei geral, deve ceder ao tratado, que é regra especial:

“No sistema brasileiro, ratificado e promulgado, o tratado bilateral de extradição se incorpora, *com força de lei especial*, ao ordenamento jurídico interno, de tal modo que a cláusula que limita a prisão do extraditado ou determina a sua libertação, ao termo de certo prazo (quarenta e cinco dias contados do pedido de prisão preventiva), cria direito individual em seu favor, contra o qual não é oponível disposição mais rigorosa da lei geral (noventa dias, contados da data em que efetivada a prisão – art. 82, §§ 2º e 3º da Lei nº 6.815/80)” [grifo nosso] (RTJ 162:822, 1997, Extr. 194-República Argentina, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Enfim, o argumento que vem sendo utilizado pela Suprema Corte brasileira, no que tange a alguns casos de conflito entre tratado e lei interna, diz respeito à *especialidade das leis*. É dizer, uma lei *geral* não pode derogar uma lei *especial*. Segundo o seu entendimento (cf. HC 72.131-RJ), nem toda lei nova, somente porque é lei nova, tem força para revogar uma lei anterior que com ela conflita. Não basta somente ser lei nova. Exige-se mais: além de nova, deve ser apta a revogar a lei anterior. E essa qualidade só se verifica nas hipóteses em que ambas as leis (nova e anterior) sejam *gerais*, ou ambas sejam *especiais*.

A Excelsa Corte não permite, assim, que uma norma de caráter *geral* (como é o caso do Pacto de San José da Costa Rica) derogue uma lei anterior que, em relação a ela, seja *especial* (caso do Decreto-lei nº 911/69). Essa orientação vem sendo prestigiada na Suprema Corte até os dias atuais, tendo sido adotada no despacho proferido na ADIn nº 1.480-3-DF, bem como na Carta Rogatória nº 8.279-4 da República da Argentina. Assim é que, nas palavras do Ministro Celso Mello,

“a eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno somente ocorrerá – presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico –, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade (RTJ 70/333; RTJ 100/1030; RT 554/434)”.

Fato curioso é que, antes da Constituição de 1988, o STF já tinha-se pronunciado a respeito da orientação de vigência e eficácia imediatas, no ordenamento interno brasileiro, dos pactos, tratados e convenções internacionais em geral de que o Brasil seja signatário. Esse pronunciamento foi dado a propósito da Convenção de Genebra da Lei Uniforme sobre Cheques⁸, por votação *unânime*, em 04.08.1971, no RE nº 71.154-PR (RTJ 58/70), de que foi relator o Min. Oswaldo Trigueiro, no sentido de que *não é razoável que a validade dos tratados fique condicionada à dupla manifestação do Congresso Nacional*⁹, *exigência que nenhuma das nossas Constituições jamais prescreveu*¹⁰. Isto é, não se exige, além da aprovação do tratado, a edição de um segundo diploma legal (específico) que reproduza as normas modificadoras. Na ementa desse mais antigo precedente da Excelsa Corte sobre a matéria, datado de 1971, a tese foi a de que, “aprovada a Convenção pelo Congresso Nacional, e regular-

mente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna”. E finalmente o Pleno do STF, no RE nº 71.154-PR, em 04.08.1971, adotando o voto do rel. Min. Oswaldo Trigueiro, concluiu:

“Por outro lado, acho que, em virtude dos preceitos constitucionais anteriores citados, a definitiva aprovação do tratado, pelo Congresso Nacional, *revoga as disposições em contrário* da legislação ordinária” [grifo nosso]¹¹.

Deve-se esclarecer que, em razão desse entendimento, os tratados internacionais ingressam no ordenamento brasileiro com vida própria, com força própria, sendo o Decreto Presidencial que os promulga a via pela qual somente se dá *publicidade* ao conteúdo dos tratados, fixando-lhes também o início de vigência.

Mirtô Fraga, em seu primoroso trabalho, bem explica esse posicionamento:

“Em seu voto, o relator, Ministro Oswaldo Trigueiro, examina a dúvida suscitada a respeito da vigência – no plano do direito interno – das Leis Uniformes, pelo simples decreto de promulgação. Não concorda com o argumento dos que entendem depender essa incorporação de diploma legal em que se discipline a mesma matéria contida no tratado. O argumento principal dos que sustentam essa posição se apóia na afirmativa de que, no sistema brasileiro, a lei só se revoga por outra lei, não tendo nossa Constituição determinado a imediata eficácia do tratado se esse for colidente com o direito interno. Para ele, a autorização está implicitamente contida na Lei Maior, uma vez que ao mesmo órgão a que se atribuiu, especialmente, a competência de legislar, outorgou-se, por igual, a de aprovar os tratados assinados pelo Presidente da República, não se justificando fique o Congresso, depois, obrigado a repetir, em

texto de lei, o disposto em tratado, a fim de que ele possa ser aplicado pelos Tribunais. Dessa desnecessidade o Ministro deduziu que as disposições do tratado revogam as de leis ordinárias anteriores, com ele incompatíveis” (1998, p. 97).

Não é, assim, o Decreto Presidencial o diploma que dá validade ao tratado; serve ele tão-somente para dar-lhe publicidade e fixar o início de sua vigência (cf. DALLARI, 1997, p. 31-32 e ainda REZEK, 1984, p. 383). Recentemente, entretanto, em mais uma de suas *mutações*, o STF passou a ter entendimento oposto, qual seja, o de que “o decreto presidencial que *sucede* à aprovação congressual do ato internacional e à troca dos respectivos instrumentos de ratificação, revela-se – enquanto momento culminante do processo de incorporação desse ato internacional ao sistema jurídico doméstico – manifestação *essencial e insuprimível*, especialmente se considerados os três efeitos básicos que lhe são pertinentes: a) a *promulgação* do tratado internacional; b) a *publicação oficial* de seu texto; e c) a *executoriedade* do ato internacional, que passa, então, e *somente então*, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno”¹².

Trata-se, agora, da aplicação da teoria *dualista moderada*, que somente se satisfaz, para efeito da executoriedade doméstica dos tratados internacionais ratificados, além da aprovação congressual, com a *promulgação executiva* do texto convencional pelo Presidente da República.

Alguns anos mais tarde, o plenário do Supremo Tribunal Federal voltaria a se manifestar em relação à matéria, no famoso caso do conflito surgido entre a Lei Uniforme de Genebra sobre as letras de câmbio e notas promissórias e o *posterior* Decreto-lei nº 427/69, que admitia como sendo causa de nulidade do título a falta de registro da nota promissória, disposição não admitida pelo texto (anterior) de Genebra como sendo causa de nulidade¹³. E a decisão do Excelso Pretório foi colocada nestes termos:

“Embora a Convenção de Genebra, que previu uma Lei Uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei 427/69, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título” (publicado na íntegra o Acórdão na *RTJ* 83/809-848, *RE* 80.004-SE, relator do Acórdão Min. Cunha Peixoto, de 01.06.1977)¹⁴.

Apesar de a conclusão contida no julgamento plenário do *HC* 72.131-RJ, de 23.11.1995, de que foi relator designado o Min. Moreira Alves, harmonizar-se com a tese genérica estabelecida no precedente do *RE* nº 71.154-PR, de 04.08.1971, de que foi relator o Min. Oswaldo Trigueiro, desce ela, entretanto, a uma particularidade: a *especialidade*, que não esteve presente na convenção objeto do antigo precedente (cf. *RESTIFFE NETO*; *RESTIFFE*, 1998, p. 37-52).

Assim, ficou assentada por maioria a tese de que, ante a realidade do conflito entre o tratado (Lei Uniforme de Genebra) e a lei posterior (Decreto-lei nº 427/69), esta é que deveria prevalecer, porque *expressão última* da vontade do legislador republicano, sem embargo das conseqüências do descumprimento do tratado no âmbito internacional (cf. REZEK, 1996, p. 106). Garantiu-se a autoridade da lei mais recente (*lex posterior derogat priori*), porque, não havendo na Constituição garantia de privilégio hierárquico, *paritária* seria sua estatura no ordenamento jurídico nacional. Ficou afastada, assim, a orientação que vinha norteando a jurisprudência da Suprema Corte, em seus primeiros julgamentos, no sentido de dar primazia ao direito internacional em relação ao direito interno.

Por fim, cumpre apenas fazer a observação de que, a partir da Emenda nº 7, de 15 de agosto de 1995, que modificou a redação do art. 178 da Constituição de 1988, nova

regra sobre as relações entre tratados e atos internacionais passou a ter existência, segundo o teor do citado artigo, cuja redação passou a ser a seguinte:

“A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, *devendo*, quanto à ordenação do transporte internacional, *observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade*”.

Em resumo, além do critério *lex posterior derogat priori*, o Supremo Tribunal Federal (e essa conclusão se extrai de seus próprios primados) aplica ainda um outro, qual seja, o da *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, por meio do qual algumas leis internas infraconstitucionais têm prevalência sobre os tratados internacionais, por serem esses considerados normas também infraconstitucionais *gerais* que, por esse motivo, não estão aptos a revogar normas infraconstitucionais *especiais* anteriores. Ou seja, “leis especiais não se hão de reputar revogadas pelas gerais, salvo quando expressamente regulem a matéria ou explicitem a revogação”¹⁵.

Trata-se da consagração pelo judiciário brasileiro da velha lição de Papiniano (*Digesto*, 50, tit. 17, fig. 80): *In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est* (“em toda disposição de Direito, o gênero é derogado pela espécie, e considera-se de importância preponderante o que respeita diretamente à espécie”) (apud MAXIMILIANO, 1997, p. 135).

4. *Nosso posicionamento frente à posição do Supremo Tribunal Federal*

Sem embargo da posição da Excelsa Corte brasileira no que tange ao conflito entre tratados internacionais e normas de direito interno, firmada com base em argumentos aparentemente “constitucionais”, estamos convictos de que a solução do problema deve ser resolvida fazendo-se uma interpretação conjugada de alguns dispositivos constitucionais com as regras de direito internacional público, em particular da Con-

venção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

Mas, antes de qualquer argumentação, vale a pena atentarmos para uma tese bastante inovadora (ou ousada, se assim preferir o leitor) defendida, ineditamente, pelo professor argentino German J. Bidart Campos, que pretende pôr termo à discussão acerca da hierarquia dos tratados internacionais em face das Constituições.

Assim é que, para Bidart Campos, em textos constitucionais que não contêm cláusulas expressas definindo a supremacia dos tratados em face do direito interno (como é o caso da Constituição brasileira, no que respeita aos tratados *comuns*), é possível encontrar, algum ou alguns enunciados normativos que expressem, ainda que *implicitamente*, essa postura (BIDART CAMPOS, 1995, p. 461). Para ele, quando com uma fórmula ou com outra uma Constituição declara que o Estado respectivo reconhece ou acata os princípios ou as normas de direito internacional, é porque assume o art. 27 da Convenção de Viena, já estudado neste trabalho, que, outorgando *prioridade* ao direito internacional sobre a jurisdição doméstica, dispõe não poder uma parte invocar disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Ou seja, se o direito internacional contemporâneo estabeleceu em norma escrita (art. 27 da Convenção de Viena) um princípio geral de direito consuetudinário, qual seja, o da *prelação* do mesmo direito internacional sobre o direito interno, as Constituições que “expressamente acolhem ou acatam os princípios ou as normas gerais de direito internacional estão tornando seus, de maneira implícita, aquele princípio inveterado da primazia do direito internacional” (Idem, *ibidem*).

O direito internacional, para Bidart Campos, que situa suas normas a tão alto nível, não faz discriminação alguma entre Constituição e leis internas, pois está diretamente acima de *todo* o direito interno. Eis sua lição:

“*La interpretación coherente y de buena fe que el derecho internacional merece,*

parece darnos razón: no es congruente que una constitución reconozca o admita el ingreso del derecho internacional, y le niegue supremacía respecto de ella misma. ¿Qué clase de recepción condicionada es ésta: se reconoce, pero se lo infraconstitucionaliza? No le vemos lógica, porque es aceptar primero una cosa, y de inmediato introducir excepciones reñidas con el principio general. La constitución vendría a enunciar algo como esto: acato, incorporo y reconozco en el derecho interno al derecho internacional, pero no a su principio básico que le atribuye la primacía por sobre mí; en consecuencia, lo acato, incorporo y reconozco, pero por debajo de mí y, en todo caso, sólo por arriba de las leyes”¹⁶.

Em suma, a inovadora tese de Bidart Campos propõe que, mesmo aquelas Constituições que hierarquizam os tratados internacionais em nível a elas inferior, caso contenham normas ou regras de aceitação ou reconhecimento dos princípios de direito internacional, ou dos tratados, estão aceitando e acatando, com essa mesma cláusula, as normas provenientes de tratados, que subordinam *todo o direito interno* ao direito internacional¹⁷.

Na Carta brasileira de 1988, entretanto, não existe sequer uma cláusula de reconhecimento ou aceitação do direito internacional pelo nosso direito interno, como existente na Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*), que expressamente dispõe, em seu art. 25, que as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal e sobrepõem-se às leis nacionais. O que existe na Constituição brasileira, e isso já foi analisado, é um rol de princípios pelos quais o Brasil se rege em suas relações internacionais, consagrados pelo art. 4º, bem como disposições referentes à aplicação dos tratados pelos Tribunais nacionais (arts. 102, III, b, 105, III, a 109, inc. III e V). Mas, regra expressa de reconhecimento ou aceitação do direito internacional pelo direito interno – repita-se –, à exceção dos tratados internacionais de proteção dos di-

reitos humanos, inexistente na Carta Constitucional brasileira.

5. Conclusão

Assim, em nosso entender, os tratados internacionais *comuns* ratificados pelo Brasil situam-se em um nível hierárquico *intermediário*: estão abaixo da Constituição mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior, posto não se encontrarem em situação de *paridade normativa* com as demais leis nacionais.

Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, por sua vez, como já deixamos consignado em tantos outros estudos sobre o tema, têm o *status* de “norma constitucional”, não podendo ser abolidos sequer por emenda à Constituição (cf. MAZZUOLLI, *Direitos humanos...*, 2000, p. 93-).

Notas

¹ Cf. Luiz Flávio Gomes, “A questão da obrigatoriedade dos tratados...”, *RT* 710/26. Para Maria Helena Diniz: “O critério *lex posterior derogat legi priori* significa que, de duas normas do mesmo nível ou escalão, a última prevalece sobre a anterior”. E continua: “Ensina-nos Alf Ross que, indubitavelmente, trata-se de um princípio jurídico fundamental, mesmo que não esteja expresso em norma positiva. O legislador pode revogar lei anterior, criando uma nova lei com ela incompatível, que ocupará seu lugar. Mas não se pode, continua ele, elevar esse princípio à categoria de axioma absoluto, porque a experiência demonstra que pode ser deixado de lado se contrariar certas considerações. Logo esse princípio só poderá ser caracterizado como um dos mais importantes princípios de interpretação, já que sua força variará conforme os diferentes casos de inconsistência. Deveras, se: a) a inconsistência for total, será difícil deixar de lado o critério *lex posterior derogat legi priori*; b) a inconsistência for total-parcial, sendo a última norma especial, a *lex posterior* operará conjuntamente com a *lex specialis*; c) houver inconsistência de norma especial anterior e norma geral posterior, a *lex specialis* pode, conforme o caso, prevalecer sobre a *lex posterior*; d) a inconsistência for parcial, a *lex posterior* apoiará a presunção de que a norma mais recente prefere a anterior, mas nem sempre. A *lex posterior* apenas será aplicada se o legislador teve o propósito de afastar a anterior. Todavia, nada obsta

que tenha tido a intenção de incorporar nova norma, de modo harmônico, ao direito existente. A decisão sobre qual das duas possibilidades deve ser aplicada ao caso concreto dependerá de uma resolução alheia ao texto” (*Conflito de normas*, 1998, p. 35-36).

² Cf. Acórdão nº 662-2, do processo de Extradicação julgado pelo Tribunal Pleno do STF, em decisão majoritária, aos 28.11.96 (*DJ*, 30.05.97, p. 23.176), rel. Min. Celso de Mello.

³ Para Luiz Flávio Gomes (1994, p. 28): “Desde 1977 o STF vem sustentando, em síntese, o sistema paritário (o tratado equívale à lei). A Constituição de 1988, embora contasse durante seus trabalhos com inúmeras contribuições, ‘passou ao largo do problema’, na expressão de Grandino Rodas (1991, p. 54). Logo, cuida-se de entendimento que não conflita com o texto constitucional atual, podendo-se afirmar que foi recepcionado”.

⁴ A esse propósito *vide* ainda, MAZZUOLLI, Valerio de O. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos... *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. n. 53, p. 90 –, jun. 2000. Ver também _____. A constituição de 1988 e os tratados internacionais... *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, ano 1, v. 6, p. 30–, jun. 2000.

⁵ Paolo Barile, Enzo Cheli e Stefano Grassi, enfrentando o problema relativo ao grau hierárquico do direito internacional frente ao direito interno italiano, segundo o que dispõe o art. 10, parágrafo primeiro, da Carta italiana, lecionaram: “Circa il grado delle norme [normas internacionais] immesse, si sostiene da alcuni (A. Cassese) che esse hanno l’efficacia di norme costituzionali, di norme primarie o di norme secondarie a seconda che la materia che esse disciplinano sia regolata (o debba essere regolata) nell’ordinamento italiano con norme costituzionali, primarie o secondarie, giungendosi fino al punto di ammettere che le norme immesse possano modificare o abrogare norme costituzionali: il che vanificherebbe l’art. 138 C. (la stessa dottrina, peraltro, ammette che non possano infrangersi i cardini essenziali del nostro ordinamento, come i diritti fondamentali dell’individuo o la forma repubblicana di governo). La dottrina prevalente peraltro nega che le norme immesse possano derogare alle norme costituzionali, riconoscendo loro solo una ‘forza derogatrice’ e una ‘resistenza passiva’ contro le norme primarie, rispettivamente anteriori e successive, identica a quella che possiedono le norme costituzionali” (*Istituzioni di diritto pubblico*, p. 57).

⁶ A esse propósito *vide* ainda, MAZZUOLLI, Valerio de O. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos... *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. n. 53, p. 90 –, jun. 2000. Ver também _____. A constituição de 1988 e os tratados internacionais... *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, ano 1, v. 6, p. 30–, jun. 2000.

⁷ Para Maria Helena Diniz, o critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) “visa a consideração da matéria normada, com o recurso aos meios interpretativos. Entre a *lex specialis* e a *lex generalis* há um *quid specie* ou uma *genus au speci*. Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim o *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também esteja previsto na geral (*RJTJSP*, n. 29, p. 303). O tipo geral está contido no tipo especial. A norma geral só não se aplica ante a maior relevância jurídica dos elementos contidos na norma especial, que a tornam mais suscetível de atendibilidade do que a norma genérica” (*Conflito de normas*, 1998, p. 39).

⁸ O Governo Brasileiro aderiu à Convenção por intermédio de nota da legação em Berna, datada de 26 de agosto de 1942, encaminhada ao Secretário-Geral da Liga das Nações, posteriormente aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 54/64, e promulgada pelo Presidente da República pelo Decreto nº 57.595/66.

⁹ Vale aqui fazer uma observação de Pedro Dallari (1997, p. 31): “Aqui há apenas uma impropriedade, pois não é o Congresso o ente que ratifica um tratado; na verdade, através de decreto legislativo, o nosso parlamento federal autoriza a ratificação, que é ato próprio do Poder Executivo, a quem compete, nos termos da Constituição Federal, celebrar acordos internacionais. Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal emanou de caso em que se discutiu a validade de decreto-lei – que versa sobre notas promissórias – face à Lei Uniforme de Genebra, tratado internacional que disciplinou os títulos de crédito”.

¹⁰ “Após o Supremo Tribunal Federal ter aludido à Lei Uniforme no Recurso Extraordinário nº 58.713, pela sua Terceira Turma (*Rev. Trim. de Jur.*, 39/450), e no conflito de jurisdição suscitado pelo juiz de Itapira (*ibidem*, 48/76), posteriormente deu, de forma direta e inequívoca, aplicação às leis genebrinas das cambiais e do cheque, primeiro no Rec. extr. nº 70.356, relatado pelo Min. Bilac Pinto, em 19 de maio de 1971 (*ibidem*, 58/744), e, pouco depois, a 4 de agosto seguinte, no Rec. extr. nº 71.154/70, relatado pelo Min. Oswaldo Trigueiro (*ibidem*, 58/70), tornando-se desde então ponto pacífico a real integração daquelas leis uniformes em nosso direito interno” (Requião Rubens. *Curso de direito comercial*, p. 312).

¹¹ Sobre a polêmica da vigência da Lei Uniforme no direito brasileiro, *vide* MARTINS, Fran. *Títulos de crédito: letra de câmbio e nota promissória*. Rio

de Janeiro: Forense 1981(?). p. 44-45. Para Mirtô Fraga: "(...) as Leis Uniformes, embora em vigor, não afastam certos dispositivos de normas internas, que continuam, também, em vigor, seja porque houve reserva do Brasil a determinados artigos daquelas, seja porque certos assuntos não foram disciplinados pelas Convenções de Genebra. Se se entender conveniente, seja a matéria tratada, somente, em uma fonte de Direito, a norma interna, que o fizer, deverá observar as disposições a que o Brasil não opôs reservas" (1998, p. 97).

¹² ADIn 1.480-DF, rel. Min. Celso de Mello, *Informativo do DJU* de 13.05.1998, nº 109. *Vide* ainda, neste sentido: *RJTJRS*, v. 4, p. 193, rel. Des. Paulo Boicquel Velloso.

¹³ Neste caso em particular: "O recorrente havia avalizado notas promissórias, emitidas em favor do recorrido, que não as levava a registro. Movida a ação ordinária de cobrança, o juiz o julgou carecedor de ação, por entender nulos os títulos, por vício de forma – a falta de registro –, e, em consequência, insubsistente a obrigação de quem os havia subscrito como avalista. O Tribunal de Justiça reformou a sentença, admitindo que 'a falta de registro, por si só, não invalida a responsabilidade do avalista', que poderia ser apurada pela via ordinária. O recurso interposto, com base em dissídio jurisprudencial, foi admitido. Na impugnação ao recurso e nas contra-razões, o recorrido alegou a invalidade do Decreto-Lei nº 427/69, em face da Lei Uniforme, inovando, assim, em sua defesa. Apesar de não ter sido essa matéria prequestionada e não obstante as Súmulas nºs 282 e 356, entendeu-se que a questão devia ser examinada, uma vez que, para concluir-se pela insusceptibilidade de cobrança, contra o avalista, de nota promissória nulificada pela falta de registro, não se podia deixar de aplicar o preceito legal impugnado e de reconhecer como válida a imposição de sanção de nulidade" (FRAGA, 1998, p. 108).

¹⁴ Na crítica de José Carlos de Magalhães: "O que fica dessa decisão, contudo, é a impressão de recuo do Supremo à aceitação da prevalência do direito internacional. (...) Afastando-se da orientação anterior, não atentaram aqueles Ministros para a problemática da responsabilidade do Estado na ordem internacional" (1975-1979, p. 56).

¹⁵ Acórdão do REsp 5.344-MG, da 3ª Turma do STJ, de 11.03.91, rel. Min. Eduardo Ribeiro.

¹⁶ G. J. Bidart Campos. O autor reconhece, entretanto, que a maioria do direito interno dos Estados não deu eco suficiente a esse ponto de vista que, doutrinariamente e pela primeira vez, esboça ele claramente na obra já citada. Mas assevera: "No obstante, nos hacemos cargo de que, empíricamente, siegue siendo la constitución de cada estado la que, como fuente primaria del orden jurídico interno, decide el tema de una manera u otra, lo que no empe-

ce a que, personalmente, pregonemos el 'deber ser' expuesto en el texto" (1995, p. 462-463, nota n. 8).

¹⁷ Cf. G. J. Bidart Campos. E conclui o autor: "Si luego define la supremacía de la constitución respecto de él, incurre en una *contradicción* consigo misma o, al menos, en una incongruencia, porque niega la jerarquía que el próprio derecho internacional se atribuye como principio o norma general de su ordenamiento. La contradicción no se redime por decir – con acierto – que la constitución es la fuente primaria del orden jurídico estatal y que, como tal, escalona jerárquicamente sus distintos planos según decisión propia. Y no se redime porque sigue siendo incongruente que si se asume dentro del derecho interno al producto de la fuente internacional, se lo haga desvirtuando el principio básico del derecho internacional, que es el de su primacía" (1995, p. 463-464).

Bibliografia

ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de derecho internacional público*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1934. Tomo 2.

BARILE, Paolo. *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1984.

BARILE, Paolo et al. *Istituzioni di diritto pubblico*, 8. ed. Padova: CEDAM, 1998.

BIDART CAMPOS, German J. *El derecho de la constitucion y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anonima, 1995.

_____. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima, 1995. Tomo 3 (El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994).

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 2.

_____. Imposto de vendas e consignações: incidência em sobretaxas cambiais: ágios e bonificações: acordos internacionais sobre paridade cambial. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, FGV, 1957. v. 47.

DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Normas internacionais de direitos humanos e a jurisdição nacional. *Revista Especial do Tribunal Regional Federal, 3ª Região (Escola dos Magistrados)*. Seminário: incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1997.

- DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DOLINGER, Jacob. *A nova constituição e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.
- _____. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.
- _____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GOMES, Luiz Flávio. A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais*, n. 710, p. 21-31, dez. 1994.
- MAGALHÃES, José Carlos de. O supremo tribunal federal e as relações entre direito interno e direito internacional. *Boletim Brasileiro de Direito Internacional*. 61-69, 53, 1975-1979.
- MARTINS, Fran. *Títulos de crédito: letra de cambio e nota promissória*. Rio de Janeiro: Forense, [1982(?)].
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Alienação fiduciária em garantia e a prisão do devedor-fiduciante: uma visão crítica à luz dos direitos humanos*. Campinas: Agá Juris, 1999.
- _____. *Direitos humanos & relações internacionais*. Campinas: Agá Juris, 2000.
- _____. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, Ribeirão Preto, ano 1, v. 6, p. 26-50, jun. 2000.
- _____. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 53, p. 83-106, jun. 2000.
- _____. Ilegalidade da prisão civil do devedor-fiduciante em face da derrogação do art. 1.287 do código civil pelo pacto de san José da costa rica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 351, p. 195-226. jul./set. 2000.
- _____. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 37, n. 147, p. 179-200. jul./set. 2000.
- _____. Prisão civil por dívida e o pacto de san José da costa rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, Ribeirão Preto, ano 1, v. 10, p. 20-52. out. 2000.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; RAMOS, Nydia Maria Barjas. Ilegalidade da prisão civil do devedor-fiduciante face a derrogação do art. 1.287 do Código Civil pelo Pacto de San José da Costa Rica. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos (Divisão Jurídica) Bauru*, n. 26, p. 287-346. ago./nov. 1999.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder legislativo e os tratados internacionais*. Porto Alegre: L&PM, 1983.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979. v. 1.
- _____. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. (Coleção Temas Jurídicos, n. 3).
- PIOVESAN, Flávia. O direito internacional dos direitos humanos e a redefinição da cidadania no Brasil. *Justiça e Democracia: revista semestral de informação e debate*, São Paulo, n. 2, p. 109-118, jul./dez. 1996.
- _____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- _____. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- _____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. Prisão civil do depositário infiel em face da derrogação do art. 1.287 do código civil pelo pacto de san José da costa rica. *Revista dos Tribunais*, n. 756, p. 37-52, out. 1998.
- REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Direito internacional público: curso elementar*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

Importação paralela de medicamentos

Antonio Fonseca

Sumário

1. Introdução. 2. A experiência norte-americana. 3. A experiência comunitária. 4. Exaustão no direito brasileiro: a disciplina da importação paralela. 5. Conclusões.

1. Introdução

O uso equilibrado dos direitos de patentes é hoje um apelo cada vez mais premente. O princípio da exaustão é um elemento auxiliar, na busca desse equilíbrio. Em estudo publicado no Brasil, Elisabeth K. Fekete esclarece: “as importações paralelas são o fato, a exaustão ou esgotamento de direitos é o princípio jurídico destinado a discipliná-lo”. Segundo esse princípio, uma vez comercializado legalmente o produto patenteado, o titular da patente não pode controlar as operações de venda ou uso subsequentes à primeira venda. Por isso o princípio também é chamado doutrina da primeira venda (*first sale doctrine*) (FEKETE, 1997, p. 78). A exaustão atua contra o poder de divisão de mercados. Assume-se que o direito de patente é compatível com esse poder ou faculdade, desde que preservada a eficiência econômica vista sob a ótica do interesse público ou da propriedade funcionalizada. É nesse sentido que a experiência na aplicação do direito tolera a divisão de mercados como mecanismo adotado para maximizar o lucro, desde que essa maximização não

Antonio Fonseca, PhD pela Universidade de Londres (*Queen Mary and Westfield College*), é professor de Direito Econômico da UnB e advogado.

negligencie a função social. A questão é saber se o poder público pode importar medicamentos a preços inferiores aos registrados no Registro Nacional de Preços do Ministério da Saúde sem consentimento do titular da patente (importação paralela). Neste trabalho, defende-se a legalidade da importação de medicamentos pelo menor preço, quando o respectivo produto já tenha sido comercializado no Brasil, de qualquer localidade estrangeira e independentemente de autorização do titular da patente. A importação poderá ser apenas de insumo ou matéria-prima necessária à fabricação de medicamentos genéricos.

2. A experiência norte-americana

Exaustão nacional

A Suprema Corte norte-americana, há mais de meio século, estabeleceu que um proprietário de patente pode limitar o alcance de uma licença para fabricar, usar ou vender uma invenção patenteada somente num território particular dentro dos Estados Unidos¹. A jurisprudência é farta em precedentes que reconhecem a legalidade de cláusulas contratuais estipulando restrições geográficas a respeito de exploração de patentes, com divisão de mercados. O proprietário pode inclusive proibir a exportação do produto coberto pela licença. Mas há casos em que restrições geográficas envolvendo patentes têm sido rejeitadas.

As restrições condenadas pelas cortes referem-se a licenças por trás das quais existe um pretexto para abrigar uma divisão de mercado desprovida de qualquer justificativa econômica eficiente. O alcance das restrições varia para limitar a venda do produto somente a clientes específicos localizados em determinadas áreas ou para fabricação apenas de parte da invenção quando o conceito inventivo assim permitir. Na avaliação da ilegalidade da conduta, tem sido fundamental identificar a origem da restrição, se é imposta pelo dono da patente ou

praticada pelo próprio licenciado. Em cada caso, a corte examina se a restrição é ou não válida, de acordo com os princípios anti-trustes.

Em um precedente muito discutido², a Suprema Corte julgou válida uma licença da companhia *General Electric* que limitava a venda de lâmpadas mediante restrição quanto ao método de venda e ao preço do produto. A Corte argumentou em favor da restrição, desde que as condições sejam consideradas normais ou razoáveis para assegurar um retorno pecuniário ao privilégio da patente. O dono da patente também fabricava e vendia o produto patenteado. E nessa hipótese, ele pôde estabelecer o preço que o licenciado devia praticar. Esse princípio estabelecido no precedente especificado nunca foi revogado, mas a tendência da jurisprudência é considerar ilegal a imposição ao licenciado de restrição de preço. O direito do proprietário de impor restrições quanto a território ou clientes é limitado pela doutrina da exaustão de direitos.

Segundo essa doutrina, a primeira venda de um artigo patenteado, feita pelo dono da patente ou seu licenciado, exaure o controle do proprietário sobre esse artigo. Assim, o proprietário não poderá usar o direito de patente para controlar o uso ou preço de revenda do artigo vendido. Restrições sobre vendas subseqüentes não são abonadas pela exclusividade inerente à patente. É também o caso de uma máquina que passa para as mãos do comprador. O seu uso é excluído do alcance do privilégio da patente³.

Uma coisa é o controle sobre o uso ou revenda de um artigo feita por consumidor, usuário ou comprador final. Outra coisa é o controle sobre agentes, em face dos mesmos atos, que concorrem com o próprio titular da patente em mercado relevante. No último caso, a restrição territorial ou de mercado e quanto a clientes goza de validade conceitual em nome do privilégio da patente. Até onde as restrições são abonadas pelo direito é uma questão que só a corte judicial pode dizer, à luz da regra da razão que legi-

tima toda conduta desde que justificada em termos de eficiência econômica. Na jurisprudência atual norte-americana, “antitruste se preocupa apenas com a eficiência econômica, e que a teoria do preço é o método pelo qual os efeitos da eficiência são mais bem determinados⁴.” Quando se trata de comércio internacional, a regra da razão não acostuma funcionar.

Exaustão internacional

O direito dos Estados Unidos adota a doutrina da exaustão no âmbito internacional para proteger o mercado interno, norte-americano, ou os interesses das empresas exportadoras daquele país. A esse respeito, a companhia *Westinghouse* firmou com a *Mitsubishi* japonesa um acordo de licença recíproca de patentes. Por esse acordo, ambas as empresas puderam fabricar, usar e vender produtos cobertos por um *pool* de patentes comuns. Esses produtos podiam ser exportados para qualquer país, menos para os Estados Unidos e Japão respectivamente. O judiciário aprovou⁵ esse acordo. Portanto, as empresas dos Estados Unidos podem licenciar suas patentes, de modo a dividir o mercado internacional sem violar a legislação antitruste daquele país.

As restrições nos acordos de licença internacional são, na verdade, facilitadas pela legislação norte-americana. Esses acordos somente são ilegais quando deles resultar “uma divisão de mercado substancialmente além do escopo e termos das patentes envolvidas ou envolver esquemas abrangentes para restringir o comércio norte-americano e estrangeiro (ABA..., 1992, p. 841)”. A legislação antitruste dos Estados Unidos somente se aplica para proteger os interesses do país, isto é, para controlar uma conduta que tenha um efeito direto, substancial e razoavelmente previsível sobre o comércio exportador (ABA..., 1992, p. 841). A esse respeito, várias leis editadas nos Estados Unidos mitigam a aplicação dos princípios antitrustes sobre contratos internacionais de licença.

O *National Cooperative Research Act* submete os contratos de *joint ventures* em P&D à regra da razão, isto é, impede que as cortes apliquem a regra de ilegalidade *per se* na apreciação desses contratos. O *Export Trading Company Act* de 1982 prevê a emissão pelo Departamento de Comércio de certificados de exportação isentando as empresas beneficiárias da aplicação da legislação antitruste aplicável a atividades especificadas. O *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* contém certas limitações à aplicação do *Sherman Act* (a lei mais antiga de defesa da concorrência norte-americana) nas disputas envolvendo a atividade de exportação (*nonimport foreign commerce*). O *Federal Arbitration Act*, combinado com a *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, permite que, nas disputas envolvendo contratos internacionais de licença, aspectos antitrustes sejam arbitrados (ABA..., 1992, p. 840). Nesse quadro, o injusto antitruste somente faz sentido no âmbito dos interesses domésticos. Diante desse quadro do direito norte-americano, a exaustão no âmbito transnacional ganha tratamento jurídico de defesa comercial.

3. A experiência comunitária

Os direitos do dono da patente exaurem, *grosso modo*, assim que o produto patenteado é comercializado por ele ou por terceiros sob seu consentimento no território da União Européia, no qual bens circulam de um país para outro. Se no Estado de origem, em que não há proteção de patentes, não há fabricação por fabricante autorizado ou pelo titular da patente, então este pode impedir a importação do produto patenteado para um outro Estado Membro. A experiência européia é interessante porque o alcance do direito de propriedade intelectual é estabelecido em conjunto com o Tratado de Roma, que se preocupa com o livre comércio no bloco dos países que fazem parte da União. Os precedentes da Corte Européia de Justiça (CEJ) condensam a noção de exaustão regio-

nal ou internacional de direitos de propriedade intelectual e envolvem patentes de medicamentos. Isso introduz na discussão, ademais, questões de vigilância sanitária ou saúde pública associadas à qualidade do produto e ao uso de marcas.

O Tratado de Roma, que tem primazia sobre as leis nacionais, proíbe restrições quantitativas de importações entre os países do bloco. Restrições são, porém, admitidas sob vários fundamentos, incluindo “proteção da propriedade industrial ou comercial”. Mas essa proteção não poderá constituir meio de discriminação arbitrária, ou disfarçada (*disguised*) restrição ao comércio entre os Estados Membros⁶. O exercício da propriedade intelectual está sujeito às disposições do Tratado as quais reputam proibidos, por incompatíveis com o mercado comum, acordos e práticas concertadas que afetem o comércio, tenham por objeto ou efeito a eliminação, restrição ou distorção da concorrência, ou constituam abuso de posição dominante⁷. Os precedentes abaixo discutem conflitos entre os direitos de propriedade intelectual e as normas fundamentais do Tratado.

No caso *de Peijper*⁸, o Sr. de Peijper e sua companhia, Centrafarm, compraram na Inglaterra produtos farmacêuticos de um atacadista, produzidos por uma companhia britânica do grupo Hoffmann-La Roche. Trazidos para a Holanda, os produtos foram distribuídos em tabletes e em caixas que portavam o nome genérico Diazepam, bem definidos em termos de qualidade e quantidade. O medicamento em questão já tinha sido legalmente posto em circulação em vários países da Comunidade, inclusive na Inglaterra e na Holanda. A importação foi considerada legal. A discussão mais interessante se referiu à falta de documentação sobre o medicamento, pois o importador teve dificuldade em obtê-la. Essa questão foi superada, tendo em vista que as autoridades de saúde pública holandesas já possuíam a documentação relativa ao método de preparação do medicamento, cuja importação já havia sido anteriormente autorizada.

A mesma companhia foi parte em um caso subsequente, *Hoffmann-La Roche v. Centrafarm*⁹. Dessa vez, Hoffmann-La Roche reclamava contra Centrafarm que comprara valium da Inglaterra para vender na Alemanha em caixas de 100 tabletes. O produto fora adquirido a um preço consideravelmente barato na Inglaterra¹⁰ e assim pôde ser revendido a um preço muito competitivo. No invólucro foi afixada a marca da Hoffmann-La Roche e o aviso de que estava sendo distribuído por Centrafarm. A questão enfrentada pela Corte foi se o titular da marca podia impedir um importador paralelo, à luz do art. 36 do Tratado de Roma, de comprar o produto legalmente posto em circulação em um país e exportado para outro, ambos pertencentes à Comunidade. Argumentou-se que o uso da marca é exclusiva do titular e Centrafarm estava tirando vantagem da reputação de marca alheia.

A Corte considerou que a marca tinha uma função essencial, que era garantir ao consumidor ou usuário final a origem do produto, permitindo-lhe distinguir de outro produto em caso de eventual confusão; que em princípio o titular de uma marca pode impedir que terceiro use essa marca sem seu consentimento, mas esse direito, que não pode constituir uma disfarçada restrição, deve variar de acordo com a circunstância e a natureza do produto; que é do interesse do proprietário que o consumidor não deva ser enganado quanto à origem do produto.

O uso da marca em embalagem foi objeto do caso *Pfizer v. Eurim-pharm*¹¹. *Pfizer*, dona da marca, tentou impedir o uso por *Eurim-pharm* que importou produto farmacêutico da Inglaterra para distribuí-lo na Alemanha. A Corte reconheceu o direito de o titular impedir o uso da marca em condições que prejudique a garantia da origem. E concluiu que não havia tal prejuízo no caso.

Nos casos subsequentes, todos envolvendo a importação paralela de produtos farmacêuticos¹², o desenvolvimento da jurisprudência não indica variação do prin-

cípio aplicado em *de Peijper*. Um ponto que sempre mereceu a atenção da CEJ foi o uso da marca pelo importador paralelo e as condições de embalagem. Sempre se admitiu que nos invólucros se informasse o nome de quem produziu, de quem reempacotou e de quem estava comercializando o medicamento. A Corte avançou alguns esclarecimentos, tais como, o empacotamento defeituoso ou de pobre qualidade pode afetar a reputação do fabricante e/ou dono da marca que tem o interesse de afastar a impressão de que é responsável pelo defeito; o proprietário da marca pode opor-se à embalagem feita de modo a afetar ou capaz de afetar as condições originais do produto, cuja importação e comercialização são realizadas sob a supervisão das autoridades sanitárias ou de saúde pública.

A aplicação do princípio estabelecido em *de Peijper* tem assegurado o livre movimento de bens e impedido a partição ou divisão do mercado da Comunidade. O controle de qualidade do produto não tem sido um argumento capaz de excepcionar o princípio da exaustão, que foi incorporado ao regulamento de marcas¹³ da Comunidade. Lá, em princípio, a concessão de uma licença de patente, em qualquer país do bloco, gera exaustão de direito, cessando para o titular o controle sobre as operações subsequentes envolvendo o produto lançado legalmente em qualquer parte do território da União. No direito comunitário, a aplicação do princípio da exaustão ganha característica de exceção *per se*. A compatibilidade desse regime com TRIPS é uma questão em aberto, pois dependerá do escopo do Acordo a ser construído pela OMC

4. Exaustão no direito brasileiro: a disciplina da importação paralela

Os direitos conferidos pela patente ao seu titular, descritos no artigo 42 da Lei de Propriedade Industrial (LPI) brasileira, são: produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar o produto objeto de patente ou o

processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado. A exclusividade desses direitos permite ao dono da patente impedir terceiros de realizá-los sem o seu consentimento. Em duas situações relevantes para o presente estudo, a LPI interfere com o exercício desses direitos, abrindo espaço à importação paralela. A LPI estabelece que a exclusividade prevista no artigo 42 não se aplica¹⁴ quanto “a produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto que tiver sido colocado no mercado interno diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento”. Outra situação em que a importação paralela é permitida se refere à licença compulsória por abuso do poder econômico¹⁵.

A exaustão do art. 43 (IV)

Quando um produto “tiver sido colocado no mercado interno” diretamente pelo titular ou com seu consentimento, o dono da patente de produto ou de processo aplicado para a obtenção de um produto não poderá impedir terceiro de “importar” o mesmo produto. Essa é uma regra básica incorporada ao princípio da exaustão, nos termos do direito brasileiro.

A exaustão não é tratada por TRIPS que também não a proíbe. Da inteligência do seu texto, a disciplina da exaustão fica por conta dos países membros. Mas estes não são totalmente livres para fazê-lo¹⁶. A exaustão, ao contrário do que o próprio nome sugere, não representa um exaurimento do direito em si. O seu conteúdo é de limitação do exercício desse mesmo direito, ou de uma das suas faculdades. O controle desse exercício, sobretudo no aspecto da importação, representa uma exceção fundada numa situação contingencial de mercado. Ao se referir às exceções dos direitos conferidos ao proprietário, o Acordo prevê que tais exceções não poderão conflitar “com a normal exploração da patente e não prejudicar sem justa causa os legítimos interesses do proprietário”. Isso será sempre tomado como paradigma para interpretação da lei nacional.

Os atos de terceiros praticados em relação à patente sem fins lucrativos ordinariamente não têm aptidão para interferir com a normal exploração da patente nem com legítimos interesses do proprietário. Essa interferência poderá ser discutida no trato da exaustão ao se referir a atos de terceiros ordinariamente com fins lucrativos. A discussão dessa finalidade perde relevância quando se trata de importação pelo Estado ou para atender a uma política pública de Estado.

A aparente incompatibilidade entre o direito de importar e a exaustão é superada pela exata compreensão de conceitos. O direito de importar, conferido ao titular da patente, não passa de uma preferência para colocar o produto no mercado interno, legalmente, diretamente pelo titular ou por terceiro com seu consentimento. Essa preferência é realizada com a primeira venda, ou a primeira importação. Nisso se exaure o poder de controlar ou dividir o mercado pela patente. Esta continua válida e eficaz pelo período de vigência.

Como se sabe, a doutrina da exaustão tem origem no direito antitruste ou da concorrência que é refratário à divisão de mercados. Ordinariamente, dividir os mercados ou embaraçar a livre exploração da patente, enquanto ato prejudicial ou restritivo à livre concorrência, constitui infração à ordem econômica¹⁷. A caracterização dessa infração está sujeita à regra da razão no domínio do direito da concorrência, de eficácia essencialmente territorial. O direito de patente, mais simplificado, tende a se estruturar à base de normas *per se*. Por isso, o legislador brasileiro, sem dar margem à discussão de abuso no exercício do direito de importação, limitou esse direito à primeira colocação no mercado. O abuso é uma questão discutível na licença compulsória, que também gera importação paralela.

*A importação paralela fundada na
licença compulsória*

A importação paralela é facultada ao licenciado, nos termos do § 3º do art. 68 da

LPI, no período que antecede à fabricação local, e a terceiros, nos termos do § 4º do mesmo dispositivo, e está subordinada a:

- ordem administrativa ou judicial de licença compulsória;
- limitação de tempo;
- circulação prévia do produto promovida pelo titular ou por terceiro com seu consentimento.

O Brasil não tem experiência¹⁸ na aplicação da licença compulsória, que é um instrumento extremo, disponível para remediar uma falha de mercado. Licença compulsória é uma categoria de intervenção do Estado na liberdade de mercado. No Estado de direito, a restrição dessa liberdade deve ser justificada em gênero e grau, isto é, o tipo da medida intervencionista deve ser administrada na extensão adequada à reparação da falha de mercado e à política pública que pretende servir. Trata-se de medida difícil de se aplicar por diversas razões. Os seus pressupostos legais envolvem conceitos econômicos nem sempre compreensíveis pelas autoridades incumbidas de aplicar a lei. A imposição da medida está sujeita a recursos processuais que postergam a sua efetividade. Isso tira o estímulo do investidor. Ademais, a lei nem sempre é clara acerca das conseqüências das normas disciplinadoras do instituto, que exige uma autoridade competente para agir, uma limitada autorização legal e um processo que deve ser operado nos limites legais.

Um pressuposto da licença compulsória é o exercício abusivo dos direitos de patente. Não há uma noção legal de abuso de direito. E todo abuso de direito relevante deve representar, na prática, um abuso do poder econômico, que é um outro pressuposto. Como proposta de interpretação, o exercício abusivo dos direitos de patente deve corresponder a cláusulas contratuais abusivas. Quanto ao poder econômico, para se fazer um juízo economicamente racional é necessário identificar, na prática, uma posição dominante num mercado relevante. Somente depois é possível chegar a alguma con-

clusão sobre abuso. O direito não proscree o poder econômico, mas sim o seu abuso. No seu cotidiano, as autoridades de defesa da concorrência aplicam esses conceitos, flexíveis por natureza, com relativa habilidade; mas as situações que conceitos envolvem devem ser comprovadas nos termos da lei e em consideração ao mérito do caso concreto. A materialidade do abuso é desafiada em face da assimetria de informação. A autoridade administrativa, quando assistida por técnicos ou peritos bem treinados e experientes, está mais capacitada do que as autoridades judiciais a concluir uma decisão em tempo desejado, dando aos fatos uma interpretação técnica mais aceitável no ciclo de negócios. A prova do abuso deve ser feita pelo interessado que o alegar.

A não exploração da patente no território brasileiro (*non-working requirement*) é um outro pressuposto, que se perfaz na falta de fabricação, fabricação incompleta do produto ou falta de uso integral do processo patentado. Mas somente funciona quando combinado com abuso de direito ou de poder econômico. Fora desse quadro interpretativo, a simples ausência de fabricação local não pode ser considerada suficiente para motivar a licença compulsória. A Constituição assegura proteção às invenções. Essa proteção é instituída para atender a uma função social. O relaxamento dessa proteção por simples ausência de fabricação local não parece gerar qualquer ganho social.

A comercialização não satisfatória às necessidades do mercado é mais um motivo para licença compulsória. A falta de fabricação e a não comercialização poderão ser afastadas por razões legítimas (*economic defense*) hábeis a inviabilizar o licenciamento compulsório. Mas a ausência de justificacão não implica necessariamente abuso de poder econômico. O abuso poderá ocorrer sem fabricação e sem colocação do produto no mercado nacional, ou com colocação no mercado doméstico. Se a licença compulsória não remediar a falha no caso de não fa-

bricação local, a caducidade da patente parece de obscura utilidade.

Dois motivos ensejam, ainda, a licença compulsória: situação de dependência de uma patente a outra quando as tratativas privadas não alcançarem sucesso e casos de emergência nacional ou interesse público¹⁹. A lei sugere que o INPI é a entidade competente para conceder a licença²⁰. Mas nos casos de licença compulsória para uso não comercial, fundada em emergência nacional e interesse público, não há indicação da autoridade competente para processar e decidir a licença²¹. Também nessa última hipótese a lei não prevê claramente a possibilidade de importação paralela. É o regulamento que dispõe a respeito²². Os defeitos da legislação, no entanto, não afastam a legitimidade da importação paralela na licença compulsória por emergência nacional ou interesse público, que tem um escopo muito maior, “para a exploração da patente”, e não simplesmente para fabricação local.

A LPI separa a importação paralela feita pelo licenciado da importação paralela realizada por terceiro²³. Os §§ 3º e 4º do art. 68 da LPI não esclarecem qual o mercado de colocação do produto para legitimar a importação, se nacional ou internacional. O mercado é o nacional. Essa resposta é dada pelo art. 43, inciso IV, da mesma LPI. Essa distinção, no entanto, é irrelevante quando o titular da patente se tratar de empresa global (*global player*) e o produto originado da patente seja uma *commodity* comercializada no mercado transnacional.

É fundamental reafirmar que a licença compulsória tem como pressuposto ou ponto de partida uma estratégia do titular da patente ofensiva à competição, configurada nas hipóteses do art. 68 da LPI. A hipótese do art. 71 dispensa estratégia abusiva. A presença desta é, no entanto, uma expectativa realista. Nas hipóteses do art. 68, há um período de graça em favor do titular da patente; e ele está usufruindo do investimento por já haver colocado o produto no mercado. E em todas as hipóteses previstas em

ambos dispositivos, o titular não terá seus direitos prejudicados. A ele será garantida uma remuneração adequada²⁴ se a licença for para fabricar no local. A autorização para importação paralela é limitada, como restrita é a licença que poderá ser até cassada a seu requerimento. Nesse sentido, a licença compulsória prevista na LPI não conflita com a normal exploração pelo titular. Se explora o mercado por via de importação, ele está tendo um retorno. Se não fabrica no local, não há falar em normal exploração na ausência de fabricação. Mas se terceiro passa a fabricar, sob seu consentimento ou ordem do Estado, uma remuneração lhe será atribuída.

Reflexo do uso legal da marca

A discussão dos casos da jurisprudência européia, envolvendo importação paralela de medicamentos, revelou que o uso da marca sempre teve uma função. Isso é importante, pois serve também para dirimir responsabilidade, nos termos da legislação de defesa do consumidor²⁵. Na importação paralela derivada de licença compulsória, o direito de marca não assiste ao importador. A LPI faculta ao titular impedir a livre circulação de produtos colocados no mercado interno, sob marca da sua propriedade, por força de licença compulsória com fins comerciais, ou seja, pelos motivos do art. 68 da LPI²⁶. O uso ou fixação da marca do fabricante dependerá do seu consentimento. Isso é mais uma limitação à importação paralela. Mas essa limitação, todavia, não se aplica à hipótese de importação decorrente de licença por interesse público. A restrição à livre circulação do produto pelo titular da marca poderá ser contornada, diante de uma comprovada infração à ordem econômica²⁷. A restrição ao uso da marca poderá, ainda, ser discutida quando a sua aposição no invólucro não acarretar prejuízo à reputação do dono. O consentimento do titular, quando necessário, poderá ser suprido por autoridade judicial ou administrativa, nos termos da lei.

5. Conclusões

A importação paralela decorre de duas hipóteses básicas: (a) meramente de um fato de mercado e de (b) uma ordem judicial ou administrativa de licença compulsória. Na primeira hipótese, fundada no art. 43, inciso IV, da LPI, o simples fato da colocação do produto no mercado interno, pelo titular ou terceiro como seu substituto, basta para autorizar a importação paralela. Na segunda hipótese, a licença compulsória poderá ser motivada por abuso de direito ou de poder econômico ou, ainda, nos casos de emergência nacional ou interesse público.

A colocação no mercado nacional, pois, dispensa a licença compulsória para viabilizar a importação paralela. O contrário é verdadeiro, isto é, não tendo sido o produto colocado no mercado nacional, a importação paralela depende de licença compulsória, seja por abuso ou por interesse público.

O processo de licença compulsória é demorado. Não faz sentido o terceiro ou o Estado a ele recorrer, visando à importação, se o produto já foi lançado no mercado interno. Se não houve, ainda, o lançamento do produto no comércio interno, de duas uma: ao interessado foi negada autorização para produzir no país ou para importar. Nas hipóteses, a negativa do titular pode constituir um indicador de abuso capaz de caracterizar uma falha de mercado. Provado o abuso e a falta de comercialização local, a licença compulsória poderá ser apenas para importar para fins comerciais. É importante a prova de que o titular ou seu substituto, consultado ou notificado, negou-se a negociar uma autorização, ou impôs para sua concessão condições não razoáveis.

O lançamento do produto no mercado interno também torna desnecessária a licença por interesse público. Tal licença, contudo, na falta de lançamento, prescinde da prova de abuso do titular. Para atender a “relevante interesse coletivo” ou “imperativos da segurança nacional”, no quadro de uma necessidade associada a uma política

pública prevista em lei, ao Estado é facultado até mesmo explorar diretamente uma atividade econômica²⁸. A aquisição de medicamentos, em face de igual necessidade, revela-se uma intervenção menor do Estado perfeitamente legitimada. Essa compreensão também se vê confirmada pela natureza do direito de impedir terceiro de importar inerente à patente.

A importação paralela atua contra o exercício arbitrário do direito de importação conferido ao titular da patente. Essa faculdade não poderá ser usada como forma de discriminação arbitrária, limitação injustificada ao comércio ou, ainda, restrição à liberdade do comprador na escolha da fonte de fornecimento. A esse respeito, a compreensão do direito brasileiro há de se harmonizar com a jurisprudência alienígena citada, que oferece, também, a base para uma reclamada interpretação flexível de TRIPS. A defesa da importação paralela significa assegurar ao importador a liberdade de procurar o menor preço, sem restrições indevidas. O direito de importar, como faculdade inerente à patente, não poderá ser exercido senão como um equivalente jurídico da preferência na introdução do produto no mercado, assegurando-se ao titular uma vantagem competitiva em relação a rivais. Mas a sociedade não poderá ser privada de acesso a medicamentos a preços razoáveis de mercado.

Notas

¹ *Ethyl Gasoline Corp. v. United States*, 309 US 436, 456 (1940). A própria lei americana de patente dispõe que o proprietário pode conceder licença exclusiva para uso em todo o território dos Estados Unidos ou em qualquer parte especificada do país.

² *United States v. General Electric*, 272 US 476 (1926).

³ A exaustão de direitos foi afirmada em *Univis Lens* (316 U.S. 249-51), *Adams v. Burke* (84 U.S. 453, 457), *Bloomer v. McQuewan* (55 U.S. 453, 457).

⁴ Thomas E. Kaupper, ([19--?], p. 349). A passagem transcrita toma como paradigma o caso *Con-*

tinental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc. (433 U.S. 36, 1997). A partir desse caso julgado pela Suprema Corte, restrição ou controle sobre uso e revenda após a primeira venda de um produto patenteado é uma questão de restrição vertical que se submete à regra da razão.

⁵ *United States v. Westinghouse Electric Corp.*, 648 F.2d., 642 (9th Cir. 1981). (ABA..., 1992, p. 841).

⁶ Tratado de Roma, artigos 30 e 36.

⁷ Tratado, artigos 85 e 86.

⁸ Caso 104/75 [1976] ECR p. 613.

⁹ C-102/77 [1978] ECR p. 1139.

¹⁰ Professora Valentine Korah sugere que o preço barato dos medicamentos na Inglaterra se deve a três fatores: em parte pela flutuação do câmbio, em parte pelo poder de compra do governo e pela política de licença compulsória lá praticada. (EC..., [19--?], p. 192).

¹¹ C-1/81, [1981] ECR p. 2913.

¹² Os casos aludidos são: *Centrafarm BV v. Sterlig Drug Inc.*, C-15/74 [1974] ECR 1147; *Commission v. Germany*, C-247/81 [1984] ECR 1111; *The Royal Pharmaceutical Society Case*, casos reunidos C-266 e C-267 [1989] ECR 1295; *Freistaat Bayern v. Eurim-Pharm*, C-347/89 [1991] ECR I-1747; *Bristol-Myers Squibbs and Others v. Paranova*, casos reunidos C-427/93, C-429/93 e C-436/93 [1996] ECR I-6285; e *Smith & Nephew*, C-201/94 [1996] ECR I-5819.

¹³ A informação se refere à *Directive 89/104/EEC*, 21 Dec 1988, art.7^o, OJ 1989 L 40, p. 1.

¹⁴ LPI, art. 43, inciso IV.

¹⁵ LPI, art. 68, §§ 3^o e 4^o.

¹⁶ A questão da exaustão (Artigo 6 do Acordo), por exemplo, está combinada com as cláusulas do “tratamento nacional” e do “tratamento da nação mais favorecida”.

¹⁷ Lei nº 8.884/94, art. 21, incisos III e XVI.

¹⁸ Em toda a sua história, o INPI não concedeu mais de 3 licenças compulsórias de duvidosos resultados.

¹⁹ LPI, artigos 70 e 71. A licença compulsória por dependência de patente não interessa ao presente estudo.

²⁰ LPI, art. 73 §§ 4^o e 5^o

²¹ Pela redação dos artigos 11 e 13 do Decreto nº 3.201/99, infere-se que o INPI não é a autoridade competente.

²² Decreto 3.201, art. 10.

²³ LPI, art. 68 §§ 3^o e 4^o, respectivamente.

²⁴ LPI, art. 68, 3^o e 4^o, art. 71 e art. 73, §§ 5^o e 6^o.

²⁵ Ver CDC, art. 12.

²⁶ LPI, art. 132, III: “O titular da marca não poderá: impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com seu consentimento, ressalvado o disposto nos parágrafos 3^o e 4^o do art. 68.”

²⁷ Lei nº 8.884/94, art. 46, incisos I e II.

²⁸ CF, art. 173.

Bibliografia

- ABA Antitrust Section: Antitrust Law Developments 3. ed. [S.l]: [s.n.], 1992.
- AMARAL, Luiz Henrique do. A questão das importações paralelas. *Revista da ABPI*, Anais do XVIII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, p. 55-65, 1998.
- COSTA, Lúcia Maura. Importação paralela no Mercosul. *Revista da ABPI*, Anais do XVII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, p. 102-107, 1997.
- FEKETE, Elisabeth Kasnar. A implementação do princípio da exaustão de direitos no Mercosul diante do contexto da globalização. *Revista da ABPI*, Anais do XVII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, p. 76-102, 1997.
- FONSECA, Antonio. Concorrência e propriedade intelectual. *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 189, p. 81-119, jan./jul. 1998.
- KAUPPER, Thomas E. Antitrust in 1992: the year of the storyteller. *Antitrust law Journal*, [S.l], vol. 61-62, p. 349, [19--?].
- KORAH, Valentine. *EC competition law and practice*. 5. ed. [S.l]: [19--?].
- SILVA A. C. Fonseca da. A. C. Controle antitruste do exercício da propriedade intelectual: novas experiências. *Revista da ABPI*, Anais do XVIII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, p. 130-144, 1998.
- _____. *Limiting intellectual property: the competition interface*, 1994. Tese (PhD) Queen Mary & Westfield College, Universidade de Londres, 1994.

Interconexão, *unbundling* e compartilhamento de meios de redes de telecomunicação

Gabriel Boavista Laender

Sumário

1. Introdução. 2. Serviço de telecomunicações e direito a implantar redes. 3. Compartilhamento de meios, interconexão e *unbundling*. 4. O estabelecimento de um ambiente concorrencial fundado em redes abertas.

1. *Introdução*

A prestação de serviços públicos no Brasil, neste início da primeira década do século XXI, passa por significativo processo de reforma. Isso é resultado de uma nova percepção do Estado, não apenas de suas funções e atribuições, mas principalmente de sua forma de atuação. Concebe-se um Estado menor, de atuação restrita às funções públicas básicas, em oposição ao modelo do Estado de Bem-Estar Social, que, influenciado pelas idéias keynesianas, caracterizava-se pela assunção pelo poder público da função de agente econômico, de forma a assim promover o desenvolvimento econômico. No campo dos serviços públicos, o novo modelo crê firmemente na concorrência regulada como meio de promoção de eficiência e qualidade. Nesse sentido, a função estatal deixa de ser a efetiva execução do serviço e passa a ser a de garantir a atuação das forças de mercado de forma a assegurar um ambiente concorrencial. Isso é feito por meio de instrumentos normativos que por um lado

Gabriel Boavista Laender é Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

busquem estimular a concorrência entre os agentes econômicos de um dado mercado e, por outro lado, inibam a concentração de poder de mercado e coíbam práticas anti-concorrenciais.

O novo modelo reconhece, portanto, que apenas as forças de mercado não são suficientes para garantir a adequada prestação dos serviços. Disso resulta a necessidade de se criar um mercado regulado, em que as deficiências sejam supridas por normas, como, por exemplo, as que impõem obrigações de universalização e de qualidade. Assim, surge a figura do Estado regulador, cujo escopo principal é ordenar o mercado e assegurar a competição, evitando a formação de estruturas que a prejudiquem e reprimindo condutas que possam burlar seus efeitos positivos.

Nesse contexto é que deve ser entendido o processo de reforma da prestação de serviços de telecomunicação atualmente em curso. Desde seu princípio, com a Emenda Constitucional nº 8/95, até a edição da Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei nº 9.472/97), percebe-se o intuito de estabelecer-se a concorrência no setor, primeiro mediante a quebra do monopólio estatal e posteriormente com a efetiva privatização dos serviços de telecomunicação.

O setor de telecomunicações, todavia, possui peculiaridades que dificultam a livre concorrência, de tal sorte que durante muito tempo foi considerado como um *monopólio natural*¹. A principal característica a pautar essa convicção era o alto custo da infra-estrutura do serviço. Acreditava-se, em virtude disso, que somente o monopólio era capaz de propiciar à empresa prestadora ganhos suficientes para o financiamento da expansão da infra-estrutura.

Outro óbice à livre concorrência era a impossibilidade de usuários de eventuais novas empresas se comunicarem com os usuários da empresa já estabelecida (*incumbent*, no termo em inglês de uso consagrado), caso não houvesse interligação entre as redes das novas prestadoras com a da antiga².

Tendo isso em vista, o novo modelo implementado no Brasil busca viabilizar a competição mediante a assecuração do caráter público das redes de telecomunicação. Há na LGT título específico com esse propósito³, em que se estabelece, no art. 146, *caput*, que *as redes serão organizadas como 'vias integradas de livre circulação'*, em virtude do que torna obrigatória a interconexão entre as redes (inciso I do mesmo artigo), assegura sua operação de forma integrada (inciso II) e condiciona sua propriedade ao atendimento de sua função social (inciso III).

De fato, as disposições da LGT resultam da intenção de se criar um ambiente concorrencial pautado não pela criação de várias redes distintas e autônomas, mas de redes que, integradas, tornar-se-ão de fato uma única rede: a chamada *infovia*. Nesse sentido as palavras do ex-Presidente da ANATEL, Renato Navarro Guerreiro, na apresentação do 2º volume da *Coleção normativa de telecomunicações* organizada por aquela agência:

“A Regulamentação constitui a base da construção das novas telecomunicações no mundo moderno. A visão arrojada na concepção dos serviços, baseada unicamente nos benefícios que eles propiciam aos cidadãos e não nas herméticas modelagens tecnológicas, é que permitirá a construção das redes que, com suas características de *interconectividade* e *interoperabilidade*, tornar-se-ão as vias modernas – INFOVIAS – que sustentarão o desenvolvimento da Sociedade da Informação”(2000, p. 5).

A *interconectividade* e a *interoperabilidade* das redes são características, de fato, essenciais para o estabelecimento de um ambiente concorrencial. Novos entrantes no mercado de telecomunicação apenas terão sucesso se puderem (i) valer-se da infra-estrutura já existente para a implementação de sua própria rede e (ii) fazer circular as informações de sua rede pela rede da prestadora já estabelecida e receber as informações des-

sa para circulação em suas redes. Isso em virtude do já mencionado alto custo da infra-estrutura do setor e da necessidade de usuários das novas redes se comunicarem com os usuários das redes já estabelecidas.

Há que se ressaltar que o caráter público das redes de telecomunicação, segundo os princípios que regem a reforma do setor de telecomunicações, resulta de direito não apenas dos agentes econômicos, mas principalmente dos usuários. A estes a lei assegura o direito de livre acesso às redes de telecomunicação, bem como de livre escolha da prestadora. Impossibilitada a livre circulação de informações entre as redes, frustra-se o ambiente concorrencial proposto e o direito dos usuários às benesses da abertura da concorrência no setor.

A interconexão de redes, e institutos afins como o compartilhamento de meios e *unbundling*⁴ avultam, por conseguinte, como fundamentais para o sucesso do novo modelo proposto para as telecomunicações, à medida que são garantes do caráter público das redes e, conseqüentemente, propiciam a efetiva concorrência no setor.

2. Serviço de telecomunicações e direito a implantar redes

A obrigatoriedade de interconexão, e em especial de compartilhamento de meios, busca garantir o direito a implantar redes de telecomunicação. Esse direito, conforme se demonstrará, resulta do direito a prestar serviço de telecomunicações, de tal sorte que um depende do outro.

O conceito de rede de telecomunicação está intimamente ligado ao conceito de serviço de telecomunicação. A LGT define, no art. 60, § 1º, telecomunicação como *a transmissão, emissão ou recepção por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza*.

Em consonância com o que diz a lei, podemos definir *telecomunicação* como *forma de*

comunicação mediante determinados elementos técnicos. A esse respeito, vale citar Marcos M. Fernando Pablo, da Universidade de Salamanca, em comentário à definição legal espanhola⁵, muito semelhante à brasileira:

“Tal noção [a conferida pela lei] permite entender a telecomunicação como uma forma de comunicação mediante determinados elementos técnicos. A conformação jurídica daquela se realiza, portanto, sob a perspectiva do suporte ou meio de comunicação empregado, cujo regime é, a rigor, o objeto da Lei, mais do que o conteúdo da informação...”⁶.

Assim sendo, na configuração jurídica de determinada forma de telecomunicação, importa mais o meio empregado (os *elementos técnicos* – a forma) do que a qualidade da informação transmitida (conteúdo). Nesse sentido, torna-se cristalina a importância que adquire o conceito de rede de telecomunicação, uma vez que ela constitui, em última análise, o *meio empregado para a telecomunicação*.

Nesse ponto, cabe definir melhor o que seja rede de telecomunicações. Até o momento, identificamo-la com os elementos técnicos que possibilitam a telecomunicação. A partir de então, inferimos a necessidade de sua existência para a configuração de telecomunicação, haja vista os elementos técnicos, consubstanciados na rede, serem componentes da própria definição daquela.

A rede de telecomunicações, contudo, não se confunde com os citados elementos técnicos, tomados de forma isolada. Apenas quando esses elementos se combinam para a transmissão de informações é que resta configurada uma rede. Dessa sorte, distingue-se a rede dos elementos materiais que a compõem, ou seja, da infra-estrutura (postes, fibras ópticas, cabos coaxiais, etc.), bem como dos meios imateriais (a chamada *inteligência da rede*, como os protocolos e os programas de computador utilizados no processo de transmissão de informações).

A rede é caracterizada, portanto, pelo conjunto determinado por um fluxo de informações sobre meios materiais (infra-estrutura) e meios imateriais (inteligência da rede). Dessa forma, pode-se imaginar redes distintas compartilhando uma mesma infra-estrutura e, graças ao avanço da tecnologia, compartilhando os mesmos protocolos e os mesmos programas (embora não a mesma inteligência de rede, pois esse é um conceito que se vincula a uma rede específica⁷). É até mesmo conceituável que redes distintas compartilhando os mesmos meios materiais e imateriais não se comuniquem entre si, isto é, não realizem interconexão.

Haja vista as considerações *supra*, podemos conceituar serviço de telecomunicações como o provimento de acesso a uma rede de telecomunicações para fins de comunicação⁸. Esse conceito não é distante do conceito legal brasileiro, que define serviço de telecomunicação como *o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação* (art. 60, *caput*, da LGT), à medida que esse conjunto de atividades consiste, *ipso facto*, na prestação de uma rede de telecomunicações (FERNANDO PABLO, 1998, p. 136).

Deve-se diferenciar, todavia, os conceitos de rede e de serviço de telecomunicação. Nesse mister, valhamo-nos mais uma vez dos ensinamentos de Marcos Fernando Pablo:

“... pode-se entender a noção de serviço de telecomunicação como algo diferente de uma rede, pelo aspecto *‘passivo’* que esta apresenta, enquanto o serviço implica, no mais ou no menos, atividade, prestação, a dizer, extração de determinadas utilidades daquelas conexões que a rede proporciona. De fato, esta se limita a conectar, enquanto todo serviço *transmite*, despacha sinais de telecomunicação portadores de informação. A rede *conecta* (isto é, proporciona conexões), o serviço (portador) *transmite* e o serviço (final) *comunica*”⁹.

Assim, embora caracterizada por um fluxo de informações, conforme dito antes, a

rede possui aspecto instrumental para o serviço de telecomunicações. É este que conferirá àquela sua utilidade, e mesmo sua conformação, haja vista ser o serviço o que gera o tráfego de informações.

Por outro lado, o serviço de telecomunicações, conforme visto, é caracterizado justamente pelo meio que emprega, qual seja, uma rede de telecomunicações. Destarte, não há como conceber a prestação de um serviço de telecomunicação sem uma rede que lhe dê suporte: sem rede, não há telecomunicação.

A conseqüência jurídica desse vínculo ontológico entre rede e serviço é o fato de que aquele a quem se confere direito de prestar determinado serviço de telecomunicação possui, em decorrência, direito a implantar rede compatível com o serviço que irá prestar, sob pena de ter-se como inócuo o primeiro.

O direito a implantar rede, todavia, não deverá sempre ser exercido para que se possa prestar determinado serviço, pois o novo quadro regulatório do setor de telecomunicações permite o uso de rede alheia para tanto¹⁰. Eventuais novos prestadores podem simplesmente revender o uso de rede já existente, sem a ela acrescentar qualquer novo elemento¹¹.

3. Compartilhamento de meios, interconexão e unbundling

Em decorrência da necessidade de implementar a livre concorrência, do caráter público das redes de telecomunicação e do direito a implementá-las, surgem três institutos distintos: o compartilhamento de meios, a interconexão e o *unbundling*.

O compartilhamento de meios caracteriza-se pelo uso compartilhado de qualquer elemento de suporte à execução do serviço. Segundo os princípios do novo modelo regulatório, o compartilhamento de meios é obrigatório para agentes dos setores de energia elétrica, petróleo e telecomunicações. A obrigatoriedade se verifica tanto para o com-

partilhamento entre agentes de um mesmo setor como para agentes de setores diversos¹². Não há limites, contudo, a impedir o compartilhamento de meios de setores outros que os citados acima, como as servidões de passagem do transporte ferroviário, por exemplo.

Assim, podem ser compartilhadas infra-estruturas não somente voltadas para a telecomunicação, abrangendo desde as citadas servidões de passagem até torres de transmissão de energia elétrica, sendo que nos setores de energia elétrica, petróleo e telecomunicações o compartilhamento é obrigatório. O objetivo é assegurar o aproveitamento de economias de escala e de escopo por parte dos agentes econômicos envolvidos, de sorte a propiciar menores preços aos consumidores.

A interconexão de redes de telecomunicação é definida pela LGT em seu art. 146, parágrafo único, como *a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis*.

Dessa definição avulta, desde o princípio, uma característica fundamental: a interconexão visa interligar duas ou mais redes. A interconexão se caracteriza, portanto, por um propósito, não pelos meios utilizados para alcançá-lo. É nesse ponto que se diferencia a interconexão do compartilhamento de meios. Este é meio para aquela, porém não a caracteriza. De fato, para que haja interconexão é necessário que em algum ponto uma rede conecte-se fisicamente à outra, porém, conforme dito anteriormente, sobre uma mesma infra-estrutura pode-se estabelecer uma pluralidade de redes sem que haja entre elas qualquer forma de interligação funcional, isto é, sem que uma troque informações com a outra. Nesse caso, caracteriza-se o compartilhamento de meios, porém não a interconexão.

O *unbundling*, por fim, é a desagregação do uso de determinada capacidade de um elemento ou elementos de uma rede do uso

da capacidade total dessa rede. Consubstancia-se no compartilhamento de elementos de rede alheia, tomados individualmente, de forma a construir rede própria. Sua obrigatoriedade no direito brasileiro encontra sede nos arts. 39 e 40 do Regulamento Geral de Interconexão (RGI) expedido pela ANATEL.

O vocábulo *unbundling* vem do inglês *unbundle*, que significa, literalmente, *desempacotar*. O instituto foi criado para desvincular os elementos da rede que compunham, de forma a permitir o seu compartilhamento. Nesse sentido, cite-se o Report & Order 96-325 da *Federal Communications Commission*, em que a agência reguladora norte-americana comenta a obrigatoriedade de *unbundling* para serviços de telefonia local, estabelecida pelo *Telecommunications Act* de 1996:

“Nós também ressaltaríamos que muitos novos entrantes não terão construído por completo suas redes quando começarem a prestar seus serviços. Apesar de eles poderem disponibilizar parte de sua própria infra-estrutura, esses novos entrantes serão incapazes de alcançar todos seus consumidores sem depender da infra-estrutura da *incumbent*. Assim, somado ao acordo para terminação de tráfego na rede da *incumbent* de telefonia local¹³, os entrantes provavelmente necessitarão de acordos que possibilitem obter preços finais para serviços que eles queiram vender no varejo e utilizar ao menos algumas partes das infra-estruturas das *incumbents*, como as de *local loops* e de *office switching*”¹⁴.

Assim, apesar de muitas vezes ser utilizado como sinônimo de interconexão, o *unbundling* possui características próprias, determinadas pela diferença de propósito entre os dois institutos. O primeiro visa ligar redes distintas, porém funcionalmente compatíveis. O segundo visa a implementação de uma rede, mediante o compartilhamento de estruturas de rede alheia.

A confusão tem lugar em virtude de no direito estrangeiro ser comum a obrigatoriedade das *incumbents* fazerem os acordos de interconexão mediante oferta pública, em que, também por obrigação legal, a forma de remuneração dar-se-á segundo o uso efetivo de cada elemento da rede. Assim, essas ofertas elencam cada um dos elementos de rede que a *incumbent* dispõe para compartilhamento, bem como a respectiva remuneração pelo seu uso. Apesar de inserido em uma *oferta pública de interconexão*, trata-se, em verdade, de uma proposta de compartilhamento de meios de forma desagregada, ou, como dizem os norte-americanos, *in a unbundled manner*. Ou seja, trata-se de *unbundling* inserto em um acordo de interconexão. A medida se justifica haja vista a interconexão implicar, via de regra, compartilhamento de meios para construção de rede própria, pois não se pode olvidar a grande superioridade das redes das operadoras já estabelecidas frente a redes que acabaram de ser construídas. E ainda que a prestadora que busque a interconexão não necessite de elementos de rede alheia para oferecer seu serviço, algum elemento físico será necessário para ligar as duas redes – e esse elemento será necessariamente compartilhado.

Dessa forma, ao passo que se distingue o *unbundling* da interconexão, aproxima-se o instituto do compartilhamento de meios – de sorte que pode-se dizer que esse seja gênero e o *unbundling*, espécie. Essa conclusão concorda com o tratamento normativo do instituto no direito pátrio, uma vez que o *unbundling*, no RGI, está inserto no capítulo sobre compartilhamento de meios (Capítulo II do Título III). A particularidade do *unbundling* frente ao compartilhamento de meios reside no fato de tomarem-se os elementos compartilhados de forma desvinculada do todo – o que tem reflexo principalmente na forma de remuneração do agente que cede o elemento compartilhado. O economista Jesús Cabrera de la Iglesia, a esse respeito, fornece interessante contribuição:

“A racionalidade econômica é posta ‘ex-ante’, para evitar uma alocação anti-econômica dos recursos, o que legitima a imposição pelo órgão regulador, às operadoras estabelecidas, da ‘oferta obrigatória de serviços de interconexão’ com preços ‘orientados para o padrão de custo incremental a longo prazo’. Isso serve de orientação para as operadoras entrantes, para que decidam se lhes convém acrescentar à estrutura global novos elementos de estrutura produtiva.

Esse raciocínio, porém, poderia conduzir ao absurdo de se rejeitar qualquer projeto de investimento por parte das operadoras entrantes diante das avassaladoras economias de escala e de escopo que as redes existentes já têm. É por isso que o planejamento do investimento conjunto das instalações existentes possa (sic) ser analisado em peças desagregadas pelas operadoras com potencial de ingresso, sobre as quais se possa exercer a decisão alternativa de ‘investir’¹⁵ ou ‘comprar interconexão’¹⁶. Isso significa a imposição regulatória do ‘princípio da transparência’ para evitar qualquer ‘empacotamento’ inoportuno, obrigando as operadoras dominantes a esmiuçar a sua ‘oferta de serviços de interconexão’ em tantas prestações de rede, técnica e praticamente diferenciáveis, como sejam demandadas pelas operadoras com direito de interconexão, aplicando-se em todos os casos preços orientados pelo ‘custo incremental de longo prazo’, calculado para a porção especificamente demandada”¹⁷.

4. O estabelecimento de um ambiente concorrencial fundado em redes abertas

A interconexão, o compartilhamento de meios e o *unbundling* possuem, todavia, um viés comum, qual seja o de possibilitar o

surgimento de um ambiente concorrencial no setor de telecomunicações. Isso porque, conforme já se disse, possibilitam eliminar as principais barreiras à entrada de novos competidores, uma vez que lhes possibilitam aproveitar as economias de escala e de escopo das redes já existentes, bem como o acesso a serviços e usuários dessas redes.

Do ponto de vista jurídico, resultam do direito de implantar rede, direito que, por sua vez, advém do direito de prestar serviços de telecomunicação. De fato, conforme já explicitado, não há como admitir direito a prestar serviço de telecomunicação sem que se garanta o meio pelo qual será prestado, haja vista este ser característica intrínseca daquele. No caso dos serviços classificados como de interesse coletivo segundo a tipologia da LGT, o direito a implantar rede tem seu contraponto no dever de propiciar livre acesso. Esse dever, somado ao condicionamento da propriedade das redes ao atendimento de sua função social, fornecem as bases para a obrigatoriedade da *incumbent* em interconectar sua rede com a de novas prestadoras e de fornecer seus elementos para compartilhamento. O resultado são as chamadas redes abertas, pautadas pelo livre acesso e pela integração com outras redes.

O objetivo regulatório é, claramente, de estímulo ao planejamento integrado das redes de serviços de interesse coletivo, de sorte a diminuir os custos operacionais dos operadores e, assim, permitir a prestação de um serviço mais barato. Nesse sentido, mister é atentar para o controle de práticas anti-concorrenciais, uma vez que um ambiente concorrencial saudável é a garantia proposta pelo novo modelo de que os ganhos operacionais serão transferidos aos consumidores via preços.

Ao mesmo tempo em que planejadas e operadas de forma conjunta, as redes abertas são a base sobre a qual se desenvolverá a competição. A situação é mesmo paradoxal, pois ao mesmo tempo em que a competição é viabilizada mediante o compartilhamento entre os vários agentes dos benefícios

de uma estrutura de rede interligada, corre permanente risco em virtude do estímulo à atuação conjunta de competidores, que pode extrapolar o planejamento da rede para atingir outros desideratos.

Há que se atentar, portanto, para a forma como estão sendo realizados o compartilhamento de meios, a interconexão e o *unbundling*. Embora a sua regulamentação desses institutos tenha deixado a discussão de seus critérios ao arbítrio das partes, o cuidado no cumprimento dos princípios regulatórios que pautam esses institutos é fundamental para o sucesso do novo modelo que se busca implementar no setor; cuidado esse que deverá ser redobrado, por exemplo, no momento da abertura à livre concorrência do setor de telefonia fixa. Contratos de interconexão tornaram-se considerável fonte de renda para muitas concessionárias regionais, de tal sorte que há o risco de que as concessionárias prefiram não competir em outros mercados (o que implicaria pagar por interconexão, uso compartilhado de rede, etc.) para, ao revés, dedicarem-se ao mercado em que já estão instaladas e receber pelo uso de sua rede, em especial das prestadoras de longa distância. Isso ensejaria, por conseguinte, uma divisão de mercado tácita, o que, por motivos óbvios, seria altamente prejudicial ao modelo regulatório proposto.

Notas

¹ Embora não necessariamente um monopólio estatal: no Brasil, em seus primórdios, o serviço de telecomunicações era prestado por particulares, embora de forma bastante ineficiente; nos EUA, por sua vez, o serviço nunca foi prestado pelo Estado. (Cf. o encaminhamento do Projeto de Lei que originou a LGT: E.M. nº 231/MC; e ainda Floriano Azevedo Marques Neto (2000, p. 300-316); bem como Luiz Tito Cerasoli (2000, p. 137-143).

² Nos EUA, tal característica permitiu a exploração em regime monopolístico dos serviços locais durante muito tempo, pois não era obrigatória a interconexão entre a rede da nova prestadora com a da *incumbent*.

³ Livro III, Capítulo, Título IV (arts. 145 a 156).

⁴ Adiante trataremos com maior profundidade da diferenciação entre esses institutos.

⁵ A lei espanhola define telecomunicação como *toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos* (1998, p. 38). Esclarece o autor que essa concepção é originada em definições de direito internacional amplamente difundidas – o que explica a quase identidade entre a definição espanhola e a brasileira.

⁶ “Tal noción permite entender la telecomunicación como una forma de comunicación mediante determinados elementos técnicos. La ordenación jurídica de aquélla se realiza, por tanto, desde la perspectiva del *soporte o medio de comunicación empleado*, cuyo régimen es, en rigor, el objeto de la Ley, más que el contenido de la información...” – tradução livre (1998, p. 38).

⁷ Marcos Fernando Pablo define inteligência ou organização de rede como o conjunto de elementos intangíveis que permitem a circulação dos sinais pela rede de forma útil (1998, p. 54). Dessa forma, não há como se desvincular o conceito de inteligência de rede de uma rede específica, embora o inverso possa ser feito. Há, em verdade, uma relação de continência entre ambos, em que a inteligência de rede é elemento da rede.

⁸ A restrição *para fins de comunicação* tem lugar à medida que se pode conceber acesso a redes com propósito diverso. Esse é o caso da interconexão de redes, cuja finalidade é viabilizar a comunicação entre usuários de redes distintas. Trata-se, é verdade, de distinção bastante sutil, que implica diferenciar em um caso um propósito direto de comunicação e, em outro, um propósito somente indireto.

⁹ “No obstante, intuitivamente, puede entenderse la noción de servicio de telecomunicación como algo diferente de una red, por el aspecto *‘pasivo’* que presenta ésta, mientras el servicio implica, en más o en menos, *actividad, prestación*, es decir, *extracción de determinadas utilidades de aquellas conexiones que proporciona la red*. En efecto, ésta se limita a conectar, mientras que todo servicio *transmite*, desplaza señales de telecomunicación portadoras de información. La red *conecta* (esto es, proporciona conexiones), el servicio (portador) *transmite* y el servicio (final) *comunica*” – tradução livre (1998, p. 135).

¹⁰ Desde que o termo de autorização ou a regulamentação setorial (expedida pela ANATEL) não preveja a obrigatoriedade de implantar rede própria. As concessionárias, por sua vez, deverão sempre ter que implantar rede própria, haja vista o forte caráter público que advém de um contrato de concessão, pautado por obrigações de universalização do serviço.

¹¹ Nos EUA, a MCI e a Sprint, operadoras de longa distância, iniciaram suas operações inteiramente baseadas na rede da *incumbent* e progressivamente foram incorporando elementos próprios, de sorte a criar uma rede própria (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, on-line).

¹² Conforme a Resolução Conjunta ANATEL/ANP/ANEEL nº 01, de 24 de novembro de 1999.

¹³ Isto é, de um acordo de interconexão.

¹⁴ Tradução livre de: “We also note that many new entrants will not have fully constructed their local networks when they begin to offer service. Although they may provide some of their own facilities, these new entrants will be unable to reach all of their customers without depending on the incumbent’s facilities. Hence, in addition to an arrangement for terminating traffic on the incumbent LEC’s network, entrants will likely need agreements that enable them to obtain wholesale prices for services they wish to sell at retail and to use at least some portions of the incumbents’ facilities, such as local loops and end office switching facilities” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, on-line).

¹⁵ Isto é, construir rede própria.

¹⁶ No texto, de forma geral, o autor define serviços de interconexão como qualquer tipo de serviço de rede prestado entre si pelas operadoras, em que inclui tacitamente o *unbundling* e o compartilhamento de meios.

¹⁷ Jesús Cabrera de la Iglesia (2000, p. 155-167).

Bibliografía

CABRERA DE LA IGLESIA, Jesús. O preço eficiente do unbundling na rede de acesso local. In: WOHLERS, Márcio; PLAZA, Crisanto (Orgs.). *Informe anual 2000: telecomunicações e tecnologias da informação*. São Paulo: CELAET/UNIEMP, 2000. p. 155-167.

CERASOLI, Luiz Tito. Telecomunicações no Brasil: uma revolução bem sucedida. In: WOHLERS, Márcio; PLAZA, Crisanto (Orgs.). *Informe anual 2000: telecomunicações e tecnologias da informação*. São Paulo: CELAET/UNIEMP, 2000. p. 137-143.

COLEÇÃO NORMATIVA DE TELECOMUNICAÇÕES. Regulamentação geral de telecomunicações. [S. l.]: ANATEL, v. 2, jan. 2000.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Communications Commission. *FCC Report & Order 96-325*. [on line] Disponível em: < http://www.fcc.gov/ccb/local_competition/fcc96325.html > Acesso em: 17 jun. 2001.

FERNANDO PABLO, Marcos M. *Derecho general de las telecomunicaciones*. Madrid: Colex, 1998.

MARQUES NETO, Floriano Azedvedo. Direito das telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 300-316.

SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

WOHLERS, Márcio; e PLAZA, Crisanto (Orgs.). *Informe anual 2000: telecomunicações e tecnologias da informação*. São Paulo: CELAET/UNIEMP, 2000.

Poder soberano e constituições europeias

Raul José de Galaad Oliveira

Sumário

Introdução. 1. Constituições da Europa Ocidental. 2. Constituições do Leste Europeu. Conclusão.

Introdução

Com este artigo estudaremos as principais constituições europeias vigentes, dando ênfase mais especificamente a como elas contemplam o poder político – relacionando-o ou não à soberania. Os diplomas constitucionais europeus, sejam os mais antigos, como também os mais recentes, são particularmente importantes de serem analisados, em função do advento da *União Europeia*. Com essa nova situação, o poder soberano sofre necessárias adaptações a fim de acomodar o convívio dos povos europeus. Mas terá sido elidida a soberania original das nações daquele continente? Ou, de outro modo, sofreu e tem sofrido adaptação mas sem, no entanto, ser derogada?

Este artigo foi desdobrado em duas partes, a fim de contemplarmos, primeiro, algumas constituições da Europa ocidental e, depois, outras do leste europeu – que julgamos de peculiar interesse, principalmente levando-se em conta a novidade de sua edição.

Raul José de Galaad Oliveira é Doutor em Direito pela UFMG. Professor de Direito Constitucional no Instituto Luterano de Ensino Superior de Santarém, PA. Professor de Ciência Política e Direito Fundiário nas Faculdades Integradas do Tapajós. Consultor em Direito Político e em Direito Educacional e advogado.

1. Constituições da Europa Ocidental

Portugal

Advinda da Revolução de 25 de abril de 1974, conhecida popularmente como Re-

volução dos Cravos, que derrubou a ditadura, a Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976, declara no seu pórtico os altos anseios dos constituintes, que, enquanto representantes do povo, reúnem-se para elaborar uma Constituição que corresponda às aspirações do país. A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios básicos da democracia, de assegurar a primazia do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, com o objetivo de construir um país mais livre, justo e fraterno (PORTUGAL, 1997, on-line, p. 1 e PORTUGAL, 1989, p. 81).

A soberania é enfatizada, também, em diversas passagens da parte referente aos Princípios Fundamentais. A Constituição portuguesa nomeia suas partes, títulos, capítulos e artigos. O artigo 1 é nomeado de *República Portuguesa*, que é assim definida:

“Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

O art. 2, que se denomina *Estado de direito democrático*, declara que Portugal é um Estado de Direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas e no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, que tem por objetivo a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa. A referência à soberania popular, à participação, ao Estado de direito é feita a todo momento na Constituição portuguesa. O art. 3, intitulado de *Soberania e legalidade*, declara, no seu item 1, que a soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição. Prescreve, ainda, no seu item 2, que o Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalida-

de democrática (PORTUGAL, 1997, on-line, p. 1 e PORTUGAL, 1989, p. 82).

Além da unidade e indivisibilidade da soberania, prevista no art. 3, 1, a Constituição declara, no art. 5, item 3, quanto ao *Território* português, que o “Estado não aliena qualquer parte do território português ou os *direitos de soberania* que sobre ele exerce, sem prejuízo de retificação de fronteiras”.

Grande importância e respeito são conferidos às dimensões interna e externa da soberania. No que diz respeito à dimensão interna, o art. 6, item 1, prescreve que o Estado é unitário e respeita, na sua organização, os princípios da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública¹. O art. 10, item 1, declara que o povo exerce o poder político por sufrágio universal, igual, direto, secreto e periódico e demais formas previstas na Constituição. No mesmo artigo, no item 2, está consignado que os partidos políticos concorrem para a organização e para a expressão da vontade popular, no respeito pelos princípios da independência nacional e da democracia política. O respeito à autonomia dos particulares exorbita a dimensão estritamente interna da soberania, pois o art. 16, item 1, prescreve que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional (PORTUGAL, 1997, on-line, p. 3 e 5 e PORTUGAL, 1989, p. 85 e 87).

Já em relação à dimensão externa, o art. 7, item 1, dá a conhecer que Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, do direito dos povos à autodeterminação e à independência, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade. Proclama, no mesmo art., item 3, que Portugal reconhece o direito dos povos à insurreição contra todas as formas

de opressão, especialmente contra o colonialismo e o imperialismo; no item 4, solenemente, revela que os lusitanos manterão laços especiais de amizade e cooperação com os países de língua portuguesa. O art. 9, *a*, inscreve como uma das tarefas fundamentais do Estado “garantir a independência nacional e criar as condições políticas, econômicas, sociais e culturais que a promovam”. O art. 81, *g*, faz uma reserva para a soberania econômica portuguesa ao estabelecer que incumbe prioritariamente ao Estado, no âmbito econômico e social, desenvolver as relações econômicas com todos os povos, salvaguardando sempre a independência nacional e os interesses dos portugueses e da economia do país (PORTUGAL, 1997, on-line, e PORTUGAL, 1989, p. 118).

A bandeira recebe alta dignidade enquanto símbolo nacional português. O art. 11, item 1, quase que triunfalmente, anuncia:

“A Bandeira Nacional, símbolo da soberania da República, da independência, unidade e integridade de Portugal, é a adoptada pela República instaurada pela Revolução de 5 de Outubro de 1910” (PORTUGAL, 1997, on-line, p. 4 e PORTUGAL, 1989, p. 85).

O art. 19, intitulado *Suspensão do exercício de direitos*, no seu item 1, prescreve que os órgãos de soberania não podem, conjunta ou separadamente, suspender o exercício dos direitos e liberdades e garantias, a não ser nos casos de estado de sítio ou de estado de emergência, declarados na forma prevista na Constituição. A propósito, a expressão *órgãos de soberania* é extremamente recorrente ao longo da Constituição portuguesa – entre outros artigos, consta nos: 15, item 3; 19, item 1; 19, item 7; 52, 1; 111; 113, itens 1 e 2; 114, itens 1 e 2; 116, item 1; 118, 5; 119, 1; 122, item 2; e em muitos outros. O art. 113, 1, declara que são órgãos da soberania o Presidência da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais. Esses órgãos da soberania decorrem da vontade do povo; consoante o art. 111, nomeado *Titularidade e exercício do poder*, o

poder político pertence ao povo e exercido nos termos da Constituição.

Analisando os diversos dispositivos da Constituição portuguesa, J. J. Gomes Canotilho constata que, diversamente “das constituições anteriores fiéis à idéia de *soberania nacional*, a Constituição de 76 contém fórmulas substancialmente inovadoras” (1993, p. 102). Segundo o mesmo mestre da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, da conjugação de seus preceitos, em particular dos artigos 1, 2, 3, 10/1, e 111, é possível extrair os ensinamentos de que a Constituição portuguesa promoveu (a) a superação do conceito liberal de Nação, (b) a rejeição das concepções irracionistas de povo, com (c) o estabelecimento do conceito jurídico-constitucional de povo (1993, p. 102-104). Para J. J. Gomes Canotilho, o sujeito da constituição real e do poder constituinte são as forças dominantes numa sociedade. “O *povo* não seria uma pura justaposição de indivíduos ou um corpo socialmente homogêneo mas uma estrutura socialmente plural e heterogênea” (1993, p. 101). Analisando a dignidade jurídico-constitucional conferida ao povo pela Constituição portuguesa, Gomes Canotilho observa:

“Jurídico-constitucionalmente o conceito de povo revela-se como um conjunto de indivíduos concretamente existentes e operantes no território português e ou ligados à república sobretudo pelo *status* de cidadania. Este povo que participa activa e directamente na vida política (artigo 112.) aproxima-se do conceito de povo como o conjunto de cidadãos portugueses e, de uma forma mais restrita, da idéia de povo presente, de modo real, nos casos de afirmação do poder político” (1993, p. 103).

Espanha

O Reino da Espanha ocupa 85% da Península Ibérica, os arquipélagos de Baleares – no Mar Mediterrâneo – e das Canárias – no Oceano Atlântico –, as cidades de Me-

ilha e Ceuta e diversas ilhas próximas à costa de Marrocos. É o quarto país europeu quanto à extensão, depois da Rússia, da Ucrânia e da França.

Até a morte de Franco, em 1975, a Espanha esteve por quarenta anos sob a ditadura, período durante o qual a vida política do país esteve marcada pela ilegalidade de todos os partidos políticos, com exceção do Movimento Nacional, partido do Governo. Observa Dircêo Torrecillas Ramos que, até no fim do regime, a titularidade prática da soberania residia na pessoa do General Franco, vez que o art. 6 da Lei Orgânica do Estado estabelecia que o Chefe de Estado “personifica a soberania nacional” (1998, p. 23).

Após Franco, inicia-se o processo de restauração democrática com a subida ao trono do atual Rei, Juan Carlos I. As Cortes (Câmaras) foram eleitas democraticamente e redigiram a atual Constituição, 1978, pela qual a Espanha se define como Estado democrático sob a autoridade da lei, tendo como forma política a monarquia parlamentar. O Rei, consoante o art. 56 da Constituição, é o Chefe de Estado, constituindo-se no símbolo de sua unidade e permanência. Arbitra e modera o funcionamento regular das instituições e assume a mais elevada representação do Estado espanhol nas relações internacionais. O Título II da Constituição, denominado *De la Corona*, “in verbis”, prescreve, no referido art. 56, item 1:

“El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes” (ES-PAÑA, 1978, p. 29315-29339).

O preâmbulo da Constituição de 1978 proclama que a nação espanhola, no uso de sua soberania, desejando estabelecer a justiça, a liberdade, a segurança e promover

o bem de todos quantos a integram, manifesta a sua vontade de (1) garantir a convivência democrática, (2) consolidar o Estado de Direito, (3) proteger a todos os espanhóis e povos da Espanha, (4) promover o progresso da cultura e da economia para assegurar a todos uma qualidade de vida digna, (5) estabelecer uma sociedade democrática e avançada e (6) colaborar para o fortalecimento de relações pacíficas e cooperação eficaz entre todos os povos da Terra. A fim de cumprir esses desígnios, as Cortes aprovam e o povo espanhol ratifica a Constituição.

O artigo 1, item 1, institui a Espanha como um Estado social e democrático de Direito que propugna como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político. O mesmo artigo, no seu item 2, preceitua que a soberania nacional reside no povo espanhol, do qual emanam os poderes do Estado. De acordo com Francisco Fernandez Segado, com esse último preceito, a Magna Carta política “enuncia o que é chamado pela doutrina constitucional como princípio da soberania popular”, em que o povo é a origem de todo o poder, “o que se traduz pela iniludibilidade do recurso ao sufrágio universal para a eleição de todos os órgãos representativos, assim como na necessidade de que todos os poderes do Estado se conectem, imediata ou mediata, com a vontade popular” (1992, p. 351-532).

A Constituição, conforme o art. 2, fundamenta-se na unidade indissolúvel da Nação espanhola, pátria comum e indivisível de todos os espanhóis, mas reconhece e garante o direito à autonomia das nacionalidades e regiões que a integram e a solidariedade entre todas elas.

O pluralismo político expressa-se por intermédio dos partidos que concorrem para a formação e manifestação da vontade popular e são instrumentos fundamentais para a participação política. Sua criação e o exercício de suas atividades são livres, nos termos da Constituição e da lei. Sua estrutura

interna e funcionamento deverão ser democráticos (ESPAÑA, 1978, p. 29315).

O art. 8, item 1, dispõe que as Forças Armadas têm como missão garantir a soberania e a independência da Espanha, além de defender sua integridade territorial e o ordenamento constitucional. Esse preceito ordena às Forças Armadas a missão constitucional de zelar pelas dimensões interna e externa da soberania.

No que diz respeito à participação cívica, o art. 23, item 1, estabelece que os cidadãos têm o direito de participar dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos em sufrágio periódico e universal (ESPAÑA, 1978, p. 29318).

A fim de frenar a ação do poder público, impondo-lhe limites, o art. 53, item 1, anuncia que os direitos e liberdades reconhecidos pela Constituição vinculam a todos os poderes públicos, e só por lei poder-se-á regular o exercício dos direitos e liberdades.

As Cortes Gerais representam o povo espanhol e são constituídas por duas Câmaras – o Congresso dos Deputados e o Senado – v. art. 66. Elas exercem a potestade legislativa do Estado e são invioláveis. O Congresso dos Deputados, composto de um mínimo de 300 e um máximo de 400 deputados, que são eleitos por sufrágio universal, livre, igual, direto e secreto, pelas províncias, de acordo com suas populações. Na Espanha o voto não é obrigatório. O Senado é a Câmara de representação territorial e é formado por representantes de cada província. As Comunidades Autônomas designam, conforme o art. 69, item 5, também um senador e outro para cada milhão de habitantes do seu território. Outros artigos também reforçam o poder das Comunidades. Dessa maneira, aquelas matérias que por sua natureza sejam suscetíveis de delegação ou transferência poderão ser transferidas ou delegadas pelo Estado às Comunidades, consoante determinação do art. 150, item 2, da Constituição.

O art. 159 institui, como peça-chave do ordenamento jurídico espanhol, um Tribu-

nal Constitucional. Os membros do Tribunal Constitucional serão independentes e inamovíveis durante o exercício de seus mandatos. A lei define o Tribunal Constitucional como intérprete supremo da Constituição.

França

A Constituição Francesa, adotada no *referendum* de 28 de setembro de 1958 e promulgada em 4 de outubro de 1958, já no primeiro parágrafo do preâmbulo, anuncia que o povo francês proclama solenemente sua afeição aos Direitos Humanos e aos princípios da soberania nacional, tais como foram definidos pela Declaração de 1789, confirmados e completados pelo preâmbulo da Constituição de 1946.

O art. 1 diz que a República e os povos dos Territórios de além-mar, por um ato de livre determinação, adotam a Constituição e instituem uma Comunidade, que está fundada sob os preceitos da igualdade e da solidariedade dos povos que a compõem.

O título I tem a denominação *De la souveraineté* e anuncia, no art. 2, que a França é uma República indivisível, laica, democrática e social. Ela assegura a igualdade perante a lei para todos os cidadãos, sem distinção de origem, raça ou religião. Ela respeita todas as crenças. O quinto parágrafo do art. 2 estabelece que são princípios da República: *gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple*. Reforçando esse entendimento, o art. 3 estabelece que a soberania nacional pertence ao povo, que a exerce por seus representantes e pela via do *referendum*. Acrescenta que nenhuma parte do povo e nenhum indivíduo poder-se-á atribuir o seu exercício (FRANCE, 1983, p. 6-8). O sufrágio pode ser direto ou indireto, dentro das condições previstas na Constituição; ele será sempre universal, igual e secreto para todos. São eleitores, dentro das condições determinadas pela lei, todos os nacionais de ambos os sexos que tenham pleno gozo de seus direitos civis e políticos. De acordo com o art. 4, os partidos e agrupamentos políticos concorrem para a expressão do sufrágio, po-

dendo-se constituir e exercer suas atividades de forma livre. Essas organizações devem respeitar os *princípios* da soberania nacional e da democracia (FRANCE, 1983, p. 8).

O parlamentarismo francês se destaca dos demais modelos parlamentares do mundo em função da particular importância atribuída ao Presidente, que concentra diversas funções. De acordo com José Alfredo de Oliveira Baracho, a Constituição de 1958 “aumenta, com efeito, os poderes do presidente da República e do governo” (1999, p. 63-104). Consoante o que dispõe o art. 5, o Presidente da República vela pelo respeito à Constituição. Ele assegura, o funcionamento regular dos poderes públicos bem como a continuidade do Estado. Ele é a garantia da independência nacional, da integridade territorial e do respeito aos acordos da Comunidade e aos tratados (FRANCE, p. 8). Além disso, o Presidente nomeia o Primeiro-Ministro e também põe fim às suas funções quando este apresentar o pedido de demissão do Governo. Mediante proposta do Primeiro-Ministro, o Presidente nomeará os outros membros do Governo e porá fim às suas funções. O Presidente preside o Conselho de Ministros (art. 9), nomeia funcionários civis e militares (art. 13), credencia embaixadores e enviados extraordinários, é o chefe supremo das forças armadas etc².

O preceito da soberania sempre ocupou singular e fundamental importância nas constituições francesas. Desde a primeira Constituição contemporânea francesa, a soberania é proclamada como princípio fundamental do Estado francês. A Constituição de 3 de setembro de 1791, no título III, denominado *Des pouvoirs publics*³, no seu artigo 1, declara que a soberania é uma, indivisível, inalienável e imprescritível. Pertence ao povo na sua generalidade e nenhuma parte do povo e nenhum indivíduo se pode atribuir o seu exercício. As características da unidade, indivisibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade são as clássicas características da Escola Clássica Francesa da Soberania. O art. 3 do mesmo título

anuncia que o Poder legislativo é delegado a uma Assembléia nacional composta de representantes temporários, livremente eleitos pelo povo. O poder judiciário é delegado aos juízes eleitos a seu tempo pelo povo.

Constituição italiana

A soberania, conforme o art. 1, pertence ao povo, que a exerce nas formas e nos limites da Constituição⁴. A República italiana, nos ditames do art. 5, é uma e indivisível. Ela reconhece e promove as autonomias locais, realiza a mais ampla descentralização administrativa nos serviços que dependem do Estado, adequando os princípios e os métodos de sua legislação às exigências da autonomia e da descentralização⁵. A esse respeito, Giuseppe Roma reconhece a necessidade de reservar maior espaço às decisões e aos poderes de nível local; além disso, observa que na Itália, por meio de sucessivas leis, vem-se dando, também, a autonomia funcional da Câmara do Comércio, bancos, autoridades portuárias, universidades etc. (on-line).

De grande importância histórica é o art. 7, que contém a afirmação solene de que o Estado e a Igreja Católica são, cada um na própria esfera, independentes e soberanos⁶. As relações entre ambos são regulamentadas pelos Pactos Lateranenses. As modificações dos Pactos, concordadas pelas duas partes, não requerem procedimento de revisão constitucional. Todas as seitas religiosas são igualmente livres perante a Lei.

Outra declaração de igual importância histórica é a contida no art. 11, que diz que a Itália repudia a guerra como instrumento de ofensa à liberdade dos outros povos e como meio de resolução das controvérsias internacionais. A Itália consente, em condições de paridade com os outros estados, nas limitações de *soberania*⁷ necessárias para um ordenamento que assegure a paz e a justiça entre as Nações; promove e favorece as organizações internacionais que visam a esse escopo.

A Constituição estabelece, em seu art. 4, uma obrigação à autonomia dos particula-

res a favor da soberania, que tem a natureza de dever cívico para os italianos, consignando que todo cidadão tem o dever de exercer, segundo as próprias possibilidades e a própria opção, uma atividade ou função que contribua para o progresso material ou espiritual da sociedade (ITALIA, on-line, p. 1 e ITALIA, p. 1). Em contrapartida, o art. 3 estabelece que cabe à República remover os obstáculos de ordem social e econômica que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, obstam o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país. O art. 22 reafirma esse entendimento ao estabelecer que ninguém pode ser privado, por motivos políticos, da capacidade jurídica, da nacionalidade, do nome.

Um outro ponto que diz respeito à dimensão externa da soberania é a previsão contida no art. 10 da Constituição, segundo a qual o ordenamento jurídico italiano deve adequar-se às normas do direito internacional geralmente reconhecidas. A condição jurídica do estrangeiro é regulamentada pela Lei, em conformidade com as normas e os tratados internacionais. Garante-se, ainda, que não será admitida a extradição de estrangeiros por crimes políticos. O estrangeiro impedido, no seu país, do efetivo exercício das liberdades democráticas garantidas pela Constituição italiana tem direito de asilo no território da República, de acordo com as condições estabelecidas pela Lei.

A Parte I da Constituição, *Direitos e Deveres dos Cidadãos*, no seu Título I, *Relações Cívicas*, art. 17, declara que todo cidadão é livre de sair e regressar ao território da República, salvo as obrigações de lei. No art. 18, prevê que todos os cidadãos têm direito de se juntar livremente, para fins que não sejam proibidos pelas leis penais. Todavia, a autoridade soberana se resguarda também constitucionalmente, estabelecendo que são proibidas as associações secretas e as que perseguem, mesmo indiretamente, objetivos políticos, mediante organizações de caráter militar⁸.

O art. 49 estabelece que todos os cidadãos têm o direito de associar-se livremente em partidos políticos a fim de concorrer, por método democrático, para a determinação da política nacional. A esse respeito, Giuseppe de Vergottini, analisando a Constituição italiana e outras européias, observa que os ordenamentos jurídicos adotaram, gradualmente, posturas diferenciadas em relação aos partidos políticos, começando por uma fase repressiva, seguida por outra fase de indiferença, outra de reconhecimento legal e, por fim, o reconhecimento nas normas constitucionais (1983, p. 246-247).

Alemanha

A Constituição germânica, já no seu pórtico, proclama que o povo alemão, consciente de sua responsabilidade diante de Deus e dos Homens, animado e resolvido a servir à causa da paz no mundo como integrante, em igualdade de condições, de uma Europa unida, adota a Lei Básica constitucional, em virtude de seu poder constituinte⁹. Essa Lei Básica é válida para toda a nação alemã, que tem alcançado a unidade e liberdade na sua autodeterminação.

O art. 20 estabelece como princípios básicos da ordem estatal: (1) a República Federal da Alemanha é um Estado Federal, democrático e social; (2) toda autoridade do Estado dimana do povo, e é exercitada por ele por meio de eleições e dos diferentes órgãos do poder legislativo, do executivo e do judiciário; (3) a legislação está sujeita à ordem constitucional; (4) todos os alemães terão o direito de resistir a qualquer pessoa que busque abolir a ordem constitucional, desde que não haja outra solução possível (GERMANY, 1993, on-line). Os partidos políticos participam da formação da vontade popular. Eles poderão ser criados livremente, mas sua organização interna deverá conformar-se aos princípios democráticos. Os partidos que, em razão de seus objetivos ou pelo comportamento de seus membros, busquem debilitar ou destruir a livre ordem básica democrática ou ainda colocar em

perigo a existência da República Federal da Alemanha serão considerados inconstitucionais.

No art. 24, que estabelece as condições para o ingresso em um sistema de segurança coletiva, está anunciado que: (1) a Federação pode, por legislação própria, transferir poderes de soberania a instituições internacionais¹⁰; (2) para a manutenção da paz, a Federação associar-se-á a um sistema de mútua segurança coletiva, e, nesse caso, também, concordará com limitações sobre seus poderes soberanos a fim de assegurar uma ordem pacífica e duradoura para a Europa e outras nações do mundo; (3) para resolver as disputas entre nações, a Federação acederá a acordos que se refiram a um sistema compreensivo e obrigatório sistema de arbitragem internacional. As regras de direito internacional público fazem parte do direito federal, e guardam precedência sobre as leis e criam diretamente direitos e deveres para os habitantes do território federal alemão.

As atividades que tendam ou se comprometam com o objetivo de perturbar as relações de paz entre as nações, especialmente as que visem à guerra agressiva, são contrárias à Constituição e serão consideradas como ofensa punível.

O art. 28 prescreve, como garantia de governo próprio, que em cada um dos *Laender*, condado ou comunidades, o povo deve ser representado por um corpo escolhido em eleição universal, direta, livre, igual e secreta. Preceito similar existiu na Constituição da Alemanha Oriental, antes da reunificação, que estabelecia, no seu art. 5, item 1, que os cidadãos exercem seu poder político por intermédio de representantes populares eleitos democraticamente¹¹. Aliás, o artigo 2, item 1, é mais incisivo ao estabelecer que todo o poder político na República Democrática Alemã se exerce pelos trabalhadores da cidade e do campo. Todos os artigos inseridos no Cap. I da Constituição, sob a rubrica *Princípios políticos*, são enfáticos na proclamação de um poder que decorre

do povo. O art. 1 chega mesmo a declarar que a República Democrática Alemã é o Estado socialista dos operários e camponeses (ALEMANIA, 1987, v. 1, p. 12). Por isso, a soberania popular, consoante o art. 47, item 2, é anunciada como princípio fundamental da estrutura do Estado¹².

A Constituição da República Democrática Alemã, de 6 de abril de 1968, reconhece solenemente a Câmara do Povo como órgão supremo do poder estatal, que decide em suas sessões plenárias sobre as questões fundamentais da política do país. A Câmara do Povo, segundo o art. 48, item 2, era o único organismo com poderes constituintes e legislativos em todo o país, nada podendo limitar as suas prerrogativas. A Câmara do Povo deveria, em sua atividade, realizar o princípio da unidade de decisão e execução.

Constitucionalismo inglês

Segundo Germán J. Bidart Campos, os regimes cuja constituição responde ao tipo tradicional-historicista gozam, em princípio, de maior estabilidade que aqueles que se estruturam com constituições de tipo puramente racional-normativo (1969, p. 227). Isso porque os primeiros têm consolidado a obediência a uma ordem de condutas exemplares através dos tempos, com vigência prolongada das instituições constitucionais fundamentais, forjando, entre governantes e governados, a imagem da permanência. Os outros regimes, contudo, são propensos às mudanças, sem chegar a consolidação da obediência a uma mesma ordem de costumes. Por isso, consoante Bidart Campos, se há dito tantas vezes que a força do costume é superior à força da lei, não só pelo estímulo que presta à obediência por parte da comunidade, senão também pela convicção que cria nos governantes de que as práticas tradicionalmente vigentes não devem ser alteradas sem causa suficiente (1969, p. 228).

O constitucionalismo inglês é o resultado de costumes políticos associado a leis constitucionais esparsas. Entre as várias leis

constitucionais, destacam-se a *Magna Charta*, o *Habeas Corpus Act* e o *Bill of Rights*. Por isso, acertadamente, José Luiz Quadros de Magalhães defende que não é correta a afirmação de que não existem leis constitucionais escritas na Inglaterra (1999, p. 172). Com base em Loewenstein, o mesmo constitucionalista mineiro sustenta que foi “na Inglaterra que se fortaleceu, inicialmente, o processo de construção do constitucionalismo moderno, consagrando a idéia de limitação do poder do Estado, por texto legal criador do Estado, de seus poderes e órgãos, distribuindo competências, garantindo direitos e estabelecendo limites para a atuação do mesmo” (1999, p. 172).

Dessa forma, fica bem a perspectiva inglesa ao definir a Constituição, que compressivamente congrega leis, costumes e convenções. O professor Hood Phillips diz que *Constituição* pode ser conceituada como estatuto assegurador de um sistema de leis, costumes e convenções que estabelece a composição e poderes dos órgãos do Estado, e regula a relação dos vários órgãos do Estado entre si e com os cidadãos¹³.

A Magna Carta de 1215 é geralmente apontada como precedente dos direitos políticos. Ela é um texto referencial e embrionário do processo de formação do Estado constitucional moderno, guardando, ainda hoje, seu significado como referência para a construção do sistema de princípios, valores e normas costumeiras da Constituição inglesa (MAGALHÃES, 1999, p. 172).

A Magna Carta estabelece limites ao poder real, impondo-lhe o respeito a determinados direitos e liberdades do povo. No seu art. 39, estabelece que os homens livres não podem ser presos sem o devido julgamento legal. No art. 41 e 42, reconhece o direito de ir, vir e permanecer no reino conferido aos comerciantes e às outras pessoas (ENGLAND, 1998, p. 6, on-line).

O *Bill of Rights* anuncia, logo no seu pórico, que os lordes se reúnem em assembléia representando o povo das diversas regiões do reino. Estabelece a eleição livre dos mem-

bros que integram o parlamento. Estabelece a liberdade de fala, debate e procedimentos no âmbito do Parlamento inglês. Proíbe as penas abusivas e cruéis. Estabelece que o pretendido poder régio de suspender a aplicação das leis é ilegal (ENGLAND, 1993, p. 1-2, on-line).

Discorrendo sobre a natureza prematura do direito constitucional inglês, George Burton Adams fornece o elenco de importantes atos da luta do Parlamento, no sentido de impor supremacia sobre o Rei. Recordando, entre esses lances, além da Magna Carta de 1215, o direito de suspensão temporária do rei por má conduta, que foi exercido pelo Grande Conselho em 1258, em 1310 e, de forma mais completa, em 1328, com o direito de deposição instituído contra Eduardo II. Adams assevera, no entanto, que o mais importante ato parlamentar nessa luta foi o de 1399, quando o Parlamento assumiu o direito de designar a linha de sucessão inglesa, substituindo a regra da sucessão pela primogenitura pela regra da observância à estrita sucessão hereditária pelos laços de sangue, que deu oportunidade ao Parlamento de colocar no trono a linha mais jovem, a casa de Lancaster (1934, p. 220).

O lado pragmático da construção do poder popular também é ressaltado por George Adams. Sustenta o professor emérito da Universidade de Yale que o avanço nesse sentido se deu não tanto pela defesa teórica de um governo da soberania do povo, mas pela instituição da responsabilidade dos representantes perante o povo, que inclusive conferiu base de assentimento ao Parlamento, possibilitando sua vitória final (1934, p. 309, 321-329). Por isso, de forma solene, o Parlamento inglês declara, na sessão de 4 de janeiro de 1649, “que o povo, abaixo de Deus, é a origem de todo poder justo”; e “no parlamento reunido em assembléia, escolhido para a representação do povo, está o supremo poder nesta nação”¹⁵. Nessa declaração já está contido um grande problema que envolve a soberania, a saber, a sua natureza originária e a sua insti-

tuição enquanto órgão de poder deliberante. Ciente desses aspectos e do conteúdo da proclamação parlamentar de 1649, Dicey afirma que, de um ponto de vista legal, o parlamento não é um agente do eleitor nem tampouco administrador dos interesses de seus constituintes. É *legalmente* o poder soberano do Estado. Contudo, Dicey distingue a soberania legal da *soberania prática* – que reside nos eleitores¹⁶.

A edição das leis constitucionais inglesas não se reveste de solenidades especiais. A esse propósito, Anthony Barnett, sem nenhuma reverência, e com uma atitude crítica e jocosa, afirma que na Bretanha de hoje o governo pode alterar as leis que afetam a liberdade de falar da mesma maneira que reforma as leis referentes a licença de cães¹⁷.

Existe, atualmente, um forte movimento na Inglaterra no sentido da adoção de uma Constituição escrita. O movimento *Charter 88* muito tem divulgado suas idéias em torno do tema, advogando as muitas vantagens da adoção. Segundo Pam Giddy, editor do jornal do movimento, as reformas constitucionais podem ser fator para a mudança de uma cultura. Afirma que estranhamente a Inglaterra quer ensinar democracia aos outros países, quando ela própria deveria aprender, ou talvez reaprender o significado da democracia (1999, p. 1, on line). Segundo entende Lord Scarman, nenhuma democracia pode garantir as liberdades a não ser pela sua codificação numa Constituição escrita (1992, p. 1, on line). Scarman diz que se tem afirmado que o Parlamento eleito é a maior herança do país, mas indaga: qual seria a herança de todos? Para ele essa maior herança a ser deixada à posteridade é a Constituição escrita. A constituição escrita asseguraria, consoante Lord Scarman, quatro salvaguardas essenciais para o povo: (1) a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais; (2) o estabelecimento de limites legais aos Poderes Executivo e Legislativo da Coroa e do Parlamento; (3) a proteção aos governos locais e regionais com a adoção do princípio da subsidi-

ariedade; (4) o estabelecimento de um Judiciário independente que teria o fim e o poder de proteger a Constituição (1992, p. 2, on-line).

Constituição da Suíça

A Constituição Federal da Confederação Suíça, de 29 de maio de 1874, declara, no seu art. 1, que os vinte e dois cantões soberanos do país formam em conjunto a Confederação.

O art. 2 contém prescrições referentes ao exercício das dimensões interna e externa da soberania, estabelecendo que a Confederação tem por fim assegurar a independência da pátria contra o estrangeiro, manter a tranqüilidade e a ordem no interior, proteger a liberdade e os direitos dos confederados e aumentar a prosperidade comum destes.

O art. 3 prescreve que os cantões são soberanos na medida em que a sua soberania não seja limitada pela constituição federal e, como tal, exercem todos os direitos que não sejam delegados ao poder federal. O art. 5 completa esse entendimento ao anunciar que a Confederação garantirá aos cantões o seu território, a sua soberania nos limites fixados pelo art. 3, as suas constituições, a liberdade e os direitos do povo, os direitos constitucionais dos cidadãos, assim como os direitos e as atribuições que o povo delegou às autoridades¹⁸.

O art. 7 veda toda e qualquer aliança particular e todo e qualquer tratado de natureza política entre cantões, porém lhes reserva o direito de concluir entre si convenções sobre assuntos de legislação, administração ou justiça.

Somente a Confederação tem o direito de declarar a guerra e concluir a paz, assim como o de fazer, com Estados estrangeiros, alianças e tratados, nomeadamente alianças aduaneiras e de comércio, conforme dispõe o art. 8. Por outro lado, o art. 9 prescreve que excepcionalmente os cantões conservam o direito de concluir com Estados estrangeiros tratados sobre assuntos relativos à economia pública e a relações de vizinhança e de polícia. No entanto, esses tratados não devem conter nada que seja contrário à

Confederação ou aos direitos de outros cantões. De acordo com o art. 10, as relações oficiais entre os cantões e os governos estrangeiros ou seus representantes são efetuadas por intermédio do Conselho Federal.

2. *Constituições do Leste Europeu*

Com as mudanças políticas, ideológicas e econômicas ocorridas no Leste da Europa, que acarretou também uma grande mutação institucional e constitucional, torna-se oportuno e importante analisarmos a manifestação do princípio da soberania nessas Constituições, para o que analisaremos as Leis Fundamentais da Hungria, Eslováquia, Iugoslávia, Macedônia, Romênia e Rússia. Damos prioridade, obviamente, ao estudo das Constituições atualmente vigentes; mas, também, quando foi possível, fizemos remissões às que vigoraram durante o socialismo autoritário.

Constituição húngara

A Constituição da Hungria, segundo a justificativa de seu *Preâmbulo*, destina-se a facilitar a transição política pacífica para um estado constitucional propenso a realizar um sistema multipartidário, induzir a democracia parlamentar e promover a passagem a uma economia de mercado socialmente alerta; nessa circunstância, o Parlamento submete o texto constitucional como versão autorizada da Constituição da Hungria.

No Capítulo I, intitulado *Prescrições Gerais*, art. 2, I, fica instituída a República da Hungria como um estado independente e constitucionalmente democrático. No mesmo artigo, item II, fica ordenado que, na Hungria, todo o poder pertence ao povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes¹⁹.

O art. 3 estabelece a liberdade para criação de partidos políticos, permitindo que seus estatutos sejam estabelecidos livremente, desde que respeitem a Constituição e os estatutos da lei constitucional. Os partidos constituem-se no meio para o registro e ex-

pressão da vontade popular. Contudo, de acordo com o item III do art. 3, fica consagrado que os partidos não poderão exercer diretamente o poder público. Nenhum partido poderá controlar ou dirigir qualquer órgão do Estado. Essa disposição da atual Constituição húngara é uma reação aos comandos estabelecidos pela anterior Constituição de 1949, que submetiam todas as instituições políticas e sociais a um rígido controle do Partido oficial. Pela Lei Maior atual, existe a firme disposição de assegurar a efetiva separação entre os partidos e o Poder Público a tal ponto que os cargos públicos e sociais não podem ser preenchidos por membros de carreira ou comandantes de partidos²⁰.

A atual distinção entre Partido e Poder Público, e as conseqüentes vedações estabelecidas acima traduzem as mudanças por que passa a sociedade húngara já que, no passado, a Frente Patriótica Nacional congregava as forças da sociedade e dirigia o Estado, consoante o art. 4, II, da anterior Constituição de 1949. O art. 3 da Constituição mencionava expressamente que o Partido Marxista-Leninista da classe operária era o dirigente da sociedade (HUNGRIA, 1987, p. 77-100).

A Constituição ordena que o Estado húngaro, de acordo com o art. 5, deve salvaguardar a liberdade e poder do povo, a soberania e a integridade territorial do país, e as fronteiras consagradas nos tratados internacionais²¹.

Nas relações internacionais, o art. 6 anuncia que a Hungria repudia a guerra como meio de solução dos conflitos entre as nações, renunciando, também, ao uso da força contra a independência ou integridade territorial de outros Estados. O país recusa-se, ainda, a ser signatário de tratados que decorram do uso da força. O item II do art. 6 afirma que os húngaros trabalham pela cooperação com todos os povos e países do mundo. A Hungria orienta sua soberania por especial preocupação com os destinos dos húngaros que residem fora do país. Nesse sentido, o item III do art. 6 estabelece

que a República da Hungria porta um senso de responsabilidade pelo que acontece com os húngaros que vivem no exterior e promoverá o fomento da relação deles com a Hungria²².

O art. 9 contém disposições referentes à economia, revelando as particularidades de sua inserção no novo modelo econômico. O item I declara que a Hungria tem uma economia de mercado na qual as propriedades pública e privada recebem igual consideração e proteção da lei. O país reconhece e assiste os direitos e as liberdades decorrentes dos empreendimentos da competição econômica²³. No artigo 13, garante-se o direito constitucional de propriedade. O Estado também auxiliará as cooperativas baseadas na associação voluntária e, conforme o art. 12, I, reconhecerá a sua autonomia.

Conforme proclama o art. 19, I, o Parlamento é o supremo órgão do poder de Estado e da representação popular na Hungria. O Parlamento exerce suas prerrogativas como derivação da soberania do povo. O Parlamento assegura a ordem constitucional da sociedade e determina a organização, orientação e condições de governo.

Constituição eslovaca

O Preâmbulo da Constituição da Eslováquia, de 3 de setembro de 1991, afirma que a nação eslovaca, cuidadosa com suas heranças políticas e culturais e dos séculos de experiência decorrentes da força de sua existência nacional, no uso de seu natural direito à autodeterminação enquanto nação, adota, por intermédio de seus representantes, a Constituição.

O Capítulo I, denominado *Prescrições Básicas*, funda a República Eslovaca como um estado soberano, democrático, regido pela lei. Ele não tem vínculo com qualquer ideologia ou crença religiosa²⁴.

O artigo 2, I, prescreve que o poder de Estado deriva dos cidadãos, que o exercem por intermédio de seus representantes ou diretamente. Os órgãos do Estado somente agirão com base na Constituição, dentro de

seus limites, sendo sua extensão e modo definidos em lei, conforme o art. 2, II.

O art. 3, I, afirma que o território eslovaco é unitário e indivisível. De acordo com o item II do art. 3, as fronteiras da República Eslovaca só podem ser modificadas mediante lei constitucional.

As condições de aquisição e perda da cidadania eslovaca serão determinadas por lei, consoante o art. 5, I. No item II do mesmo artigo, fica consagrado que ninguém será privado da cidadania da República Eslovaca contra sua vontade.

Com base na sua livre decisão, a República poderá integrar aliança de estados – *zväzok* – com outros países. O direito de secessão dessa aliança não poderá ser limitado. De acordo com o mesmo art. 7, a decisão de entrar ou se retirar de aliança de estados será exercida mediante lei constitucional e subsequente *referendum*.

O Capítulo II, denominado *Direitos e Liberdades Básicas*, nas suas *Prescrições Gerais*, no art. 11, prescreve que os tratados internacionais sobre direitos humanos e liberdades básicas que forem ratificados pela República Eslovaca e promulgados conforme a lei terão precedência sobre as próprias leis do país, desde que eles assegurem a extensão dos direitos e liberdades constitucionais²⁵.

De acordo com o art. 12, I, o povo é livre e igual em dignidade e direitos. Os direitos e liberdades são invioláveis, inalienáveis e assegurados por lei, e não será admitida nenhuma objeção a eles.

Constituição iugoslava

Em 11 de abril de 1992, a Sérvia e o Montenegro formam a autoproclamada *República Federal da Iugoslávia*, que não obtém o reconhecimento internacional, pois, segundo o que se entende, não existe um sucessor oficial para o conjunto do que formava a *República Federal Socialista da Iugoslávia*.

A nova Iugoslávia é um dos diversos estados que surge do processo de fracionamento da antiga *Iugoslávia socialista* – que não resiste ao anseio de soberania própria de

cada uma das grandes e diferentes comunidades que a integravam. A Constituição da nova Iugoslávia foi adotada em 27 de abril de 1992. Estranhamente, logo no seu Preâmbulo, torna público que Sérvia e Montenegro, em associação voluntária, *originada da inquebrantável continuidade da Iugoslávia*, após as propostas e o consentimento das Assembléias das duas repúblicas, resolvem adotar a Constituição da República Federal da Iugoslávia.

Na Seção 1, intitulada Prescrições Básicas, art. 1, funda a República Federal da Iugoslávia como estado federal soberano, baseado na igualdade dos cidadãos e das repúblicas integrantes²⁶. Esse dispositivo tem uma dimensão muito mais formal do que materialmente efetiva, pois o minúsculo Montenegro é politicamente insignificante frente ao domínio e arrogância da Sérvia, o que, acreditamos, comprometerá em muito o futuro desse *federalismo*.

O território da República da Iugoslávia será uma entidade singular, compreendendo os territórios das repúblicas integrantes, conforme o art. 3, I. Consoante o que dispõe o item II desse artigo, as fronteiras da Iugoslávia serão invioláveis.

Entendendo que cada entidade participa da soberania geral da Federação, o art. 6, II, anuncia que cada República será soberana naquelas matérias que a Constituição não reservou à jurisdição da República Federal da Iugoslávia. Segundo os itens III e IV do art. 6, as repúblicas integrantes da Federação têm o direito à sua própria Constituição, sob a qual organizam os seus respectivos poderes. O item I do mesmo artigo estabelece que cada república-membro será um estado em que os poderes estão investidos em seus respectivos cidadãos. Extensão desse dispositivo é o que determina o art. 8, que prescreve que, na República Federal todos os poderes estão assentados nos cidadãos, que os exercem diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos.

O art. 10 anuncia que o Estado Federal reconhecerá e garantirá os direitos e liber-

dades do homem e do cidadão consagradas pelo direito internacional. A seguir, o art. 11 afirma que a Iugoslávia reconhece e garante os direitos das minorias nacionais no sentido de preservar, fomentar e expressar sua etnia, cultura, língua e outras peculiaridades, bem como usar seus símbolos nacionais, de acordo com o direito internacional²⁸.

Constituição da Macedônia

No Preâmbulo da Constituição, está consignado o desejo dos macedônios de criarem o seu próprio estado, como uma república soberana, estabelecido como estado do povo Macedônio, congregados na total igualdade dos cidadãos e na coexistência permanente do povo macedônio, também integrado por Albaneses, Turcos e outras nacionalidades que vivem no território da República. Seu intento é (1) estabelecer a República da Macedônia como um estado soberano e independente, (2) estabelecer e consolidar o estado de direito como um sistema fundamental de governo, (3) garantir os direitos humanos, liberdades cívicas e igualdade étnica.

O art. 1 da Constituição institui a República da Macedônia como um estado soberano, independente, democrático e social. Sua soberania é indivisível, inalienável e intransferível. O art. 3 completa esse entendimento ao estabelecer que seu território é indivisível e inviolável. Suas fronteiras são também invioláveis, só podendo ser mudadas de acordo com a constituição.

A soberania da República da Macedônia deriva dos cidadãos, pertencendo-lhes, consoante o art. 2. Os cidadãos exercerão sua autoridade por intermédio de representantes eleitos democraticamente, por *referendum* e outras formas de expressão direta. De acordo com o art. 4, os cidadãos terão a cidadania da República da Macedônia, que não poderá ser despojada. Os cidadãos também não poderão ser expulsos ou extraditados para outros países (MACEDONIA, 1993, on-line).

Constituição da Romênia

A Constituição romena de 1991 anuncia, no seu Título I, *Princípios Fundamentais*, logo no art. 1, que o país é um Estado Nacional soberano, unitário e indivisível²⁹.

A precedente Constituição de 1965 – época da ascensão de Nicolae Ceausescu ao governo romeno – definia a Romênia como Estado dos trabalhadores, soberano, independente, unitário, com território inalienável e indivisível. Essa Constituição dizia também, no art. 2, que todo o poder na República Socialista da Romênia pertencia ao povo, livre e dono de sua sorte. No art. 4, estabelecia que o povo é o titular soberano do poder, que o exerce por meio da Grande Assembléia Nacional e dos conselhos populares, órgãos eleitos pelo voto universal, igual, direto e secreto³⁰.

O art. 3 proclama que a soberania nacional romena pertence ao povo, não podendo nenhum indivíduo ou grupo atribuir a si mesmo o seu exercício. O povo exerce seu poder por meio dos corpos representativos e do *referendum*.

A Romênia, conforme o art. 4, é um Estado democrático, sujeito aos ditames do Direito. Nenhum privilégio será admitido seja em benefício de grupo ou categoria social. Por outro lado, o Estado estimulará e facilitará a assistência mútua e a cooperação entre os corpos e grupos sociais a fim de promover o bem-estar geral.

O Estado romeno, conforme o art. 6 da Constituição, assegurará: (a) a garantia da soberania nacional e da integridade territorial; (b) a observância da Ordem Constitucional, dos direitos humanos e das liberdades cívicas; (c) a exploração dos recursos naturais de acordo com o interesse nacional; (d) o estímulo ao potencial de criação e produção de todas as forças sociais; (e) o desenvolvimento da cultura e da ciência e a proteção da herança cultural da nação; (f) a proteção e preservação do meio ambiente; (g) as condições necessárias à melhoria da qualidade de vida e a proteção social dos

cidadãos; (h) a promoção da livre empresa; (i) a participação de todos os cidadãos na vida pública; (j) a cooperação com outros países a fim de consolidar a paz e a promoção do entendimento entre todos os povos do mundo.

O Estado tem como base, segundo o art. 7, a unidade do povo romeno, a pátria comum e indivisível de seus cidadãos, sem discriminação de raça, origem étnica, língua, religião, sexo, opinião e credo político, riqueza ou origem social.

O art. 13 estabelece que as Forças Armadas estão exclusivamente a serviço do povo e subordinadas à sua vontade. O Conselho Supremo de Defesa Nacional é constituído, e funciona, de acordo com as prescrições da lei a fim de prover a coordenação unitária das atividades de resguardo nacional, defesa e segurança do Estado³¹.

Constituição da Rússia

A Constituição soviética de 1977 estabelecia, no seu Preâmbulo, que a unidade sócio-política e ideológica, sob a liderança da classe trabalhadora, tinha sido lograda. Os objetivos da ditadura do proletariado foram cumpridos pois o estado soviético tornou-se um estado de todo o povo. Sob as regras dirigentes do Partido Comunista, “a vanguarda do povo tem crescido”. Dizia, ainda, que na URSS a sociedade socialista desenvolvida estava sendo construída. Naquele estágio, quando o socialismo desenvolvia as suas próprias instituições, as forças criativas do novo sistema e as vantagens do modo de vida socialista ficavam incrivelmente evidentes, e o povo cada vez mais gozava os frutos de seus grandes ganhos revolucionários³².

Todo o tom triunfal da Constituição acima foi rompido com as disposições contidas na atual Constituição de 1993. Ela introduz várias concepções liberais vigentes nos países capitalistas. Logo no *Preâmbulo*, proclama que a propriedade privada tem a proteção legal e, no arsenal de leis da Rússia, institui o Código Civil como a segunda lei mais importante do país, atrás apenas da nova Constituição³³.

A Seção Primeira, Capítulo I, estabelece os fundamentos do Sistema Constitucional russo. Seu art. 1 funda a Rússia como um estado federal democrático, sob as regras do direito, com a forma republicana de governo. Institui as denominações *Federação Russa* e *Rússia* como equivalentes, que dão o nome oficial ao país.

O artigo 2 funda a dimensão axiológica do constitucionalismo russo, estabelecendo o homem, seus direitos e liberdades como valores supremos, devendo o Estado reconhecer, respeitar e proteger os direitos e liberdades do homem e do cidadão. Como explicação desses limites impostos ao poder de Estado, o art. 3, I, estatui que o povo russo será o veículo da soberania e a única fonte de poder na Federação da Rússia. Por consequência, o povo da Rússia exercerá seu poder diretamente e também por meio dos órgãos de poder estatal e autogoverno local. O referendo e as eleições livres constituem-se nas manifestações diretas de poder do povo mais importantes.

A soberania da Federação Russa será aplicada em todo seu território, conforme o art. 4, I. No item II, afirma-se que a Rússia assegurará a integridade e a inviolabilidade de seu território. Relacionado à matéria, o art. 5, fornece importantes prescrições sobre a estrutura e divisão político-administrativa da Federação Russa. O item I estabelece que a Federação consistirá de repúblicas, territórios, regiões, cidades federais, regiões autônomas e áreas autônomas, que serão igualmente entes dependentes da Federação. As repúblicas terão sua constituição e legislação próprias; os demais entes terão sua própria Carta e legislação. O item III do art. 5 estabelece que a Federação Russa baseia-se: (a) na sua integridade estatal, (b) sistema uniforme de poder de estado, (c) delimitação da extensão de autoridade e poderes entre os corpos de poder estatal da Federação Russa e os corpos de poder dos entes dependentes³⁴, (d) igualdade e autodeterminação dos povos da Federação Russa. Ainda, segundo o item IV do art. 5,

todos os entes dependentes da Federação Russa serão iguais entre si nas suas relações com o poder estatal federal.

A Rússia tem enfrentado, não obstante, problemas com regiões e repúblicas que postulam a constituição de governos soberanos próprios³⁵. Um dos mais graves, que tem sido muito divulgado internacionalmente, refere-se à “declaração de independência” da Chechênia. Em 12 de março de 1992, pelo Decreto n. 108, o Parlamento local adota a Constituição da República Chechena, ato que é condenado e não reconhecido pelo governo central russo, que tem, inclusive, reprimido violentamente a República secessionista (GUERRA na Tchetchênia, 2000, p. 24 e GUERRA, 2000, p. 18). Embora não sendo considerado como ato legítimo por parte do governo federal, o documento tem grande importância histórica.

O Preâmbulo da Constituição chechena proclama a República Chechena como um estado soberano independente e o reconhece como sujeito com iguais direitos no sistema mundial da comunidade das nações (CHECHNYA, 1999, on-line).

A Seção 1, intitulada *Bases do Sistema Constitucional*, funda a República Chechena como um estado soberano, legal e democrático, criado como resultado da autodeterminação do povo checheno. Ele tem o supremo direito sobre o território e as riquezas nacionais. De forma independente, determina suas políticas interna e externa. Adota a Constituição e leis, tendo liderança própria em seu território. O estado soberano da República Chechena é indivisível.

O documento é reverenciado pelo povo checheno. Contudo, a sua validade é impugnada política e militarmente pelo governo russo. O que irá determinar ou não a soberania do povo checheno é o resultado positivo de sua luta contra o poderoso inimigo russo.

Conclusão

A Europa Ocidental integrada à União Européia no plano prático cria a idéia de

uma soberania limitada pela necessidade de comunhão de interesses. Nos diplomas constitucionais ainda vigentes em cada país, a soberania permanece como princípio unificador do poder, estando expressamente consignada. A Constituição alemã chega mesmo a admitir a transferência de parte de sua soberania a órgãos internacionais, desde que em prol da paz. A nova ordem europeia não infirma o preceito da soberania, porém estabelece condições fáticas e jurídicas que influem na sua reificação, na sua readaptação.

As Constituições do leste europeu, com a derrocada do socialismo autoritário na URSS, surgem tendo como contraponto as idéias de comunhão de soberania advindas com a União Europeia. Ainda assim, elas são enfáticas ao consagrar a idéia de uma soberania nacional, atendendo o clamor de povos que estavam ansiosos por se libertarem de um jugo que os reduzia à condição de estados satélites, tributários do poder central russo. Essas circunstâncias nos atestam que a soberania tem um papel amplo e significativo para povos ainda sequiosos de um poder nacional autonomamente constituído.

Notas

¹ De onde podemos perceber, para os portugueses, a importância da previsão e efetividade da autonomia pública em relação à soberania.

² Muitas e muitas outras são as funções atribuídas ao Presidente – v. France (1983, titre II, art. 5 a 19, p. 8-17).

³ (FRANCE, 1998, p. 3, on-line). É necessário observarmos que a referida Constituição está estruturalmente dividida em sete títulos, subdivididos em capítulos e seções, e, a cada início dessas unidades, de acordo com a ordenação da época, ocorre a renumeração a partir do primeiro.

⁴ No art.1, p. 1, está consignado: “La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione”(ITÁLIA, 1993, on-line).

⁵ (ITALIA, 1993, on-line). No art.5, p. 1, registra no original: “La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il piu ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i meto-

di della sua legislazione alle esigenze dell’autonomia e del decentramento” (Cf. ITÁLIA, p. 2).

⁶ (ITALIA, 1993, on-line). No art.7, p. 2, cujo texto em italiano é: “Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani”(Cf. ITÁLIA, p. 2).

⁷ (ITALIA, 1993, on-line). Em relação à soberania, seu teor é: “consente, in condizioni di parità com gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni”(Cf. Itália, p. 2).

⁸ (ITALIA, 1993, p. 3, on-line). Cf. Itália (p. 5). Essa proibição, no caso italiano, decorre de sua própria experiência histórica que, ao tempo de Mussolini, permitiu a existência de organização em moldes militares, circunstância que possibilitou aos fascistas italianos o instrumento humano e militar para que pudessem marchar sobre Roma e tomar o poder.

⁹ Cujo teor é: “Conscious of their responsibility before God and Men, Animated by the resolve world peace as na equal partner in a united Europe, the German people have adopted, by virtue of their constituent power, this Basic Law” (GERMANY, 1993, p. 2, on-line).

¹⁰ Cujo teor é: “(1) The Federation may, by legislation, transfer sovereign powers to international institutions. (2) For the maintenance of peace, the Federation may join a system of mutual collective security; in doing so it will consent to such limitations upon its sovereign powers as will bring about and secure a peaceful and lasting order in Europe and among the nations of the world” (GERMANY, 1993, on-line).

¹¹ O texto está assim exposto: “Los ciudadanos de la República Democrática Alemana ejercen su poder político a través de representantes populares elegidos democráticamente” (ALEMANHA, 1987, p. 6).

¹² O teor do art. 47, 2, é: “Es principio fundamental de la estructura del Estado, la soberanía del pueblo trabajador basada en el centralismo democrático” (ALEMANHA, 1987, p. 32).

¹³ (1974, p. 2): “Professor Hood Phillips has defined the Constitution of a state as ‘the system of laws, customs and conventions which define the composition and powers of organs of the state, and regulate the relations of the various state organs to one another and to the private citizen’”.

¹⁴ Diz o mestre: “Historicamente, consideram-se precedentes dos direitos políticos a célebre Magna Carta (1215), a Declaração de Direitos de Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789)” (1993, p. 189). Manoel Gonçalves Ferreira Filho também aponta a Magna Carta como precedente histórico do constitucionalismo inglês (1999, p. 11).

¹⁵ Comentando a sessão de 4 de janeiro de 1649, George Adams registra: “The house of commons,

resolved on January 4 'that the people are, under God, the original of all just power; that the commons of England, in parliament assembled, being chosen by and representing the people, have the supreme power in this nation; that whatsoever is enacted or declared for law by the commons in parliament assembled, hath the force of law, and all the people of this nation are concluded thereby, although the consent of the king or house of Peers be not had thereunto'" (1934, p. 309, 321-329).

¹⁶ George Burton Adams registra: "As Professor Dicey has said in his *Law of the Constitution*: 'in a legal point of view parliament is neither the agent of the electors nor in any sense a trustee for its constituents. It is legally the sovereign power of the state'. Mr. Dicey did, however, consent to a distinction between legal and practical sovereignty, the practical sovereignty residing in the electors" – v.: George Burton Adams (1934, p. 329).

¹⁷ "In Britain today the government can alter the laws affecting your freedom of speech in the same way it amends laws about dog licensing"(1997, p.2, on-line).

¹⁸ (SUIÇA, 1975). Existe também ótima edição virtual da Lei Fundamental Suíça no *Uni-Wuerzburg* – Switzerland (1999, on-line).

¹⁹ Art. 2, II, que dispõe do seguinte modo: "In the Republic of Hungary all power belongs to the people. The people exercise their sovereignty through elected representatives or directly" – Cf. Hungary (1993, on-line).

²⁰ Eis a sentença essencial contida no art. 3, III: "The parties may not exercise public power directly. Accordingly, no party may control or direct any State organ. In order to ensure the effective separation of the parties from State power, the law determines the social and public offices that cannot be filled by any member or officer of any party" – v.: Hungary (1993, on-line).

²¹ O conteúdo do artigo, em inglês: "The State of the Republic of Hungary safeguards the freedom and power of the people, the sovereignty and territorial integrity of the country, and the boundaries registered in international treaties" – v.: Hungary (1993, p. 1, on-line).

²² O texto do art. 6, em inglês, está disposto desta maneira: "Article 6. (1) The Republic of Hungary repudiates war as a means of dealing with conflicts between nations and refrains from the use of force against the independence or territorial integrity of other states. It also refrains from making threats implying recourse to force. (2) The Republic of Hungary is working for cooperation with all the peoples and countries of the world. (3) The Republic of Hungary bears a sense of responsibility for what happens to Hungarians living outside of its borders and promotes the fostering of their relations with Hungary" – v.: Hungary (1993, p. 1-2, on-line).

²³ Esses dispositivos demonstram a radical mudança que se deu na atual Constituição, em relação ao sistema econômico, com incidência direta sobre a *soberania econômica do país*, já que a Constituição de 1949 assim dispunha: "Art. 6 (1) Com a supressão das classes exploradoras, as relações sociais de produção vieram a ser predominantes. A base da ordem econômica é a propriedade social sobre os meios de produção. (2) A República Popular da Hungria desenvolve e protege toda forma de propriedade social. Art. 7. A vida econômica da República Popular da Hungria é determinada pelo Plano Estatal da economia popular. O Estado, baseado nas empresas de propriedade social, nas cooperativas e instituições, dirige e controla a economia popular no interesse do desenvolvimento dos meios de produção, do aumento da propriedade social, da elevação constante do nível de vida material e cultural dos cidadãos e do reforço da defesa nacional" – v.: Hungria (1987, p. 77-100).

²⁴ "Article 1: The Slovak Republic is a sovereign, democratic, and law-governed state. It is not linked to any ideology or religious belief" – Slovak Republic (1993, on-line).

²⁵ "Art. 11: International treaties on human rights and basic liberties that were ratified by the Slovak Republic and promulgated in a manner determined by law take precedence over its own laws, provided that they secure a greater extent of constitutional rights and liberties" - Slovak Republic (1993, on-line).

²⁶ "The Federal Republic of Yugoslavia shall be a sovereign federal state, founded on the equality of citizens and the equality of its members republics" (YUGOSLAVIA, 1999, p. 1, on-line).

²⁷ Art. 6, cujo teor dos dois primeiros itens é: "(1) A member republic shall be a state in which power is vested in its citizens. (2) A member republic shall be sovereign in matters which under the present Constitution are not reserved to the jurisdiction of the Federal Republic of Yugoslavia" – v.: Yugoslavia (1999, on-line).

²⁸ Vários dispositivos proclamam a proteção aos direitos das comunidades nacionais minoritárias, em desacordo com as recentes violações aos direitos dos albaneses de Kosovo, em evidente demonstração de que às vezes a Constituição formal, do papel, não traduz às forças reais de poder da sociedade – a propósito do assunto, v.: F. Lassale (1946). Por outro lado, a intervenção da OTAN na região é considerada uma agressão à soberania da Iugoslávia, já que, segundo o Estatuto dessa organização, a intervenção pode-se dar em território de países membros. A organização transforma-se de defensiva em ofensiva, arrogando-se direito de intervir no território de qualquer país soberano – vide: Nuova Nato (1999, on-line).

²⁹ "Romania is National State, sovereign, unitary and indivisible" (ROMANIA, 1991, p. 1, on-line).

³⁰ O art. 1 e 4 dizem: “Art. 1.- Rumania es república socialista. La República Socialista de Rumania es un Estado de los trabajadores de las ciudades y del campo, soberano, independiente y unitario. Su territorio es inalienable e indivisible. Art. 4.- El pueblo es el titular soberano del poder, y lo ejerce a través de la Gran Asamblea Nacional y de los consejos populares, órganos elegidos por voto universal, igual, directo y secreto” – v.: Rumania (1987, v. 1, p. 133-155).

³¹ “The Armed Forces are exclusively in the service of the people and subordinate to its will(...)The Supreme Council of National Defence is constituted, and functions, in accordance with the provisions of the law, in order to organize and provide a unitary coordination of the activities regarding national defence and security of the State” (ROMANIA, 1991, on-line).

³² “In the USSR a developed socialist society has been built. At this stage, when socialism is developing on its own foundations, the creative forces of the new system and the advantages of the socialist way of life are becoming increasingly evident, and the working people are more and more widely enjoying the fruits of their great revolutionary gains” – v.: USSR (1985, p. 1, on-line).

³³ “Russia’s most important law is the new Russian Constitution(...)The second most important source of Russian law, which contains the majority of the basic provisions regulating entrepreneurial activities, is the Civil Code” (1993, p. 1, on-line).

³⁴ No art. 5, III, assim ficam expressas algumas das particularidades do federalismo russo: “The federated structure of the Russian Federation shall be based on its state integrity, the uniform system of state power, delimitation of scopes of authority and powers between the bodies of state power of the Russian Federation and the bodies of state power of the subjects of the Russian Federation, equality and self-determination of the peoples in the Russian Federation” (RUSSIA, 1993, p. 3, on-line).

³⁵ *A School of Slavonic and East European Studies*, da Universidade de Londres, fornece um catálogo dos diversos movimentos em prol da independência que existiam na URSS, e que ainda se manifestam na Rússia – vide: *CATALOGUE of Independent Political Movements in the Soviet Union Collection* (1997, on-line).

Bibliografia

ADAMS, George Burton. *Constitutional history of England*. Revised by Robert L. Schuyler. New York: Henry Holt, 1934. 600 p.

ADOLFO POSADA. *Tratado de derecho político*. 5. ed. rev. Madrid: Librería General de Victoriano Suarez, 1935. t. 1.

ALEMANIA. *La Constitución de la República Democrática Alemana*. Brasília: Senado Federal, v. 1, p. 7-49, 1987 (Constituições Estrangeiras).

Constitution de la Republique Algerienne Democratique et Populaire: décret présidentiel n. 89-18 du 28 février 1989. *Journal Officiel de Republique Algerienne*, mars 1989, p. 188-210.

BARNETT, Anthony. *Britain needs a written constitution*. Disponível em: <http://www.charter88.org.uk/pubs/other/mail.html>. Acesso em: 7 dec. 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A revisão da Constituição francesa de 1958: a permanente procura de uma Constituição modelar. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, v. 3, maio 1999, p. 63-104.

BIDART CAMPOS, Germán J. *Filosofía del derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1969. 327 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. revista. Coimbra: Almedina, 1993. 1228 p.

CATALOGUE of independent political movements in the Soviet Union collection: School of Slavonic and East European Studies: University of London. Disponível em: <file://A:\ind7.html>. Acesso em: 18 July 1997.

CHECHNYA. *The Constitution of Chechen Republic*: adopted on 12 March 1992 by Decree N. 108 of the Parliament of the Chechen Republic Grozny. *ICL. Uni-Wuerzburg*. Disponível em: http://www.uni-wuerzburg.de/law/cc00000_.html. Acesso em: 4 Nov. 1999.

ENGLAND. *Bill of rights*: 1689. Disponível em: <http://wiredtap.spies.com/Gopher/Gov/World/england.bil>. Acesso em: 30 Mar. 1993.

ENGLAND. *Magna Charta*: 1215. Disponível em: <http://odur.let.rug.nl/~usa/D/1400/magna.htm>. Acesso em: 15 Nov. 1998.

ESPAÑA. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, n. 311.1, 1978. p. 29315-29339.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. El sistema constitucional español. In: GARCIA BELAUNDE, D; FERNANDEZ SEGADO, F; HERNANDEZ VALLE, R. (Coord.). *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, [S.l.]: [s.n.], 1992, p. 351-532.

FRANCE. *Constitution Française*. Rio de Janeiro: Serviço de publicações em Língua Portuguesa da Embaixada da França, 1983. 59 p. Texto em francês e tradução para o português.

FRANCE. La constitution du 3 septembre 1791. *Les Institutions*. Disponível em: <http://www.elysee.fr/instit/c1791.htm>. Acesso em: 31 dec. 1998.

- GERMANY. Basic Law for the Federal Republic of Germany. Disponível em: <http://wiretap.spies.com/Gopher/Gov/World/germany.com>. Acesso em: 23 Aug. 1993.
- GIDDY, Pam. Re-learning democracy. Disponível em: <http://www.charter88.org.uk/pubs/citizen/issue7/editorial.html>. Acesso em: 19 July 1999.
- GUERRA na Tchetchênia: Rússia reforça ofensiva: ataque russo deixa 58 rebeldes mortos. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. 24, 16 jan. 2000. Mundo, p. 24.
- GUERRA. Russos matam chechenos que fugiam. *Estado de Minas*, Minas Gerais, 16 jan. 2000. Exterior, p. 18.
- HUNGARY. *The Constitution of the Republic of Hungary*. Disponível em: <http://wiretap.spies.com/Gopher/Gov/World/hungary.com>. Acesso em: 29 Mar. 1993.
- HUNGRIA. *Constituição da República Popular da Hungria* (Lei XX de 1949): com as modificações sancionadas pela Lei I de 1972 e pela Lei I de 1975. Brasília: Senado Federal, 1987. p. 77-100. (Constituições Estrangeiras).
- ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <http://wiretap.spies.com/Gopher/Gov/World/italy.com>. Acesso em: 12 Aug. 1993.
- ITÁLIA. *Constituição da República Italiana*. Brasília: Embaixada da Itália, [19—?]. 38 p.
- LASSALE, F. *Que es una constitución?* Tradução de W. Roles. Buenos Aires: Siglo Veinte, 1946. 159 p.
- MACEDONIA. *The Constitution of the Republic of Macedonia*. Disponível em: <http://wiretap.spies.com/Gopher/Gov/World/macedonia.com>. Acesso em: 12 Mar. 1993.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder municipal: paradigmas para o estado constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 235 p.
- NUOVA Nato: la fine delle sovranità nazionali. *Solidarietà*, anno VII, n. 2. Disponível em: <file://A:\newnato-sovranità.html>.
- PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*: incluindo as leis constitucionais 1/82, 1/89, 1/92 e 1/97. Disponível em: <<http://www.dgep.pt/crp92.html>>.
- PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*: incluindo a lei constitucional de 1/89, de 8 de julho. Rev. de António Capela. 213 p.
- RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O federalismo assimétrico*. São Paulo: Plêiade, 1998. 350 p.
- ROMA, Giuseppe. Autonomie funzionali a sovranità limitata. *Impresa & Stato*, n. 34. Disponível em: file://A:\roma-sovranità.html.
- ROMANIA. *Constitution of Romania*, (1991). Disponível em: <http://wiretap.spies.com/Gopher/Gov/World/romania.com>. Acesso em: 29 Mar. 1993.
- RUMANIA. *Constitución de la República de Rumania*, de 20 de agosto de 1965. Revisado y refundido de 27 de diciembre de 1974, revisado a su vez el 18 de marzo de 1975, traducción española de Manuel B. Garcia Alvares, p. 137. (Constituições Estrangeiras.) Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987, v. 1, p. 133-155.
- RUSSIA. The Constitution of Russia: adopted by referendum on December 12th, 1993. In: *Enquires*. Disponível em: <http://www.investment.ru/legislation/constitution.html>. Acesso em: 21 may 1999.
- SCARMAN, Lord. *Why Britain needs a written Constitution*. Disponível em: <http://www.charter88.org.uk/pubs/sovlecs/scarman.html>. Acesso em: 20 July 1992.
- SLOVAK Republic. *The Constitution of the Slovak Republic*: passed by the Slovak National Council on 1 September and signed on 3 September 1991. Disponível em: <http://wiretap.spies.com/Gopher/Gov/World/slovakia.com>. Acesso em: 29 Mar. 1993.
- SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*: (promulgada em 05.10.1988). 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 864 p.
- SUÍÇA. *Constituição Federal da Confederação Suíça*, de 29 de maio de 1874. Trad. de Irene Truninger de Albuquerque e Maria Manuela de Avelar Pedrosa, 1975, 94 p.
- SWITZERLAND. *The Federal Constitution of Swiss Confederation*: adopted on 29 May 1874. *Uni-Wuerzburg*. Disponível em: <http://www.uni-wuerzburg.de/law/sz00000_.html> Acesso em: 4 Nov. 1999.
- USSR. Constitution (Fundamental Law) of the Union of Soviet Socialist Republics: adopted at the Seventh (Special) Session of the Supreme Soviet of the USSR, Ninth Convocation, On October 7, 1977. *Novosti Press Agency Publishing House Moscow*. Disponível em: <http://wiretap.spies.com/Gopher/Gov/World/ussr77.com>. Acesso em: 10 May 1994.
- VERGOTTINI, Giuseppe. *Derecho constitucional comparado*. Traducción e introducción por Pablo Lucas Verdu. Madrid: Espasa-Calpe, 1983. 727 p.
- YARDLEY, D. C. M. *Introduction to british constitutional law*. 4. ed. London: Butterworths, 1974. 161 p.
- YUGOSLAVIA. *The Constitution of the Federal Republic of Yugoslavia*: adopted on: 27 April 1992. Disponível em: http://www.uni-wuerzburg.de/law/sr00000_.html. Acesso em: 27 Apr. 1999.

Direitos humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais

Plínio Melgaré

Sumário

1. Introdução. 2. Direitos humanos ou direitos fundamentais? precisão conceitual e outros importantes elementos dos direitos humanos. 3. Fundamentos e modelos jurídicos reducionistas dos direitos humanos. 3.1. O modelo jusnaturalista – a simplificação jusnaturalista. 3.2. O modelo positivista – a simplificação doutrinária e metodológica. 4. Breve contributo para a fundamentação e a proteção jurisdicional dos direitos humanos. 5. A universalidade dos direitos humanos – três indagações básicas e a universalização da titularidade. 6. Conclusão.

1. Introdução

A problemática dos direitos humanos está presente em diversos momentos da nossa vida social contemporânea, sendo uma terminologia propalada designadamente a partir da moderna cultura político-jurídica ocidental. Mobilizados em várias circunstâncias e conclamados sob as mais diversas razões, a observação nos demonstra que se confunde, muitas vezes, sua dimensão conceitual e seu fundamento. Tal ocorrência, entretanto, não diminui e tampouco debilita a luta, inexoravelmente séria e comprometida, a ser empreendida quotidianamente pela sua real efetivação.

Preliminarmente, temos que os direitos humanos referem-se a uma proteção mínima que possa conduzir o ser humano a viver dignamente. Constituem uma esfera essencialmente indisponível, existente em tor-

Plínio Melgaré é Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas – Universidade de Coimbra e Professor de Filosofia do Direito e História do Pensamento Jurídico na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

no do indivíduo, que objetiva o respeito mais profundo à pessoa humana. Isso implica que toda e qualquer autoridade, todo e qualquer poder político tem a obrigatoriedade de os garantir e adimplir. Ressalte-se, demais disso, que há de se proteger o indivíduo de qualquer tipo de arbítrio, inclusive, mas não unicamente, o estatal.

Percebe-se aí uma vertente dos direitos humanos. Outra que se nos aparece “consiste em dizer que os direitos do homem representam as regras do jogo mínimas que devem ser respeitadas pelos governos e governados para que uma vida digna desse nome seja possível” (HAARSCHER, 1993, p. 13). Notamos, nessa idéia, uma compreensão formal acerca dos direitos humanos. Na esteira do considerado, releva observar a dificuldade – senão que o paradoxo – apontada pelo indigitado autor. Pois, em um primeiro momento, a esfera indisponível que circunda o indivíduo – os direitos humanos – nasce endereçada ao próprio Estado. É dizer, como uma proteção a um possível totalitarismo estatal. Todavia, não se esgotam aí os direitos humanos, eis que oponíveis e válidos também em relação aos demais integrantes do corpo social. Isso implica, primeiramente, limitar-se o poder do Estado para, a seguir, fortalecê-lo, a fim de garantir, concretamente, os direitos humanos.

Os direitos do homem emergiram em um cenário onde o pano de fundo era o surgimento da classe burguesa, tendo sido influenciados pelo respectivo contexto ideológico. Nada obstante a crítica marxista a eles, afirmando serem a manifestação dos interesses e do ideário burguês, tem-se, de fato, que a chamada primeira geração dos direitos humanos, erigida pelo pensamento liberal, constitui-se em direitos individuais, como os direitos de participação política, as garantias processuais e o direito de propriedade. Objetiva e efetivamente, essa primeira geração fundamenta-se em um sistema de valoração com cariz individualista.

Contudo, os direitos humanos não se restringiram à primeira geração. Nasceram

os direitos humanos de “segunda geração”, v. g. o direito à saúde, à educação e à segurança social. São os direitos sociais. Um ponto de distinção entre essa geração e sua antecessora é de fácil percepção: enquanto na primeira geração postulava-se uma posição não-intervencionista do Estado, na segunda geração exigia-se uma prestação por parte da entidade estatal. Ultrapassa-se a idéia de um Estado meramente garantidor e protetor das liberdades para se atingir um Estado-Providência, um Estado distribuidor e prestador. Na primeira geração, há a idéia dos direitos de liberdade; na segunda, dos direitos sociais. Recentemente, há a tentativa de se acrescentar às duas gerações uma terceira: trata-se dos direitos à paz, a um meio ambiente protegido, ao desenvolvimento, à solidariedade, etc. Percebe-se, diante do rápido rol, a vacuidade e heterogeneidade da “terceira geração” dos direitos humanos. No meio desse mar de imprecisões, encontramos a seguinte definição: “Estes direitos têm como titular não o indivíduo em sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade” (LAFER, 1999, p. 131). Não se discute a boa intenção – e até mesmo a justiça – desses novos direitos. Ainda assim, o ponto a ser por nós destacado endereça-se ao encontro da percepção esposada por Jean Rivero e igualmente adotada por Haarscher: “Que a introdução de tais novos direitos (...) ameaça enfraquecer decisivamente a exigência dos direitos do homem em geral, primeira e segunda gerações desta vez confundidas” (1993, p. 51). É possível redargüir tal argumentação, considerando-a somente utilitarista ou demasiadamente pragmática, posto se pensar apenas não ser uma boa estratégia reconhecer os direitos de terceira geração, haja vista a dificuldade trazida por eles para a consecução de seus predecessores. Entrementes, acompanhando o escólio de Rivero, para se falar em direito, no sentido forte do termo, e, portanto, nos direitos humanos, mister a existência de quatro cir-

cunstâncias distintas: uma titularidade, um objeto, uma oponibilidade e uma sanção. Ora bem, tais circunstâncias são encontradas nas duas primeiras gerações dos direitos humanos, porém “(...) précisément, la troisième génération brouille les repères en la matière”¹. Enfim, enquadrar instantaneamente, sem nenhuma consideração crítica, a “terceira geração” como direitos humanos pode originar o dito fenômeno da *banalização por inversão*, em que os novos direitos deixam de tonificar os anteriores, contaminando-os com sua precariedade estatutária. Ao cabo do processo de banalização inversa, habituar-nos-íamos com a noção segundo a qual os direitos humanos não ultrapassam a categoria de um vago – e ambíguo, diríamos nós – pleito moralizante (HAARCHER, 1993, p. 53).

2. Direitos humanos ou direitos fundamentais? – precisão conceitual e outros importantes elementos dos direitos humanos

Não raras vezes, encontramos a expressão “direitos fundamentais” como sinônimo de “direitos humanos”. Há uma tendência doutrinária em definir os direitos fundamentais como sendo aqueles positivados internamente por um País. Já a terminologia direitos humanos designaria e denominaria os direitos positivados nas declarações e convenções internacionais (LUÑO, 1998, p. 44). Ressalva, contudo, o eminente catedrático espanhol não estarem os direitos humanos limitados e condicionados a uma eventual positivação. Ao contrário, relacionam-se com as básicas exigências referentes à dignidade, à liberdade e à igualdade, ainda que não reconhecidas por qualquer norma. A concepção de direitos fundamentais, então, referir-se-ia aos direitos humanos que se encontram garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, de um modo geral, inseridos na principiologia constitucional. Os direitos humanos, por sua vez, são percebidos e compreendidos como “un

conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretam las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas” (LUÑO, 1998, p. 46).

Registramos também a posição do constitucionalista Jorge Miranda, segundo a qual a terminologia direitos fundamentais é utilizada preferencialmente para nomear aqueles direitos das pessoas diante do Estado, objetos da Constituição (1999, p. 27). Ademais, o referido autor consigna razões outras contrárias à sinonímia das locuções direitos humanos e direitos fundamentais (1999, p. 28-), como por exemplo, esta: são fundamentais os direitos pura e simplesmente criados pelo legislador, harmonizados com suas opções e as condicionantes de seu país (1999, p. 30). Destarte, acolhendo essa perspectiva, haverá uma distinção da terminologia direitos fundamentais com a expressão direitos humanos, conforme se depreenderá da leitura deste nosso texto.

Todavia, nada obstante as posições referidas, trazemos à colação o entendimento de Peces-Barba acerca dos termos lingüísticos utilizados ao se referir a temática dos direitos humanos. Com efeito, buscando abranger a totalidade da compreensão que envolve os direitos humanos, a expressão direitos fundamentais seria adequada, posto abranger tanto a dimensão e os pressupostos éticos quanto os ingredientes jurídicos. Assim, ao mesmo tempo em que traduzem o valor ético comprometido com a dignidade humana, destacam juridicamente os direitos humanos, inserindo-os na normatividade do sistema jurídico. Nesse sentido, “los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica” (1999, p. 37)².

De tais definições, recortamos que os direitos humanos ultrapassam o sentido estrito de uma ordem jurídica escrita. Com efeito, encontram-se em uma dimensão superior, transpositiva. E essa transpositividade disponibiliza e concentra uma validade universal e objetiva, possuidora de tal força e abrangência que é mobilizada, desde os

tempos modernos, em todas as praças, sob qualquer circunstância.

De fato, reconhecemos que os direitos humanos assumem a posição de princípios ético-normativos. Portanto, transcendem ao normativismo-dogmático, alicerçando e instituindo materialmente a juridicidade. Outrossim, configuram-se como elementos legitimadores da ordem política e fundamentais da normatividade jurídica.

Desde logo, asseveramos que os princípios acima referidos tornam-se meras possibilidades inócuas e vazias caso não sejam essencialmente vinculativos e constitutivos da prática jurídica, bem como referenciais axiológico-normativos basilares do pensamento jurídico. Outrossim, o verdadeiro sentido dos direitos humanos não deve ser definido abstratamente, senão que determinado em concreto, posto que, somente assim – concretamente –, alcançam seu genuíno valor, relevo e importância.

Para isso ser aceito e efetivado, há de haver uma distinção e separação do direito da lei. Noutros termos, constituir e recuperar a autonomia do direito, negando pressupostos que o vinculam a uma restrita legalidade. Demais disso, haveremos de acentuar outra forma reducionista, muito próxima e própria dos nossos dias, qual seja o reducionismo político.

O direito nasce e brota da necessidade do homem em conviver com seus semelhantes. O cenário que envolve essa coexistência é o mundo, desenvolvendo-se em um processo de inter-relação, limitado em suas condições. Assim, o direito pode ser considerado uma alternativa viável à essencial e caracterizadora condição humana de coexistência³. O direito é também uma instância ética, a vislumbrar e assumir, de modo incontornável, uma perspectiva fundamentada no reconhecimento do homem-pessoa, constituída intencionalmente por princípios pertencentes ao *ethos* fundamental da humanidade. Nessa linha, advogamos que os direitos humanos constituem-se em postulados éticos, forjados a partir da era moder-

na⁴, componentes da existência do homem como pessoa, isto é, em uma reconhecida abertura dialógico-reflexiva à dignidade humana e ao pleno reconhecimento de que cada homem constitui um ser ético, indisponível às estruturas do poder e aos seus semelhantes⁵. Sem embargo, prestamos livre curso ao princípio trazido por Hegel: “o imperativo do direito é este: sê pessoa e respeita os outros como pessoa”.

No quadro temático dos direitos humanos, registramos a existência de duas coordenadas – às quais os referidos direitos ora tratados vinculam-se inexoravelmente: a retórica política e a prática jurídica⁶. De fato, consideramos ambas circunstâncias importantes, apresentando sua razão de ser. No entanto, optamos, neste trabalho, dedicarmos-nos à coordenada referente à prática, à realidade jurídica – de um modo particular, à realização jurídica dos direitos humanos e à atividade judicante⁷.

3. Fundamentos e modelos jurídicos reducionistas dos direitos humanos

Na abertura deste ponto, trazemos à baila a compreensão acerca do termo fundamento. Definimos fundamento como sendo o princípio e a razão real, constitutiva e legitimadora daquilo que se nos surge, aparece. Precisamente, a razão de ser dos direitos humanos. Todavia, compete-nos alguns esclarecimentos. Primeiramente, não temos a pretensão de encontrar um fundamento último, absoluto, “[aquela] razão e o argumento irresistível, ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão” (BOBBIO, 1992, p. 16). Longe disso! Modestamente, e considerando a relatividade histórica dos direitos humanos, intencionamos tão-somente apresentá-los como uma opção-referencial a ser assumida pela humanidade frente à ineludível circunstância de nossa coexistência. À prima vista, concordamos com a idéia segundo a qual mais importante que a busca desse fundamento absoluto seja a proteção dos direitos do homem. Conforme a má-

xima de Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto de justificá-los, mas o de protegê-los” (1992, p. 24). Contudo, circunscrever a temática dos direitos humanos a essa situação significa tratá-los de um modo extremamente procedimental. Ademais, corre-se o risco de remeter a proteção dos direitos humanos demasiadamente à esfera da prática política que, conforme a História já nos demonstrou, não é a mais indicada. Ao cabo, especificamente, adotamos o posicionamento segundo o qual “parece uma solução acomodatória refugiar-se atrás da autoridade de Bobbio, interpretando de forma mais superficial sua máxima segundo a qual hoje seria, antes de tudo, necessário que os direitos fossem tutelados na prática, mais que justificados na teoria” (VITALE *apud* FERRAJOLI, 2001, p. 268). Sobretudo em nosso caso, vez que percorreremos a via da realização e proteção jurisdicional dos direitos humanos. Nessa linha, expressaremos justificativas e razões condutoras à compreensão e ao sentido dos direitos humanos, justificativas e razões fundamentadoras de um específico modo de realizar o direito. Pois, para jurisdicionalmente efetivar-se a proteção dos direitos humanos, há de se encontrar um marco, um fundamento teórico-razional que a justifique. Sob pena de se incorrer em visões e posturas metodologicamente simplificadoras ou voluntaristas, tendentes à arbitrariedade.

3.1. *O modelo jusnaturalista – a simplificação jusnaturalista*

Entre as posturas e visões metodológicas simplificadoras acima referidas, seguindo um critério diacrônico, a primeira a ser delineada é a jusnaturalista. Decerto que o modelo jusnaturalista não é único, oferecendo-nos diferentes matizes. Todavia, nossas reflexões estarão centradas nos aspectos relativos àquele direito natural medrado no pensamento jurídico moderno, é dizer, o jusracionalismo⁸. Justificamos essa delimitação em razão de um fato: a contemporaneidade

jusracionalista com o nascimento dos direitos humanos⁹.

Inicialmente, descortinaremos, em brevíssimas palavras, alguns elementos integrantes do momento histórico em que se desenvolveu o jusracionalismo: o período moderno-iluminista. Ressalve-se, diante da complexidade e da diversidade do fenômeno iluminista, que tais aspectos encontram-se insertos em um quadro heterogêneo, em que, calcados em características comuns desenvolvidas na Europa, acomodaram-se diversas circunstâncias peculiares originárias de diversas culturas e tradições.

Nesse sentido, acentuamos, entre os pontos comuns presentes no Iluminismo, a sua base antropológica, destacando-se a autonomia do homem. De fato, há uma descontinuidade com uma pressuposta ordem à qual o homem pré-iluminista se vinculava. O homem se autonomiza, emergindo da sua razão os fundamentos do seu agir e saber, e “não há função mais alta que a sua, pois está encarregada de revelar a verdade, de denunciar o erro. Da razão depende toda a ciência e toda a filosofia” (HAZARD, 1989, p. 36). Abre-se ao homem a porta da libertação, a oportunidade de pensar por si. Conforme Kant: “Se, nas épocas anteriores o homem se mantivera sob tutela, fora por culpa própria: não tivera a coragem de se servir da razão; tivera sempre necessidade de um mandamento exterior” (*apud* HAZARD, 1989, p. 40). É o período da emancipação do homem¹⁰, da liberdade e auto-regência dos povos. A mais disso, aporta no universo iluminista o fenômeno da secularização, que, se no princípio significava a expropriação de bens eclesiásticos (PEREIRA, 1999, p. 39), acabou por traduzir o surgimento do poder civil, bem como o nascimento de um homem autor da História, aspirando a uma razão humana universal¹¹. O mundo passa a integrar o campo da projeção racional do indivíduo. Enfim, é o período das luzes e da razão¹².

Na seara jurídica, igualmente, vislumbram-se mudanças. O impacto da nova épo-

ca, que abalou os alicerces da cultura vigente, atingiu também as bases do pensamento jurídico de então. Luziam os novos marcos da atmosfera jurídica moderna, que se afastava inexoravelmente das amarras anteriores. O direito natural, existente desde longínquas eras¹³, renovava-se: deixava de ser transcendente, para se tornar imanente ao ser humano. A missão do direito natural teológico restava cumprida. Secularizava-se¹⁴ cada vez mais o direito natural¹⁵, amparando intensamente os originários direitos do indivíduo¹⁶.

Quanto aos direitos humanos propriamente ditos, como em qualquer tendência jusnaturalista, referiam-se àqueles atinentes ao pré-político estado de natureza, isto é, são anteriores ao Estado e ao direito positivo. Fruto da razão, e não expressão de uma vontade, como ocorre com o direito positivado, possuem um cariz abstrato, sendo compreendidos e vinculados, notadamente, aos direitos individuais. Com efeito, na linha jusracionalista, afirmam-se os direitos humanos como racionais e universalmente válidos, inalienáveis e imprescritíveis. Outrossim, denotam restrições, limitações, ao poder político, na medida em que afirmam a autonomia individual, garantindo uma área de não-intervenção dos poderes público-estatais. Nesse sentido, plasam a concepção formal e negativa do direito, tão caras ao mínimo Estado liberal¹⁷.

Avistados os aspectos centrais do jusnaturalismo moderno, endereçamo-nos, agora, àquelas razões que o debilitam e o situam no rol dos modelos reducionistas.

Ora bem, o primeiro fator a ser ponderado direciona-se à dificuldade jusnaturalista em assumir o caráter histórico dos direitos humanos. A variabilidade ocorrida no conteúdo e na própria definição do que sejam os direitos do homem atesta sua relação com as circunstâncias históricas¹⁸, contrapondo-se frontalmente ao discurso jusnaturalista. De fato, a visão ahistórica do jusnaturalismo e a desconsideração dos elementos sociais na constituição dos direitos humanos enfraquecem demasiadamente

seu modelo. Demais, cumpre notar que o indigitado estado de natureza não passa de uma hipótese, o ensaio de uma justificativa para certas reclamações, exigências. Já em Kant, encontramos que o conhecido e tantas vezes citado estado de natureza buscava tornar possível a compreensão de uma concepção teoricamente necessária¹⁹. Precisamente, encerramos este item com Bobbio, observando que o simples fato do crescimento – somado à alteração da intencionalidade e do sentido, salientamos nós – dos direitos humanos, quando mais não seja, “demonstra que o ponto de partida do hipotético estado de natureza perdeu toda plausibilidade” (1992, p. 75).

De outra banda, os próprios caracteres jusnaturalistas servem para seu reproche. Então, iniciamos por referir a total vacuidade da expressão “direito natural”. Ao largo da história do pensamento jurídico, não se definiu, de maneira precisa e justificada, uma metodologia própria que tornasse possível o efetivo conhecimento do direito natural. E, para efeito de argumentação, embora houvesse tal método, o simples fato de ser natural asseguraria a justeza de alguma circunstância ou direito? Não nos olvidemos que, abrigados sob a mesma capa dos direitos naturais, tremeluziram tanto a bandeira da escravidão quanto o estandarte do igualitarismo.

No campo da metodologia jurídica, o jusnaturalismo moderno – e também as outras linhas jusnaturalistas – apresenta inadequações. Considera tanto o direito quanto a ética e a filosofia como matérias dedutivas, demonstráveis com certeza e precisão. Pretende atingir uma certeza universal, absoluta e imutável, afastando qualquer contradição lógica ou circunstância contingencial²⁰. De fato, o jusnaturalismo moderno elabora uma idéia de sistematização axiomática do direito, valendo-se de uma compreensão lógico-demonstrativa²¹. Sem embargo, pela via axiomática e sistematizadora, aproximava-se o direito natural do direito positivado, possibilitando a inserção da moral natural em uma obra legislada (WIEACKER, 1980, p. 361).

Sublinhamos ter ocorrido, pela vertente moderna do jusnaturalismo, a construção metodológica das decisões judiciais centradas na dedução, a partir de princípios superiores e conceitos gerais preestabelecidos. As decisões jurídicas estremavam-se por um fundamento científico, obtido por meio de um processo dedutivo a partir dos princípios presentes no sistema jurídico (WIEACKER, 1980, p. 363). Franqueava-se, assim, a intensificação do processo de aplicação do método geométrico e matemático, desenvolvidos sobretudo por Galileu e Descartes, na área jurídica²². A exemplo da matemática, o direito constituir-se-ia por uma estrutura objetiva, imune às variações do arbítrio (CASSIRER, 1997, p. 327). Sem embargo, uma relevante consequência metodológica, trazida pelo deslocamento do direito para o campo das matérias procedentes das definições abstratas e divorciadas da experiência, foi a desconsideração do caso concreto como ponto de partida do raciocínio jurídico. Ao contrário, conduzido por um formal raciocínio silogístico, o caso decidendo tornou-se o epílogo de um caminho que conduzia à razão²³.

Ademais, a sistemática construída pelo jusnaturalismo moderno não ultrapassou os limites de uma mera construção dedutivo-racional, de um simples projeto de direito, de uma ordem ideal, porquanto ausente de qualquer dimensionamento prático-histórico²⁴. A par disso, não desfrutava de um fundamento justificador de sua própria existência como direito e, assim sendo, carecia de qualquer tipo de vinculação prática. Por conseguinte, o direito natural moderno encontrou na legislação o *iter* para sua transmutação de uma esfera ideal para uma esfera concreta, real²⁵.

Reduzir os direitos humanos a uma ordem antropológico-natural é desconhecer sua historicidade e suas condicionantes culturais. O que, diante da mera observação da realidade, endereça-nos, de plano, à superação da alternativa jusnaturalista. De outra banda, reduzir a proteção e a realiza-

ção jurídica dos direitos humanos a um abstrato processo lógico-dedutivo decerto que não é a proposta metodológica mais apropriada. Os direitos humanos referem-se ao homem concreto e postulam, para sua concretização, um juízo mediador reflexivo, atento ao horizonte histórico e aberto à compreensão da praticidade dos problemas enfrentados, nomeadamente, por aqueles vitimados pela sua violação.

3.2. O modelo positivista – a simplificação doutrinária e metodológica

A primeira das simplificações positivistas por nós evidenciada alude àquele entendimento segundo o qual o direito se encontra constituído por normas jurídicas²⁶. Inscrita no centro da teoria positivista está a compreensão de que não há outro direito além daquele posto pelo legislador. A linha mestra do positivismo jurídico reside na caracterização do direito como um sistema axiomático-normativo, identificando, por conseguinte, o direito com a lei, o *jus* com a *lex*. No caso dos direitos humanos, seria considerá-los como sendo fruto exclusivo das ordens positivas, quer sejam elas derivativas da expressão do soberano, da vontade geral ou das opções manifestadas nos Parlamentos ou organizações supranacionais.

As ordens positivadas, fruto do processo legislativo, caracterizam-se por refletir uma vontade política, e, *per se*, não afiançam a proteção dos direitos do homem – ainda que se cogite apenas das ordens democráticas, pois impossível se pensar em direitos humanos em regimes totalitários ou autocráticos. Na natureza da atividade legislativa atual – logo, a que nos importa –, permeada por uma orientação ideológica, está a consecução de um projeto político. A atividade legislativa e o produto de seu ofício é a consequência de uma opção, e não a constituição plena do direito. Outrossim, decorrem de um processo legislativo concluído por uma decisão iluminada pelos resultados obtidos na sociedade. De fato, a legislação, o direito positivo, revestem-se, em

grande parte, de um programa finalístico (HABERMAS, 1997, p. 236). O fio condutor da atividade legislativa estende-se por uma via finalista, consagrada pela utilidade e/ou necessidade de sua intervenção, validando-se por uma racionalidade estratégica.

A par de toda a construção teórica dos cientistas políticos, a observação da realidade aponta-nos para uma crise da representação política. Entre outras razões, a heterogenia social impõe uma plêiade de objetivos e finalidades almejados pelos mais diversos grupos sociais que, não raras vezes, fazem-se representar nos parlamentos. Por via de consequência, o legislador vê enfraquecida a sua condição de soberano representante unitário da comunidade. Decerto que esse fato pode ser retificado por meio de um controle a ser feito por procedimentos parlamentares democráticos ou até mesmo pela adoção da democracia participativa. Nada obstante, há de ser lembrada uma contradição própria e inerente à democracia política, pois, independentemente de sua forma, um regime democrático funda-se conforme a regra da vontade da maioria. Ora bem, por definição, tal regra exclui, em menor ou maior grau, uma parcela da população. Embora a existência de freios e contrapesos de cunho político a equilibrar tal circunstância, *v. g.*, a alternância dos partidos ou das facções que ocupam o poder, não há a certeza do reconhecimento de certos direitos essenciais das minorias (RIGAUX, 2000, p. 32). Entrementes, poder-se-ia pensar que a situação seria corrigida pela tutela dos direitos das minorias por parte dos parlamentos e das normas jurídicas. Desde logo, seria a hora de observar que “a soma ou a transacção das partes não é o todo na sua universalidade, tal como a *volonté de tous* não era a *volonté générale* (...)” (CASTANHEIRA NEVES, 1983, p. 600).

Em face do ponderado, concluímos que o positivismo jurídico contém, no núcleo de sua base doutrinária, uma perigosa simplificação, tanto para o alcance quanto para o próprio reconhecimento dos direitos huma-

nos. Endereçar os direitos do homem para a esfera do direito positivado, confundindo-os com a lei, nada mais é que abandoná-los ao acaso das vontades e contingências políticas. De fato, para a concretização dos direitos humanos, faz-se necessário salvaguardá-los das circunstanciais transformações políticas, econômicas e tecnológicas²⁷.

A simplificação doutrinária supra-referida implica outra, que designamos *simplificação da relevância do fundamento*. Nesse sentido, sustenta-se a dispensabilidade da abordagem dos fundamentos dos direitos humanos. Destacamos, a exemplo de Peces-Barba²⁸, que não significa uma justificação acerca da falta de importância da moralidade para fundamentar e construir a conceituação dos direitos humanos, mas antes uma primazia aos aspectos técnico-práticos da proteção, das condições fáticas e das fontes dos direitos humanos. Por conseguinte, procura-se “la utilidad de los derechos, el servicio que pueden prestar en las sociedades democráticas estatales y en la comunidad internacional para la protección de los individuos” (PECES-BARBA, 1999, p. 53).

Exemplo nítido dessa postura é a linha assumida por Bobbio – inclusive já referida neste trabalho – em que importa “conseguir do modo mais rápido e eficaz o reconhecimento e a realização dos direitos do homem. (...) Pôr as condições para uma mais ampla e escrupulosa realização dos direitos proclamados. (...) [Então] não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, (...) qual é seu fundamento, (...) mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los” (1992, p. 22-25 *passim*).

Nada obstante, apontamos algumas dificuldades para a plena aceitação do mencionado posicionamento. Preliminarmente, entendemos que a linha teórica não exclui a preocupação prática. Embora se possa construir uma via de estudo e análise tendente mais aos elementos fático-sociais, não há a exigência – tampouco a conveniência – de um afastamento dos elementos teóricos. De um modo sintético, supera-se esse reducio-

nismo muito facilmente, bastando aliar os dois campos, conforme sugestiona Peces-Barba: “Un trabajo de equipo entre juristas y filósofos del Derecho, de la Moral o de la Política que abarcase la Filosofía de los derechos y el Derecho Positivo, com una importante dimensión histórica (...)” (1999, p. 54).

Entrementes, a discordância efetiva recai sobre o posicionar dos fundamentos dos direitos humanos a um nível de somenos importância. Não desconhecemos que a fragilidade do argumento jusnaturalista para apontar os fundamentos dos direitos humanos contribuiu – e ainda o faz – para o robustecimento da tese positivista. Todavia, há de ser registrado que o cosmos jurídico não se divide apenas entre jusnaturalistas e juspositivistas, entre o suposto Direito Natural e o (im)posto Direito Positivo, como se vivêssemos entre mouros e cristãos. Se a abstração e o racionalismo jusnaturalista revelam-se inapropriados, conforme anteriormente registramos, não significa que sejamos obrigados a abraçar o credo positivista. Desde logo, não assentimos em dar por finda a questão dos fundamentos dos direitos humanos ou mesmo considerá-la irrelevante em razão da “maior parte dos governos existentes [ter proclamado] uma Declaração Universal dos Direitos do Homem. (...) [Porque] se a maioria dos governos existentes concordou com uma declaração comum, isso é sinal de que encontraram boas razões para fazê-lo” (BOBBIO, 1992, p. 23). Com efeito, seja estatal ou supra-estatal, o direito positivo é sempre um direito fruto da autoridade. Ineludivelmente, o direito positivo é *auctoritas* e não *veritas*. Ora bem, a autoridade é vontade, podendo tornar-se arbitrária, discricionária. E, assim como reconhece, declara e convencionam os direitos do homem, pode deixar de fazê-lo (PINTORE, 2001, p. 244).

A par do exposto, a simplificação juspositivista – que considera irrelevante a questão dos fundamentos dos direitos humanos – justifica-se por outro argumento: “O fundamento (...) é o apelo a valores últimos. Mas valores últimos, por sua vez, não se justifi-

cam; o que se faz é assumi-los” (BOBBIO, 1992, p. 18). Por certo, os direitos humanos referem-se a valores, a uma axiologia a ser assumida. Todavia, para efetivar essa asunção, há de se expor, dizer, pronunciar e justificar os seus fundamentos e as suas razões. Tão-somente considerar os direitos do homem como a manifestação de uma fundamentação última, como algo normatizado que, por conseguinte, há de ser assumido, decerto não é a melhor maneira de efetivá-los²⁹. Ao contrário, sustentamos a necessidade de uma intercultural relação dialógica, permeada por razões e justificativas fundamentantes, possibilitando a compreensão e a concretização dos referidos direitos para além de suas fronteiras originárias³⁰.

Com efeito – e a observação da realidade comprova –, a melhor maneira de se tutelar e garantir um direito é a compreensão e o reconhecimento de seu fundamento. De fato, nos fundamentos encontraremos o terreno sólido a permitir o desenvolvimento seguro dos direitos humanos, contrapondo-se a qualquer tentativa totalitária. Enfim, se importa assegurar as condições materiais para a realização dos direitos do homem, importa, no mesmo grau, perceber o seu fundamento. Não preconizamos a absolutização dos fundamentos dos direitos do homem, tampouco a “razão das razões”, mas apenas uma razão, historicamente contextualizada, racionalmente justificada, capaz de aproximar os homens e garantir o respeito à pessoa humana, garantindo, ao cabo, o “direito a ter direitos” (ARENDDT, 1998, p. 330). Outrossim, não esqueçamos que a inobservância dos direitos humanos, independentemente das Declarações existentes, ainda ocorre em razão do seu não-reconhecimento, da intolerância, e não apenas por falta de condições materiais para o seu adimplemento.

Para além das simplificações vistas e ponderadas, há outra. Referimo-nos à metodológica, ou seja, aquela simplificação conexa ao modo como se realizam e se protegem juridicamente os direitos humanos sob a ótica positivista. Prefacialmente,

confrontando o positivismo jurídico com o jusnaturalismo³¹, observamos, de modo específico, uma modificação, uma alteração na base fundamentante dos direitos humanos. No jusnaturalismo, os direitos do homem existiam como algo absoluto, nascidos da universal razão humana, sem nenhuma base histórica. Com o aparecimento do positivismo jurídico, os direitos humanos transitam para o campo das legislações, das convenções, vinculadas a um certo momento vivido pelo homem. De fato, tem-se a imutabilidade jusnaturalista contrastando com a variabilidade conceitual assumida pelo positivismo, haja vista as convenções e as legislações mudarem segundo as circunstancialidades histórico-políticas³². Embora a distinção entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo, sobressai uma similitude atinente à percepção dos direitos humanos³³. Em ambos os casos, os direitos humanos são compreendidos como objetos: para o positivismo jurídico, um objeto convencionalizado, expresso em normas jurídicas positivadas nas mais diversas instâncias; para o jusnaturalismo, um objeto pressuposto, fundado na razão humana.

Metodologicamente, implica que o órgão judicante cumpra sua tarefa de proteger os direitos do homem por meio de um mero ato de cognição, porquanto, posto – ou dado – o direito, basta (re)conhecê-lo. Nada obstante, o juspositivismo requer um processo dual, pois, primeiro há de se apreender, ter conhecimento do direito legislado, para, em seguida, sobrepô-lo ao fato. Por via de consequência, demanda-se ao operador do direito um simples processo de aplicação dedutiva daquela norma “criadora” dos direitos humanos ao caso decidendo. Mobiliza-se uma racionalidade³⁴ formal, em que a validade da decisão promulgada será aferida por meio da sua correspondência com a norma estabelecida, abstraindo-se o conteúdo decisório. Em suma, nos moldes propostos pelo juspositivismo, a tutela jurisdicional dos direitos humanos resume-se a uma dogmática técnica aplicativa de normas e

convenções preestabelecidas, estremada pela lógica dedutiva.

Efetivamente, a construção dogmático-formal juspositivista não se coaduna com o momento atual do pensamento jurídico. Considerar a existência dos direitos humanos apenas no quadro de uma normatividade fechada, composta por normas e declarações que refletem e atendem a específicos objetivos político-sociais, é reduzi-los a uma dimensão incapaz de, por si, dar os fundamentos postulados pela sua realização. Contorna-se a questão remetendo-se os direitos humanos para a esfera da responsabilidade política, pois os direitos humanos pleiteiam uma fundamentação material, referida a aspectos axiológicos transpositivos. Outrossim, envolvem outra concepção metodológica, que não limitada a uma abstrata aplicação, mas referida a ponderações apresentadas pela praticidade dos casos concretos, alinhadas a fatores jurídico-normativos que ultrapassam os limites do convencionalismo³⁵. Substancialmente, consignamos: as ordens escritas não constituem a plenitude dos direitos humanos, que também o são pela construção jurisdicional, a exigir uma fundamentação material – e não a unicidade de validade formal positivista – mediada por um juízo dialético-argumentativo, e não por raciocínios dedutivos.

4. Breve contributo para a fundamentação e a proteção jurisdicional dos direitos humanos

Na esteira do considerado, cumpre agora delinear os elementos que compõem, conforme anteriormente anotamos, a razão de ser fundamentante dos direitos humanos. Nesse sentido, há de se compreender os direitos humanos sob uma visão integradora, superando dialeticamente as simplificações apresentadas pelo jusnaturalismo e pelo juspositivismo.

Embora a variação do sentido ou do conteúdo, os direitos humanos desenvolvem-

se a partir de uma situação fática: a multiplicidade de vidas humanas coexistentes em um único mundo³⁶. Desse fato decorre uma outra situação básica, sentida por todos os homens: a harmonização, a compatibilização da existência plural em um espaço singular.

Desde as mais remotas épocas, o homem responde tal questão e estabelece diversos tipos de ordens político-sociais. Essas ordens sociais carregam em si específicas intencionalidades, expressando valores próprios, historicamente situados. Nesse amplo quadro das ordens político-sociais instituídas pelo homem, houve – e infelizmente ainda há – aquelas pautadas pela imposição, pela força, em que se afirmava que ao poder tudo era permitido e possível. Corolário disso, o desrespeito ao homem, o ultraje à vida humana.

Advogamos que os direitos humanos, e sua carga valorativa própria, correspondem a uma alternativa para a nossa incontornável situação de coexistência. Sem embargo, uma diretriz axiológica a ser observada, que implica a assunção de uma postura de respeito à dignidade humana. Nessa direção, afastamos a questão dos direitos humanos do prisma da natureza do homem, integrando-os no universo humano-cultural, com sua autonomia prática e circunstancialidade histórica característica. Assim, os direitos do homem não são encontráveis a partir de uma indagação acerca de nossa natureza, de uma suposta universal natureza humana. Ao contrário, seriam uma resposta possível a um questionamento acerca do que postulamos e desejamos para nossas vidas.

Nessa linha de argumentação, se os direitos humanos não se identificam com a “natureza humana”, tampouco se reduzem à lei. Com efeito, fundamentam-se em princípios éticos que superam a legalidade, acessíveis às aberturas históricas, em um constante processo de (re)constituição substancial de seu sentido e intencionalidade, iluminados pela projeção de um *ethos* cultural. Todavia, não se está a dizer que os direitos

humanos sejam condenados à efemeridade, em face das sempre emergentes novas exigências e imposições da vida cotidiana. Pois, se é correto assinalarmos que são frutos de momentos históricos, uma vez reconhecidos e compreendidos, não podem ser sumariamente arruinados, desprezados – a menos que estejamos vivificando um novo universo histórico, que renuncie a consideração de uma “era do direito”. Nessa direção, pensamos no princípio da igualdade. Embora inicialmente tenha sido compreendido como uma igualdade formal, investiu-se de uma exigência material, postulando, a seguir, não mais uma mera igualdade perante a lei, senão que uma efetiva igualdade perante o direito³⁷. Contudo, nada obstante a variação referida, podemos hoje ignorar o princípio da igualdade? Ou, depende esse princípio de algum reconhecimento escrito? Com certeza, os direitos do homem nasceram sob um terreno histórico definido. Todavia, uma vez reconhecidos, integram a intencionalidade e o sentido da condição humana, compondo o patrimônio ético da humanidade. Efetivamente, em qualquer local ou ocasião que se presencie ou se tenha conhecimento do desprezo aos direitos humanos, sente-se o retrocesso do modo-de-ser humano e a aproximação da barbárie. Omitir os direitos humanos ou fechar os olhos à sua rejeição, implica permitir o aniquilamento do sentido de humanidade presente em cada um. Embora para outra situação, aplicamos aos direitos humanos as palavras de Fechner: “o homem não pode mais preteri-lo[s] sem destruir uma parte de si mesmo” (*apud* CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 211).

Sem embargo, os direitos humanos, com sua inafastável densidade histórico-cultural, postulam uma circunstância absoluta fundamentante, qual seja a de conferir um valor maiúsculo à dignidade humana e, por conseguinte, o reconhecimento da pessoa humana. Nessa direção, impõe-se a obrigação do estabelecimento de relações dialógicas, originárias da genuína deliberação ne-

cessária de compreender e reconhecer a existência do Outro. Como bem afirma Lyotard: “um ser humano tem direitos só se é distinto de um ser humano. E para ser distinto de um ser humano tem que se converter em outro ser humano. Então os outros podem tratá-lo como seu semelhante” (1998, p. 137), tendo-se por base a observação de Hannah Arendt, segundo a qual “parece que um homem que nada mais é que um homem perde todas as qualidades que possibilitam aos outros tratá-lo como semelhante” (1998, p. 334). Assim, na raiz da estrutura do ser humano está presente a exigência do Outro, pois somos seres em relação³⁸ – recordando Fernando Pessoa, “não há seres normais em si próprios. Há apenas homens normais nas suas relações com os outros” (*apud* LOPES, 1990, p. 39) –, somos seres “dialogáveis” e “dialogados”³⁹. Ora bem, o decisivo fundamento dos direitos do homem, o que o eleva em nosso universo existencial é a exigência de uma ordem axiológica que reconhece o valor que é o homem, o valor da “dignidade humana – que se torna para nós como que um *factum* da nossa experiência histórica, na vivência e repúdio das suas concretas violações. (...). Queremos dizer: só porque a nós próprios nos compreendemos nessa dignidade, postulamos o valor que ela justifica e lhe corresponde”(CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 142)⁴⁰. Ao cabo, os direitos humanos radicam na mútua compreensão do valor do homem como ser ético, fruto de um processo histórico-cultural reflexivo construído pelo homem. Com efeito, impen-de sublinhar que a qualidade, a condição de ser pessoa não tem sua efetividade assegurada espontaneamente, por sua própria iniciativa e graça. Sem embargo, é uma possibilidade humana a ser realizada no mar de nossa existência, impondo deveres, *v. g.*, a solidariedade e a responsabilidade⁴¹, e mediações autônomas que dirijam a vista à sua consecução e proteção.

Desse modo, sobressai a instância jurisdicional e o respectivo modelo de realização do direito adequados às exigências teó-

ricas e práticas necessárias à concretude dos direitos humanos. Em primeiro lugar, relevamos a importância da preservação da autonomia da instância jurisdicional, sobretudo no concernente à instância político-legislativa, competindo-lhe ser o elemento compensatório na afirmação da axiologia dos direitos do homem em relação a possíveis aspirações fracionadas da sociedade. Pois, diante da pluralidade e fragmentação verificadas na estrutura das sociedades contemporâneas, o legislador deixa de ser a genuína expressão da vontade geral para assumir a intencionalidade de uma parte que representa⁴². Por conseguinte, emerge nas sociedades contemporâneas a necessidade de se forjar um espaço próprio – a instância jurisdicional –, para firmar os valores básicos identificados pela comunidade humana – os direitos do homem –, como a fronteira, limite do poder.

Corolário da autonomia mencionada é a superação da figura do “juiz-árbitro”, ou seja, a transposição dos limites determinados pelo paradigma do juiz que, tal qual o árbitro de uma competição esportiva, prima por assegurar o respeito às regras do jogo (OST, 1983, p. 44)⁴³. Contudo, nossa concordância com o autor supracitado restringe-se a essa definição, porquanto não significa anuência com a imagem do “juiz-treinador” (OST, 1983, p. 47)⁴⁴. Pois implicaria a adoção de uma racionalidade finalista, pautada pelas finalidades sociais e políticas; uma racionalidade atenta aos efeitos sociais da decisão, cingida à teleologia política, que compara as conseqüências dos resultados possíveis oriundos da decisão proferida. Em síntese, uma racionalidade que cede aos apelos do modelo tecnocrático. De fato, um juiz “performático”, isto é, orientado pela eficiência, em que o direito é o instrumento para a obtenção de determinados fins socioeconômicos.

A proteção jurisdicional dos direitos humanos exige outra racionalidade, que não finalista, mas material, a ser determinada pela convicção no valor integral e irrestrito

dos próprios direitos do homem. Para tanto, o norte deve ser determinado por princípios, por uma carga axiológica, e não por padrões de utilidade. Como vimos, a salvaguarda dos direitos do homem efetiva-se em razão de um princípio ético-normativo, de valores fundamentantes de uma cultura existente em um determinado contexto histórico, e, portanto, transcendente à utilidade social. Demais disso, uma decisão que se preocupa em acolher as finalidades sociais, e por elas se orienta, *ipso facto*, não garante a justiça da decisão. Assim, se o ofício de realizar e proteger juridicamente os direitos humanos não é estremado por um pensamento lógico-dedutivo, tampouco o será por um modelo “segundo o qual os valores se substituem pelos fins e os fundamentos pelos efeitos e em que a legitimação axiológica (...) cede o seu lugar à legitimação pelos efeitos” (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 56).

A realização e a tutela jurisdicional dos direitos do homem relacionam-se com os fundamentos invocados, ultrapassando a condição de conhecer as normas preestabelecidas. Assim, falamos da mediação de um juízo autônomo em relação às finalidades e apartado do raciocínio lógico-demonstrativo, orientando-se pela justa decisão. Portanto, falamos de um juízo que afirme a ordem de validade exigida pelos direitos humanos, inserida na situação concreta que porventura tenha dado causa a uma controvérsia judicial. Outrossim, falamos de um juízo que não pretenda ser pétreo, dogmatizando sua decisão, mas consolidado “por uma fundamentação prático-argumentativa (dialogicamente aberta, mas racionalizada por regras que a salvam de se perder num processo sem fim) e não de uma teórica demonstração apodíctica” (BRONZE, 1994, p. 120). Decerto, a natureza do sistema jurídico que pensamos será aberta, não se compaginando com qualquer índole axiomático-dedutiva. Com efeito, os direitos humanos integram a dimensão que manifesta a constituenda intencionalidade axiológico-normativa do direito, compondo o foro afirmante da validade

de jurídica. No caso concreto, os direitos do homem são assegurados por uma participação dialógica das partes envolvidas, permeados pela sua constitutiva realização dialética, e levadas a efeito pela mediação de “um juízo no seu entendimento clássico, de prudencial e histórico-concreto *ius dicere*, oposto ao abstracto dedutivismo jusnaturalista ou à mera reafirmação analítico-subsumtiva de normas pressupostas” (CASTANHEIRA NEVES, 1983, p. 416).

Em uma consideração final, os direitos humanos apontam para a não-limitação do direito às normas, constituindo o elemento regulativo da validade da ordem jurídica. De outra parte, no caminho de sua concreta realização, como pólo fundamentante da constituenda normatividade jurídica, traduzem o elemento corretivo para o caso de alguma incoerência entre uma norma, supostamente aplicável a um caso, e a axiologia do sistema jurídico. Outrossim, no caso de uma franca oposição e incompatibilidade absoluta entre uma norma ou outro critério jurídico aplicável (v. g. a doutrina ou a analogia jurisprudencial) a algum caso concreto e os direitos humanos, prevalecerão estes em detrimento daqueles, pois situam-se em uma condição superior. Noutros termos, indicamos que os fundamentos normativos têm primazia em relação aos critérios normativos. Por certo, pode-se alegar que tal postura afetaria a segurança jurídica. Então, responderíamos que, em um contexto axiológico, a justiça da decisão postulada por um caso jurídico não poderá ceder lugar à segurança jurídica. Demais disso, o juízo jurídico ilumina-se por uma validade valorativa, e não por uma legitimidade política, conforme a lei. Ao fim e ao cabo, *secundum ius*, e não *secundum legem*.

5. A universalidade dos direitos humanos – três indagações básicas e a universalização da titularidade

Com efeito, não poderíamos encerrar este pequeno trabalho sem considerar, ainda que

com duas ou três palavras, a questão da universalidade dos direitos humanos, haja vista sua relevância. Assim, preliminarmente, esboçamos alguns sinais de exatidão de sentido e compreensão, em que, basicamente, a universalidade tanto pode dizer respeito a uma titularidade quanto a um âmbito de validade temporal e espacial⁴⁵. Ao falarmos nesta universalidade, reportamo-nos a três indagações: os direitos humanos são universalmente válidos a todos os seres humanos? São eles válidos em todos os lugares? E, por fim, são universalmente válidos em todas as épocas e momentos históricos? Ora bem, acreditamos já estar respondido este último ponto, na medida em que fizemos referência ao aspecto histórico dos direitos humanos. Apenas para efeito de remate, consideramos os direitos humanos como princípios axiológicos historicamente contextualizados, porém absolutos – considerando sempre a historicidade do ciclo vivido pelo homem. Com efeito, não são dogmáticas verdades passíveis de demonstração, tampouco princípios revelados por alguma força superior. Mas, sobretudo, princípios forjados pelos homens, fruto da reflexão e da vivência humana, que surgem na imanência da vida, tornando-se absolutos que superam o relativismo histórico-cultural.

De outra banda, destinamos agora algumas linhas – é verdade que poucas, diante da extensão do tema – à universal titularidade dos direitos humanos. Então, de plano, afastamos um modelo abstrato, porque as “pretensões morais que fundamentam cada direito têm um caráter histórico que aparece quando surge a necessidade ou quando o progresso técnico permite” (PECES-BARBA, 1999, p. 311). Exemplificativamente, o direito à educação e ao trabalho surgiram quando, no contexto social, emergiram tais postulações⁴⁶.

Sem embargo, advogamos que a universalidade dos direitos humanos repousa sobre a afirmação da dignidade da pessoa humana e dos demais valores decorrentes

dessa condição – portanto, válida em todos os lugares. A universalidade, que estende o manto dos direitos humanos sobre todos, manifesta-se sobre e a partir da condição ética do ser humano, de ser considerado como fim, evitando sua instrumentalização. Considera-se, outrossim, a condição essencial do homem como um ser sociocomunicante, de interlocução e membro de uma comunidade discursiva, em que, conforme já visto, essencial é o reconhecimento e a afirmação do Outro. Por certo, há as diferenças; todavia, superior a elas, está a condição ética de todo o ser humano.

A idéia dos direitos do homem nasce no Ocidente. Portanto, retratariam a mundividência própria dos ocidentais, estando coarcetados a essas circunstâncias. Nessa direção, postular sua universalidade refletiria uma postura etnocêntrica, de imposição cultural. Nada obstante essa situação, mister um registro: os direitos humanos não são conaturais, congênitos à cultura ocidental, isto é, não nasceram junto com o homem do ocidente, senão que refletem um largo período de lutas e conquistas, sendo, em realidade, uma aquisição cultural. Por essa via, consideramos sua origem apenas como um fato histórico ocorrido, em um primeiro momento, na Europa e na América. Com efeito, sua própria história pode ilustrar a relação dialética entre a cultura ocidental e a não ocidental, sem implicar um imperialismo cultural. Destarte, destacamos que “ter direitos permite nos pôr de pé como homens, olhar aos demais nos olhos e sentirmo-nos fundamentalmente iguais a qualquer um” (FEINBERG *apud* FERRAJOLI, 2001, p. 208). Por fim, o fato de ter uma nascente, uma origem identificada, não significa ter uma validade limitada. Reconhecer os direitos humanos como históricos não impossibilita sua universalidade. O que obsta a valores referentes a uma certa cultura ou sociedade tornarem-se universais? Valemo-nos da argumentação de Comte-Sponville segundo a qual se possuímos cada vez mais a mesma história e a mesma civilização, por

que não termos os mesmos ideais? “De um ponto de vista prático, é o universal que prevalece, ou deve prevalecer: é isso que está em jogo no combate pelos direitos humanos. (...). A humanidade não é o universo: como poderia prescindir de valores comuns?” (1999, p. 37). Então, os direitos humanos são relativos em sua nascente, porém universalizáveis na projeção de seu espaço de efetividade (COMTE-SPONVILLE, 1999, p. 37).

A estrutura da universalidade dos direitos humanos centra-se no valor ético do ser humano. Como o *ethos* de uma cultura humanista e secularizada. Desde esse aspecto, por certo, há a exigência de construir condições sociais e políticas capazes de concretizar a referida universalidade, envolvendo os espaços da liberdade humana com uma capa protetora, em face, sobretudo, do arbítrio estatal. Os direitos humanos consignam diretrizes axiológicas às entidades governamentais, assegurando a todos a condição de sujeitos de direitos. Noutra palavra, traduzem a intenção de racionalmente humanizar a história e a convivência humana no mundo, descortinando o fundamento unitário de nossa genuína diversidade existencial.

Não desconhecemos as imensas dificuldades a serem ultrapassadas no caminho do reconhecimento universal dos direitos humanos, especialmente considerando o mosaico multicultural da sociedade contemporânea. No entanto, percebemos alguns sinais indicadores de um possível sucesso dessa causa. Constata-se a construção de um centro axiológico universalmente aceito (CASSESE, 1993, p. 76), como o direito à vida, o direito a não ser torturado, o direito ao trabalho, à alimentação, à proteção sanitária, à liberdade de expressão e de associação. Demais disso, ressalte-se a convergência que situa, entre as sérias violações aos direitos humanos, o genocídio, o *apartheid*, a discriminação racial e o desconhecimento do direito de autodeterminação dos povos (CASSESE, 1993, p. 76).

6. Conclusão

1- Os direitos humanos objetivam o respeito à pessoa humana, protegendo-a de toda forma arbitrária. Sob o ponto de vista formal, expressam as regras mínimas a serem observadas para possibilitar uma vida humana digna.

2- Em um primeiro momento, os direitos humanos surgem como uma proteção em relação ao poder indiscriminado do Estado, restringindo seu poder. Todavia, a seguir, há a necessidade do fortalecimento da estrutura estatal, para que, efetivamente, possam ser garantidos e implementados. Nesse sentido, há um certo paradoxo, pois ao mesmo tempo em que se limita o Estado, impõe-se o seu fortalecimento.

3- Os direitos humanos surgiram sob a influência da classe burguesa; assim, a sua nomeada primeira geração é formada por direitos de cariz individualista, como o direito à propriedade. Posteriormente, os direitos humanos revestem-se de um conteúdo social, que formatará sua segunda geração. De fato, na primeira geração, encontramos o pleito por um Estado não-intervencionista, típico do Estado liberal de sua época, enquanto a segunda geração requer um Estado atuante, na busca do bem-estar social, nos moldes de um Estado-Providência. Contemporaneamente, pretende-se o nascimento de uma terceira geração dos direitos humanos, como o direito à paz e ao meio-ambiente, em que os titulares não são indivíduos, mas grupos humanos, como a família, o povo ou a nação. No entanto, a essa terceira geração faltariam características essenciais, como uma titularidade precisa, um objeto, uma oponibilidade e uma sanção. Sem embargo, ainda se apresenta demasiadamente ambígua e imprecisa, carecendo de uma consistência a lhe garantir o estatuto de direitos humanos.

4- Embora, por vezes, empregue-se a expressão direitos fundamentais como sinônimo de direitos humanos, consideramos que aqueles correspondem a direitos cri-

dos pelo legislador, compatíveis com as circunstâncias próprias de um determinado país, e objetivados na Constituição, enquanto estes ultrapassam tal situação. Com efeito, os direitos humanos são princípios ético-normativos transpositivos, constituindo elementos legitimadores e fundamentantes da ordem política e da constituenda normatividade jurídica.

5- Os tradicionais modelos de juridicidade – o jusnaturalismo e o positivismo jurídico – apresentam simplificações preocupantes para a compreensão e a proteção jurisdicional dos direitos humanos. Na seara jusnaturalista – e pensamos no moderno jusnaturalismo, haja vista sua contemporaneidade ao surgimento dos direitos humanos –, os direitos humanos afastam-se por completo de qualquer componente histórico. Ora bem, um rápido olhar sobre a evolução dos direitos humanos basta para comprovar a sua relação com os aspectos históricos. Exemplificativamente, trazemos à baila o direito à propriedade, que, se nasceu ilimitado, adequou-se às exigências histórico-sociais, sendo relativizado.

De outra banda, o modelo jusnaturalista apresenta um reducionismo metodológico, em razão de considerar o direito como uma matéria demonstrativa, originando, assim, decisões jurídicas centradas no raciocínio dedutivo. A bem dizer, tal orientação encontra-se em franco processo de superação. Ademais, os direitos humanos dizem respeito ao homem concreto; portanto, exigem um juízo reflexivo para sua realização.

6- O modelo juspositivista, por seu turno, reduz os direitos humanos às ordens escritas. Note-se que as ordens escritas traduzem o sentimento de uma vontade política, não oferecendo garantias efetivas para a sua consolidação. Como registramos, o direito positivo é *auctoritas* e não *veritas* e, tanto quanto reconhece os direitos do homem, pode desconhecê-los. Outrossim, a racionalidade que preside a atividade política é de natureza finalística, por conseqüência incongruente com a exigência dos direitos humanos.

7- Outra simplificação apresentada pela linha juspositivista diz respeito à irrelevância do fundamento teórico dos direitos humanos – simplificação da relevância do fundamento – em face da real necessidade de se atingir o caminho mais seguro para a garantia destes. Redargüimos, primeiramente, que a análise teórica não exclui a preocupação com sua concretude. De outra parte, observamos, em muitos lugares do planeta, ainda, o não-reconhecimento da razão de ser dos direitos humanos – o que por si já torna relevante o debate acerca de seus fundamentos.

8- Metodologicamente, o positivismo jurídico reduz os direitos humanos a um processo cognitivo, em que basta conhecer o direito posto, vez que será considerado direito humano aquele posto pelo legislador. A racionalidade jurídica corresponde a uma racionalidade formal, descurando-se do elemento substancial da decisão. Enfim, é uma técnica que aplica regras preestabelecidas. Conforme vimos anteriormente, os direitos humanos pleiteiam, para o seu resguardo e sua concretização, um juízo reflexivo, dialógico, consolidado por uma racionalidade material. Por conseguinte, distante do modelo metodológico propugnado pelo positivismo jurídico.

9- Os direitos humanos, com sua base axiológica própria, expressam uma opção para a fática condição humana de coexistência. Assim, apartam-se de uma possível natureza humana, integrando-se ao espaço do mundo cultural humanamente vivificado. Demais disso, não se circunscrevem apenas a princípios expressos nos textos legais, constituindo-se em princípios ético-normativos, transpositivos e densificados historicamente. Nessa direção, exsurge o valor conferido à dignidade da pessoa humana, impondo-se o reconhecimento recíproco que cada ser humano faz de seu semelhante. Noutros termos, o respeito à pessoa humana implica o reconhecimento de que cada ser humano é um sujeito perante os outros, constituído por sua essencial e indisponível eticidade.

10- As sociedades atuais caracterizam-se por uma complexa heterogenia, sendo fragmentadas em seus propósitos. O legislador, refletindo essa situação, assume as parciais intencionalidades dos grupos que representa. Corolário disso é a necessidade de se construir um espaço que consolide a axiologia comunitária, superior a qualquer opção político-social. Nesse sentido, sobressai a estrutura jurisdicional e sua respectiva autonomia como elementos essenciais à afirmação e realização dos direitos humanos.

11- A tutela jurisdicional dos direitos humanos mobiliza uma racionalidade calçada na própria certeza do valor dos direitos humanos. Portanto, deve ser apartada dos modelos de racionalidade finalística ou meramente formal, como os apresentados pelas paradigmáticas figuras do “juiz-treinador” e “juiz-árbitro”, propugnadas por François Ost. A opção pelos direitos humanos implica um comprometimento com a justiça da decisão jurisdicional e não com a adequação às finalidades sociais pretendidas. A permear o processo decisório, essencial a presença de um juízo de natureza prudencial, que se consolida por um fundamento argumentativo, não se limitando a um rol de normas predispostas.

12- A universalidade dos direitos humanos pode ser vista segundo três tópicos básicos: a sua titularidade, temporalidade e âmbito espacial. Noutros termos, se os direitos humanos são universalmente válidos a todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares. Sustentamos que a universalidade dos direitos humanos tem por sede a dignidade da pessoa humana; logo, válida a todos e em todos os lugares. Com relação à universalidade temporal, não podemos olvidar o caráter e a densificação histórica dos direitos humanos. Logo, considerá-los atemporais significa ir de encontro ao que a sua própria realidade prática e teórica indica.

13- A origem dos direitos humanos tem por endereço as linhas culturais do ociden-

te. Contudo, não são inatos a essa cultura, sendo o produto de diversas lutas e conquistas, e refletindo, pois, uma aquisição humano-cultural. A identificação de sua origem não obsta à universalidade de sua extensão, pois não há nenhum impeditivo nesse sentido. O simples fato de se ter um início identificável não impõe qualquer limite ou restrição no âmbito de abrangência de algum elemento cultural. Conforme registramos, se os direitos humanos são relativos em sua origem, são universalizáveis na projeção de seu horizonte prático. Decerto que submetidos a um intercultural processo dialógico de aceitação, excluindo um mero ato de imposição de padrões culturais.

Ao fim, sabemos que o pleito e a defesa dos direitos humanos em todos os recantos do nosso planeta podem ser considerados uma vã utopia. Nesse momento, lembraríamos Ernesto Sábato, a nos ensinar “que o homem cabe apenas na utopia. [E] só quem for capaz de encarnar a utopia estará qualificado para o combate decisivo, o de recuperar o quanto de humanidade houvermos perdido” (2000, p. 165).

Notas

¹ De modo exemplificativo, encontramos: “Proclamar (...) o direito a um meio ambiente pacífico, implicará um pacifismo radical? Um neutralismo? Um direito à guerra limitado à defesa? Em que condições estritas? (...). Além disso, no que respeita ao critério da oponibilidade, em relação a quem estes direitos podem ser invocados? (...) Finalmente, no que concerne à sanção, qual é a máquina judicial, qual a força pública, que conferirão efetividade a tais direitos?” (HAARCHER, 1993, p. 52). Ou ainda: “En ce qui concerne le droit au développement par exemple, on ne sait pas bien qui en est le titulaire (l’individu? Le peuple? L’Etat?), l’objet est flou, il est difficile de dire à quel le droit est opposable (l’Etat si le titulaire est l’individu ou le peuple? Les États riches si le titulaire est l’État pauvre? Etc.), et la sanction est quasi inexistant” (HAARCHER e FRYDMAN, 1998, p. 116).

² Por certo, ao longo da história, outras nomeações intentaram – e intentam – expressar o conceito de direitos humanos. Exemplificativamente, há a

expressão *Direitos Naturais* que, ajustada com a visão jusnaturalista, atualmente caminha para o desuso. Conforme Peces-Barba, "(...) el término derechos naturales tiene importancia en la historia de los derechos humanos pero su uso há perdido sentido en la actualidad" (1999, p. 26). Sem embargo, voltando os olhos à origem histórica dos direitos humanos, há de se reconhecer sua identificação com os tidos direitos naturais. Como exemplo dessa relação, citamos as declarações de direitos do século XVIII, como a Declaração de Virgínia. A esse respeito, ver Soder (1960, p. 88-). Entrementes, outro fato relevante afirma inequivocamente o que asseveramos: o princípio material fundamental da teoria jusnaturalista de Samuel Pufendorf, a idéia da liberdade e igualdade de todos os homens. Nesse sentido, recolhemos as palavras de Welzel: "Pufendorf é o primeiro que, antes de Kant, expressará com palavras tão impressionantes a idéia de dignidade do homem como ser eticamente livre, fazendo dela o suporte de todo seu sistema de Direito Natural e deduzindo também dela a noção dos direitos do homem e da liberdade que determinará o curso do século seguinte" (1957, p. 201). Sublinhamos, como o faz Welzel (1957, p. 202), que a noção de dignidade humana não surgiu originariamente com Pufendorf. O que lhe confere distinção é a primazia dessa noção como um conceito nuclear em sua concepção jusnaturalista. Diante da vinculação com a escola jusnaturalista, a expressão direitos naturais como terminologia abrangente dos direitos humanos carrega consigo uma noção abstrata, descomprometida com a prática social e com a historicidade, tão característica do fenômeno jurídico. Portanto, é imprópria para envolver na integralidade a problemática dos direitos humanos nos dias atuais. A título ilustrativo, citamos ainda outras expressões: *Direitos Públicos Subjetivos* e *Liberdades Públicas*. Esta na seara da doutrina francesa, aquela nascida no berço da escola de direito público alemã do século XIX. De origem anglo-saxônica, sobretudo utilizada por Ronald Dworkin, e em voga nos dias atuais, surge-nos a expressão *Direitos Morais*. Sobre as correntes terminológicas nesta nota citada, ver Peces-Barba (1999, p. 27-36 *passim*).

³ Falamos no direito tão-somente como uma alternativa à coexistência humana. E parece-nos difícil assim não considerar após a verificação e compreensão das opções outras que, além de identificáveis, são "tendências reais que vincam o nosso tempo: [contrapondo] à ordem de validade do direito (...) tanto a ordem de necessidade do poder como a ordem da possibilidade da ciência e ainda a ordem de finalidade da política" (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 300).

⁴ Com efeito, afirmamos que a concepção dos direitos humanos situa-se como um ideário pró-

prio da era moderna. Conforme assinalamos, não se nega a existência anterior das noções sustentadoras dos direitos humanos, mas sim que tais noções não convergiam para o conceito de direitos humanos. Então, diríamos que os direitos do homem são uma nova árvore florescida na era moderna, a nutrir-se de raízes e sementes lançadas desde épocas anteriores. Exemplificativamente, anotamos: "Entre lo nuevo están los derechos humanos, aunque también tienen una prehistoria medieval, donde apunta un elemento decisivo que es el de límite al poder político, a través de privilégios otorgados a gremios, a clases sociales o la burguesia de las ciudades (...)" (PECES-BARBA, 1999, p. 114). Igualmente, acerca das origens antigas e medievais dos direitos do homem, ver Soder (1960, p. 15-44).

⁵ Ilustramos a assertiva com a palavra poética de Antonio Machado: "Por mucho que un hombre valga, nunca tendrá valor más alto que el de ser hombre" (1997, p. 10).

⁶ Nesse sentido, lembramos o artigo de Benito de Castro Cid, intitulado "Derechos Humanos: ¿Retórica Política o Realidad Jurídica?". Com efeito, encontramos aí uma distinção dos referidos planos. No âmbito dos textos intra-estatais, os princípios programáticos apresentariam um predominate caráter retórico, valendo mais por sua intencionalidade filosófico-política que por sua intensidade jurídico-normativa. Em outra situação, o citado autor posiciona a legislação ordinária, caracterizando-a como autêntica norma jurídica, portanto, com um alto nível de normatividade jurídica. Por óbvio, a atividade jurisdicional está assentada no âmbito da realidade jurídica, e não no campo do discurso político. No plano dos textos supra-estatais, o autor salienta duas vias: as declarações e os pactos ou convênios, em que estes possuiriam uma intensa valência jurídica – sendo tidos como autênticas normas do Direito Internacional – enquanto aquelas expressariam uma natureza notadamente retórica (2000, p. 95-108 *passim*).

⁷ Desnecessário salientar que tal opção sob nenhum aspecto significa uma desconsideração acerca de outras vias afirmadoras dos direitos humanos, tanto em nível das organizações comunitárias, que integram diversos Estados soberanos, v. g. a União Européia, quanto em nível interno dos próprios Estados. Nessa direção, exemplificativamente, trazemos à lume as vias políticas e a expressa enunciação feita em Tratados (DUARTE, 1999, p. 29). Observamos que essas vias se inter-relacionam, sem, contudo, apresentarem necessariamente uma existência comum e dependente, haja vista serem autônomas.

⁸ Nessa pluralidade do jusnaturalismo, além da linha racionalista acima observada, recortamos outras duas grandes linhas: a cosmológica e a teológica. Ora bem, a linha cosmológica, presente mar-

cadamente no período pré-socrático, relaciona a idéia de natureza com um sistema cósmico, que encerra em si próprio sua lei. Como exemplo, trazemos o nome de Anaximandro de Mileto (610 a. C.-546 a. C.), que encaminha a idéia de justiça para o universo, considerado como uma *polis* em dimensão superior, sujeitando-a, assim, a uma ordem. Conseqüentemente, existiria uma norma universal. Em outro pensador da época, Heráclito (535 a. C.-470 a. C.), há, de igual modo, o liame entre a justiça e a ordem universal. A caracterizar a estrutura filosófica desse pensador está a compreensão de que tudo se encontra em perpétuo movimento, em um contínuo fluxo, sobressaindo uma idéia de oposição. Conforme Heráclito, “não é possível ingressar duas vezes no mesmo rio, nem tocar duas vezes uma substância mortal no mesmo estado” (*apud* PANIÁGUA, 1996, p. 16). Tudo há de fluir, dispor-se de outro modo, mas segundo uma ordem (FERRATER MORA, 1969, p. 362), uma lei universal que fornece aos homens as regras de ação. Dessa lei universal devem decorrer as leis dos homens. Na linha teológica, situada notadamente na Idade Média, sobrepõe a percepção segundo a qual as leis são derivativas de Deus. Por certo, destacam-se os nomes de Santo Agostinho (354-430) e de São Tomás de Aquino (1225-1274). Para Santo Agostinho, há uma lei eterna, oriunda de Deus e de sua vontade, definida como a razão divina, da qual decorre a ordem do mundo. Tal lei eterna reflete na consciência dos homens, devendo ser a base das leis positivadas. Demais disso, a lei eterna caracteriza-se por sua imutabilidade, bem como por sua universalidade. O postulado da justiça abriga-se na vontade divina, exprimindo-se “(...) num complexo de preceitos e imperativos, emanados de Deus, que o homem deve observar para merecer a salvação eterna” (CABRAL DE MONCADA, 1995, p. 62). Em São Tomás de Aquino, acentuamos a sua tripartite segmentação da lei, em que haveria a lei eterna, a natural e a humana. A lei eterna é definida como “o plano da divina sabedoria enquanto dirige todas as ações e movimento” (*apud* PANIÁGUA, 1996, p. 86), sendo, assim, o alicerce regulador e normativo da conduta humana. A lei natural, que deriva da *lex aeterna*, vem a ser “a participação da lei eterna na criatura racional” (*apud* PANIÁGUA, 1996, p. 87), manifestando-se por meio da natureza humana, por meio de suas tendências, ou pela razão natural, conhecendo o ser humano o que é bom e o que é mau (PANIÁGUA, 1996, p. 87). A lei humana, ou seja, a lei imposta pelas autoridades humanas, por seu turno, há de estar harmonizada com a lei natural e, obviamente, com a lei eterna. Uma lei que se afasta do direito natural não é, em última instância, uma verdadeira lei, senão que uma “corrupção de seu próprio sentido, uma *legis corruptio*” (WELZEL, 1957, p. 70). Contudo,

devem ser obedecidas a fim de se evitar a desordem, devendo ser desobedecidas aquelas leis que ferirem, de fato, a lei divina. Por ora, encerrando nossa sumária exposição jusnaturalista, anotamos, em conformidade com Radbruch, que, na Antigüidade, existia o contraste entre a natureza e as normas; no período medieval, o contraste era verificado entre um direito de origem divina e um direito elaborado pelo homem; e, na época moderna, conforme será visto no corpo do trabalho, o contraste centrava-se entre o direito oriundo da razão e o direito positivo (1997, p. 62).

⁹ Registramos que o critério adotado por nós é o mesmo utilizado por Peces-Barba (1999, p. 241).

¹⁰ Na Alemanha setecentista, a expressão emancipação significava que o homem possuía em si próprio o sentido de orientação do seu próprio conhecimento. Posteriormente, estende-se à humanidade, “destinatária de uma acção libertadora, pois não há maior crime do que manter os homens na condição de animais domésticos” (PEREIRA, 1990, p. 95).

¹¹ Por via de conseqüência, o homem alheou-se de Deus – ao menos daquele Deus, pai dos homens com morada no céu.

¹² Como sempre, ilustrativas são as palavras de Hazard: “A razão é como uma soberana que, tendo alcançado o poder, toma a resolução de ignorar as províncias onde sabe que nunca poderá reinar totalmente (...)” (1989, p. 35).

¹³ Lembramos aqui Sófocles e o drama de sua Antígona, que, ao afrontar Creonte, afirma: “Não foi Zeus que ditou esse decreto; (...). E não creio que os teus decretos tenham tanto poder que permitam a alguém saltar por cima das leis, não escritas, mas imutáveis, dos deuses; a sua vigência não é nem de hoje nem de ontem, mas de sempre, e ninguém sabe como e quando apareceram” (SÓFOCLES, 1974, p. 24).

¹⁴ Vem-nos à memória a hipótese de Hugo Grócio, em que o direito natural seria válido embora sem a existência de Deus.

¹⁵ A esse propósito, recordamos Welzel: “Em lugar dos teólogos, aparecem agora filósofos politizantes e juristas filosofantes” (1957, p. 136).

¹⁶ Oportuno mencionarmos que o individualismo “acabou por ser expressão político-social da liberdade moderno-iluminista” (CASTANHEIRA NEVES, 1976, p. 05).

¹⁷ Nessa direção, ver também Peces-Barba (1999, p. 42).

¹⁸ Exemplificativamente, o direito à propriedade, que, declarado absoluto nos fins do século XVIII, sofreu fortes limitações nas declarações contemporâneas (BOBBIO, 1992, p. 18).

¹⁹ Pontualmente, sublinhamos que Kant empresta ao estado de natureza uma razão de ser nova, porque a visão kantiana não remonta à origem histó-

rica dos Estados politicamente organizados, senão que “designa (...) una categoría destinada a hacer comprensible un proceso abstracto” (GONZÁLEZ VICEN *apud* KANT, 1997, p. 113).

²⁰ Nesse sentido, e tão-só de modo exemplificativo, trazemos à lume o nome de Christian Wolff (1679-1754) e seu racionalismo apriorístico. Para Wolff, o homem persegue sua perfeição, alcançável pela adequação de suas ações à sua própria natureza. Desse pressuposto, se deduz a lei fundamental da natureza, imutável, universal e da qual todas as demais são derivadas conforme um processo lógico, segundo o qual o homem está obrigado a realizar as ações tendentes à perfeição humana e, por conseguinte, a não realizar aquelas inclinadas à sua imperfeição. Ao fim, com Wolff, alcança-se “(...) al momento cumbre de la exageración del elemento racional en el orden jurídico, sin prestar la más mínima atención a lo que el derecho es como producto cultural y histórico” (RODRIGUEZ MOLINERO, 1973, p. 65).

²¹ Em Lafer, encontramos: “A idéia de sistema constitui um aspecto fundamental da contribuição do Direito Natural à jurisprudência européia, que deixou de limitar-se à exegese e à interpretação prudencial de textos singulares e passou a ter características de uma estrutura lógico-demonstrativa” (1999, p. 39).

²² Cabral de Moncada nos fala em “matematização da ciência jurídica” (1995, p. 183). Ainda alusivo ao sistema do direito natural, registramos: “Séduits par les premiers succès des sciences physiques et éblouis par la perfection des raisonnements logiques et mathématiques, les hommes (...) poursuivent activement le projet de construire une science naturelle du droit, qui atteindrait à un degré de certitude égal, et peut-être même supérieur, à celui des mathématiques” (HAARCHER e FRYDMANN, 1998, p. 41)

²³ Assim, “la raison juridique déserte le terrain rhétorique du probable pour le terrain jugé plus ferme de la certitude, identifié au domaine logique et mathématique” (HAARCHER e FRYDMAN, 1998, p. 44), pois vale lembrar que, com Descartes, as coisas situadas no âmbito do provável eram consideradas falsas.

²⁴ Servimo-nos da expressão “projeto de direito” no sentido de que talvez pudesse vir a ser direito, uma vez que assumimos o magistério do Professor Castanheira Neves, segundo o qual “o direito não é (não é direito) sem um particular modo de existência (...). O direito só pode reconhecer-se, como tal, enquanto se impõe como vinculante determinação da ação, i. é, quando nessa sua vinculação manifesta uma específica dimensão prática e constitutiva de uma certa prática (...). Só a determinação e vinculação práticas transformam a juridicidade em direito” (1983, p. 531-532).

²⁵ A corroborar nossas afirmações: “Quando, sem embargo, [o direito natural] depois de uma espera milenária, começou a imperar sobre a realidade, depositou com ele mesmo o germe de sua própria decadência. Desde o princípio, o Direito natural vivera da tensão entre idéia e realidade, e, por isso, ao converter-se em realidade, cegou a fonte da qual, até então, extraíra sua força” (WELZEL, 1957, p. 207). Para concluirmos com Welzel, temos: “Depois de haver saído à luta com a pretensão de criar um Direito válido para todos os povos e todos os tempos, terminara por converter-se em um código austríaco, prussiano, francês” (1957, p. 207). Na mesma linha, registramos: “De fato, a codificação terminou por constituir-se em ponte involuntária entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico” (LAFER, 1999, p. 39).

²⁶ Releva observar que, ao falarmos em normas fazemo-lo em um sentido amplo, como prescrições jurídicas, onde são sinônimas as expressões leis e regras.

²⁷ Não preconizamos um imobilismo, uma estagnação das instâncias políticas, econômicas ou tecnológicas. Com efeito, advogamos que os direitos humanos não sejam subjugados a elas, sendo, sim, a medida a ser observada nessas áreas. Então, que qualquer avanço político, econômico ou tecnológico seja estremado pelo rigoroso respeito aos direitos humanos.

²⁸ Ver Peces-Barba (1999, p. 53). Oportuno referir que o mencionado autor nomina o reducionismo, a simplificação que ora aludimos de “reducionismo prático ou impróprio”, conforme obra e local citados.

²⁹ Sem embargo, convencido da validade universal dos direitos humanos, o autor Amartya Sen preconiza que a receptividade política e social dos direitos humanos depende “de forma considerável de sua capacidade de resultar convincente” (*apud* FERRAJOLI, 2001, p. 206).

³⁰ Nesse sentido, destacamos a análise de Luca Baccelli (2001, p. 204).

³¹ Convém salientarmos que falamos especificamente em um tipo de jusnaturalismo, a saber, o jusracionalismo.

³² Registramos: para o positivismo jurídico, o elemento constante do direito, que lhe conferirá validade, é encontrado em sua dimensão formal, posto ser alheia às alternâncias substanciais apresentadas pelas legislações. A essa respeito, ver Gonzáles Vicen (1961, p. 50).

³³ A semelhança referida estende-se a toda a compreensão do direito feita pelo jusnaturalismo e o juspositivismo.

³⁴ Conforme registramos em outro momento, ao falarmos em racionalidade, “referimo-nos aos posicionamentos sustentados por pressupostos mobilizados pelo pensamento e que teleologicamen-

te buscam uma validade objetiva” (MELGARÉ, 2000, p. 298).

³⁵ Sem embargo, não preconizamos o total desprezo aos Tratados, Leis e Convenções. Mas os consideramos como critérios normativos a também orientarem a realização do direito.

³⁶ Com Hannah Arendt, diríamos: “o fato que não um homem, senão muitos homens vivem sobre a terra” (1998, p. X).

³⁷ Acerca do princípio da igualdade, ver, sobretudo, Castanheira Neves (1983, p. 118-).

³⁸ Precisamente, convém registarmos aqui o que já observamos noutra lugar: esse elemento relacional é que distingue pessoa de indivíduo, pois, enquanto a pessoa só existe entre outras pessoas, constituindo-se pelos outros, o indivíduo substancialmente também existe isoladamente (MELGARÉ, 2000, p. 309).

³⁹ Ou, como disse Charbonneau, “um ser comunicável e comunicado” (1965, p. 97).

⁴⁰ Demais disso, “dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira” (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 215).

⁴¹ Aqui, não fazemos menção a uma responsabilidade individual, mas a uma responsabilidade que considere o homem como um ser contínuo, e, portanto, responsável também perante os concretos e reais seres humanos de amanhã, que podem ser sacrificados diante de atitudes e comportamentos nossos de hoje.

⁴² Decerto que não eliminamos a universalidade ou a generalidade do ato legislativo, apenas consideramos sua intensa carga política, que atende, inclusive, a exigências postas pelo próprio Estado Social. Sem embargo, unicamente realçamos a evolução do sentido da legislação, ocorrida entre o período moderno-iluminista e os dias de hoje.

⁴³ Em conformidade com o autor, que, inspirado pelo mundo dos esportes, classifica a função do juiz. O modelo do “juiz-árbitro” molda-se às sociedades liberais, em que as regras de conduta são numerosas e precisas, e a idéia de progresso, assim como a busca das performances, situa-se no âmbito individual, fazendo com que cada ator social – ou jogador, segundo OST – tente “ganhar a partida”. A dinâmica social transcorre dentro de um quadro com as regras traçadas, cabendo, então, ao juiz unicamente garanti-las (*op. cit.*).

⁴⁴ O “juiz-treinador” – “juge-entraineur” – seria o substituto do “juiz-árbitro”, adequando-se aos padrões da sociedade pós-industrial, em que as relações sociais são coletivas, e o jogo social essencialmente performático. O “juiz-treinador” renuncia ao papel passivo do “juiz-árbitro”, concorrendo, com suas decisões e resoluções, a alcançar a

vitória coletiva, sendo responsável pela promoção dos interesses e objetivos socioeconômicos (OST, 1983, p. 45-47 *passim*).

⁴⁵ Registramos que a expressão universalidade relaciona-se a outros aspectos e significados, conforme se pode ver, entre outros, em Peces-Barba (1999, p. 299-).

⁴⁶ Oportuno lembrar o seguinte exemplo: “No hay pretensión moral que conduce a libertad de prensa hasta que ésta se consolida en la Europa de los siglos XVII e XIX, ni secreto de las comunicaciones, que sustituye a la inviolabilidad de la correspondencia, hasta que aparece el telégrafo, el teléfono o el correo electrónico (...)” (PECES-BARBA, 1999, p. 311).

Bibliografia

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7. reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRONZE, Fernando José. *A metodonologia entre a semelhança e a diferença*: reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico. Coimbra: Coimbra, 1994.

CABRAL DE MONCADA, Luis. *Filosofia do direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra, 1995.

CASSESE, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Tradução de Atilio Pentimalli Melacriño e Blanca Ribera de Madariaga. Barcelona: Ariel, 1993.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra 1995. v. 1.

_____. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: Coimbra, 1976.

_____. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983.

_____. *Metodologia Jurídica*: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993.

CHARBONNEAU, Paul-Eugène. *Cristianismo: sociedade e revolução*. São Paulo: Herder, 1965.

CID, Benito de Castro. *Derechos humanos: ¿retórica política o realidad jurídica?* *Persona y Derecho*, n. 42, p. 95-108, 2000.

COMTE-SPONVILLE, André; FERRY, Luc. *A sabedoria dos modernos*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DUARTE, Maria Luísa. *A União Europeia e os direitos fundamentais: métodos de protecção*. *Portu-*

- gal-Brasil ano 2000 (tema Direito), Coimbra, p. 27-49, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Organização de Antonio de Cabo e Gerardo Pisarell. Madri: Trotta, 2001.
- FERRATER MORA, José. *Diccionario de filosofia*. 5. ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1969. v. 1
- GONZÁLES VICEN, Felipe. Sobre los origenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporaneo. *Anuario de Filosofia del Derecho*. Madri: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1961. t. 8.
- HAARSCHER, Guy. *A filosofia dos direitos do homem*. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.
- HAARSCHER, Guy ; FRYDMAN, Benoit. *Philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1987. v. 1.
- HAZARD, Paul. *O pensamento europeu no século XVIII*. Tradução de Carlos Grifo Babo. 3. ed. Lisboa: Presença, 1989.
- KANT, Immanuel. *Introducción a la teoría del derecho*. Tradução de Felipe Gonzáles Vicen. Madri: Marcial Pons, 1997.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. 3. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- LOPES, Teresa Rita. *Pessoa por conhecer*. Lisboa: Estampa, 1990. v. 1.
- LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madri: Tecnos, 1998.
- LYOTARD, Jean-François. Los derechos de los otros. *De los derechos Humanos: las conferencias Oxford Amnesty* de 1993. Tradução de Hernando Valencia Villa. Madri: Trotta, 1998.
- MACHADO, Antonio. *Poesías completas*. 24. ed. Madri: Espasa, 1997.
- MELGARÉ, Plínio Saraiva. A ética como dimensão constitutiva do direito. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Rio Grande do Sul, n. 80, p.291-314. dez. 2000.
- MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais: Introdução Geral*. Lisboa: 1999.
- OST, François. *Fonction de juger et pouvoir Judiciaire: transformations et déplacements*. Bruxelas: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1983.
- PANIÁGUA, José María Rodríguez. *Historia del pensamiento juridico*. 8. ed. Madri: Universidad Complutense, 1996. v. 1.
- PEREIRA, Miguel Baptista. *Modernidade e tempo: para uma leitura do discurso moderno*. Coimbra: Livraria Moderna, 1990.
- PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores*. Madri: Tecnos, 1984.
- _____. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madri: Boletín Oficial del Estado, 1999.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Luis Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997.
- RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RODRIGUEZ MOLINERO, Marcelino. *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1973.
- SÁBATO, Ernesto. *Antes do fim: memórias*. Tradução de Sérgio Molina. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SODER, José. *Direitos do homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.
- WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*. Tradução de Felipe González Vicen. Madri: Aguilar, 1957.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução António M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

As mudanças constitucionais no Brasil e na Alemanha em virtude da adaptação ao direito da integração

Bruno Galindo

Sumário

1. Considerações preliminares. 2. Por que Brasil e Alemanha. 3. A inevitável comparação Mercosul/União Européia. 3.1. Mercosul: teleologicamente mercado comum. 3.2. União Européia: organização política *sui generis*. 4. A idéia de mudanças constitucionais. 5. As mudanças constitucionais na Alemanha em adaptação ao direito da União Européia: a 38ª Lei de Modificação da Lei Fundamental. 6. As mudanças constitucionais no Brasil em adaptação ao direito do Mercosul: dificuldades existentes.

1. Considerações preliminares

O presente escrito é fruto de inúmeras reflexões desenvolvidas nos debates e nos estudos acerca das perspectivas de trabalho pensadas a partir do direito comparado e de suas bases teóricas.

Contemporaneamente é indubitável a presença cada vez maior de estudos, debates e reflexões que têm em vista as dimensões comparativas do direito, posto que, cada vez mais, aumenta a necessidade de análises de direito comparado. O fenômeno denominado globalização tem resultado em uma amplitude nunca antes vista de intercâmbio entre os povos do planeta, tendo em vista sobretudo a expansão da tecnologia e das comunicações, que propiciam uma facilidade muito grande desse contato entre nacionais de diferentes localidades. Com o intercâmbio intensificado, surgem proble-

Bruno Galindo é Professor da Faculdade Integrada do Recife e da Universidade Salgado de Oliveira, ex-Professor da Faculdade de Direito do Recife/Universidade Federal de Pernambuco e da Faculdade de Direito de Caruaru, Mestre e Doutorando em Direito Público na Universidade Federal de Pernambuco e Advogado.

mas de ordem jurídica que extrapolam os limites do direito estritamente nacional, sendo necessário para o jurista o conhecimento do direito de outros países que não o seu próprio.

Os problemas que surgem também com a análise do próprio direito nacional não podem prescindir dos estudos comparativos, pois estes auxiliam o jurista a obter um melhor conhecimento do direito proveniente do Estado e a aperfeiçoá-lo (DAVID, 1998, p. 5). A própria influência das experiências de direitos estrangeiros é cada vez mais constante. A compreensão dos institutos jurídicos, existentes há muito e insurgentes, depende diretamente do estudo de direito comparado, não sendo frutíferas as reflexões jurídicas dissociadas de comparações entre direitos de distintos Estados e, atualmente, inclusive comparações entre direitos transestatais diversos¹.

Por tais razões, empreendemos tal estudo, evidentemente sem a menor pretensão de esgotar o assunto ao qual nos propomos pura e simplesmente expor e debater algumas idéias.

O estudo busca analisar as mudanças ocorridas no direito constitucional do Brasil e no direito constitucional da Alemanha, tendo em vista as adaptações ao insurgente direito da integração, em processo relativamente avançado na Europa e ainda incipiente no nosso continente. As comparações necessariamente têm em vista não somente o direito constitucional de ambos os países, mas também o direito da integração de ambos os continentes. É o que nos propomos fazer, ainda que de forma abreviada.

2. Por que Brasil e Alemanha

Antes de adentrar na problemática proposta, torna-se necessário um esclarecimento acerca de a escolha ter recaído na comparação das mudanças constitucionais ocorridas no Brasil e na Alemanha.

Em relação ao Brasil, temos motivações variadas para empreender tal estudo, sobre-

tudo pelo mesmo dirigir-se inicialmente a brasileiros, embora todos os que compreendem o idioma português possam entendê-lo. A problemática do direito constitucional no Brasil tem sido o cerne de nossas preocupações e os estudos de direito comparado aos quais ora nos propomos poderão auxiliar no esclarecimento das novas realidades jurídicas que estão surgindo e rompendo com os paradigmas jurídicos clássicos da modernidade.

O Brasil é o país em que vivemos e a sua realidade é a que lidamos no nosso cotidiano. Os problemas jurídicos surgidos e insurgentes do relacionamento do Brasil com os seus parceiros do Mercosul no nível do direito constitucional e da integração influenciam cada vez mais a vida dos cidadãos que vivem sob a bandeira desses Estados da América do Sul. Não há mais como ignorar a realidade jurídica proveniente da integração entre os Estados, apesar do fato de que o processo de integração no Mercosul é ainda bastante incipiente e recente, sem falarmos na atual crise econômica que seus principais membros (Argentina e Brasil) enfrentam, seriamente comprometedor da êxito do Mercado Comum do Sul.

O Tratado de Assunção e os diversos Protocolos posteriores obrigam os Estados integrantes do Mercosul a tomarem providências internas a fim de adaptar os seus ordenamentos jurídicos à legislação do mercado comum. No Brasil, os maiores problemas dizem respeito ao direito constitucional, que, embora a Constituição ressalte a integração dos povos latino-americanos como um dos objetivos da República brasileira (art. 4º, parágrafo único), do ponto de vista da funcionalidade das normas de integração, ainda possui entraves de ordem constitucional decorrentes da perspectiva clássica de soberania nacional presente na maioria dos artigos da Carta brasileira referentes à funcionalidade das normas transnacionais (SILVA, 2000, p. 32-).

Quanto à opção pela Alemanha para estabelecermos comparações com o nosso

direito, nossa escolha recaiu por relevantes motivos de ordem teórica e prática.

Do ponto de vista teórico, há razões de sobra para estabelecermos comparações entre Brasil e Alemanha. Ambos os países estão vinculados a uma mesma família jurídica, a denominada família romano-germânica, sendo denominados de sistemas jurídicos do *Civil Law*². Com base na influência do direito romano, sobretudo nas compilações justinianas, a família romano-germânica desenvolveu-se por quase todo o continente europeu e fincou as bases dos seus sistemas jurídicos nacionais. Embora a maioria dos países europeus seja repleta de excelentes doutrinadores jurídicos, a Alemanha foi o país que mais desenvolveu teoricamente as concepções romanísticas, tendo muitos autores pioneiros nos diversos ramos jurídicos, sobretudo no direito civil e, a partir de *Weimar*, também no direito constitucional³. As semelhanças teóricas entre os modelos jurídicos brasileiro e alemão é significativa, tanto pela raiz romano-germânica, quanto pela influência dos grandes pensadores germânicos nas reflexões presentes no nosso modo de pensar as instituições jurídicas.

Em relação aos aludidos motivos de ordem prática, podemos assinalar o estudo desenvolvido, desde a nossa dissertação de Mestrado, acerca da doutrina jurídica alemã, pelos motivos já expostos acima. Tal estudo fez com que buscássemos pesquisar a teoria e a prática jurídica na Alemanha, sobretudo no campo constitucional, tarefa por demais árdua, tendo em vista a ainda insuficiente quantidade de traduções de obras da doutrina alemã, o que nos leva a proceder à leitura, na maioria das vezes, dos próprios originais em alemão, tarefa igualmente árdua pelo fato de estarmos ainda em processo de aprendizado do referido idioma, cuja complexidade é notoriamente admitida até mesmo pelos próprios alemães. Mas as dificuldades tornam o estudo ainda mais desafiador e instigante, motivos pelos quais assumimos os riscos das imperfeições que certamente aqui estão presentes.

3. A inevitável comparação *Mercosul/União Européia*

Ao pretendermos analisar as mudanças ocorridas no direito constitucional do Brasil e da Alemanha, tendo em vista o direito da integração, não podemos fazê-lo sem antes explicarmos e compararmos as realidades deste insurgente ramo do direito (da integração) ao qual estão submetidos ambos os países. É aí que as diferenças ficam mais acentuadas, já que os dois países, embora da mesma família jurídica, estão submetidos a ordens integracionistas diversas, de distinta natureza e propósitos. Daí a prévia necessidade de traçarmos comparações entre os dois modelos de direito da integração presentes em cada um dos continentes, um mais voltado a ser efetivamente um mercado comum, enquanto o outro se encontra tendencioso a tornar-se uma organização política diferenciada e dificilmente enquadrável nos padrões tradicionais de classificação das organizações políticas. Essas comparações são pertinentes, pois, sem uma compreensão ao menos genérica do que é cada uma dessas organizações supranacionais, não podemos refletir sobre adaptações de ambos os direitos constitucionais a elas.

Inicialmente é necessário estabelecermos algumas distinções conceituais. A primeira delas a ser feita é aquela entre as expressões direito da integração, direito comunitário e direito da cooperação.

Segundo Horácio Wanderley Rodrigues, a expressão Direito da Integração pode ser entendida como a referência a todo o direito que rege as experiências integracionistas, englobando, como suas espécies, o direito comunitário e o direito da cooperação (RODRIGUES, 2000, p. 48-50).

O direito comunitário, sendo espécie de direito da integração, regula as relações derivadas do processo de integração mediante de normas comunitárias de caráter supranacional, determinando competências e estipulando direitos e obrigações. Há a superioridade hierárquica em relação ao direito

interno dos Estados, a recepção automática pelos ordenamentos jurídicos nacionais (não havendo processos de aprovação interna) e a auto-aplicabilidade dos seus preceitos, não sendo direito internacional público, mas um novo ramo jurídico que inclusive modifica vários padrões do direito internacional público clássico (RODRIGUES, 2000, p. 48. Cf. também ACCIOLLY, 1997, p. 37-38).

O direito da cooperação, por sua vez, não tem as características de superioridade hierárquica e auto-aplicabilidade de suas normas em relação ao direito interno dos Estados. É presente nas relações derivadas da integração, mas ainda pertencentes ao campo do Direito Internacional Público, sendo, não um direito superior hierarquicamente e auto-aplicável, mas apenas um direito uniforme entre os Estados integrados (RODRIGUES, 2000, p. 48-49).

No presente trabalho, optamos por utilizar a terminologia direito da integração, quando nos referimos aos direitos comunitário e da cooperação, tendo em vista que ambos são etapas sucessivas de um processo de integração, sendo o direito comunitário uma etapa mais avançada desse processo. O direito comunitário existente na Europa iniciou como um direito da cooperação, deixando de sê-lo gradativamente, como será visto adiante. O direito da integração sul-americano, por sua vez, encontra-se ainda na fase da cooperação, mas se o processo efetivamente for aprofundado, poderá vir a tornar-se direito comunitário. Apesar da distinção terminológica necessária a um trabalho que busque um mínimo de rigor científico, a nossa preferência ficou por analisarmos ambas as realidades a partir de paradigmas jurídicos comuns (os paradigmas do direito comunitário, etapa mais avançada do processo integrativo), demonstrando o maior ou menor avanço das organizações supranacionais e dos Estados que as compõem no referido processo.

Cabe também esclarecer prévia e conceitualmente as fases de integração economi-

ca, expressas nos tipos de organizações supranacionais. De acordo com Salomoni, estas, cumulativamente, classificam-se em:

a) zona de livre comércio – implica a supressão e eliminação dos direitos aduaneiros entre os países membros e de outras restrições ao comércio de produtos originários de seus territórios;

b) união aduaneira – um grau a mais em relação à zona de livre comércio, implica estabelecer uma tarifa aduaneira comum, sobretudo na adoção de tratamento comercial equivalente no que diz respeito a bens provenientes de países terceiros;

c) mercado comum – implica uma liberalização, entre os países membros, de todos os fatores produtivos, agregando-se à liberdade de circulação de mercadorias as liberdades de circulação de pessoas, serviços e capitais;

d) união econômica – constitui um mercado comum ao qual adiciona-se a coordenação das políticas econômicas dos países membros e um sistema de controle multilateral;

e) união monetária – implica a existência de um emissor único de moeda, no caso, a Comunidade;

f) união política – constitui o último degrau do processo de integração e implica a adoção de uma constituição da união, na qual se consolida a identidade e uma política comuns e se estabelece um sistema de poder e de direitos para os membros da dita união, dentro de um sistema democrático e federal⁴.

Em relação à última característica apontada por Salomoni, o federalismo, parecemos ainda ser demasiado cedo para afirmarmos que as organizações supranacionais regidas pelo direito da integração tornar-se-ão federações ou mesmo organizações efetivamente democráticas⁵. Quanto às demais características, parecem-nos adequadas as definições expostas pelo professor argentino.

A partir desses esclarecimentos conceituais preliminares, passemos a uma breve análise das linhas gerais de ambos os direi-

tos da integração, principiando pelo direito do Mercosul.

3.1. Mercosul: teleologicamente mercado comum

O Mercosul (Mercado Comum do Sul) pretende ser, a partir do que é afirmado no art. 1º do Tratado de Assunção, um mercado comum. Assinado em 26 de março de 1991 e estabelecendo a constituição do mercado comum em 31 de dezembro de 1994, o Tratado aludido (art. 1º) estabelece que o Mercosul implica: a) a livre circulação de bens e serviços e fatores produtivos entre os países, por meio, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários, restrições não tarifárias à circulação de mercado e de qualquer outra medida de efeito equivalente; b) o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; c) a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados partes – de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem –, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência; e d) o compromisso dos Estados partes de harmonizarem suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

Como se percebe, sobretudo se analisarmos as classificações expostas por Jorge Luis Salomoni e Horácio Wanderley Rodrigues, o art. 1º do Tratado de Assunção estabelece as intenções dos quatro Estados partes (República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai) de formarem um mercado comum, construindo para a regulamentação do mesmo um direito da cooperação. Portanto, não se afigura entre as finalidades do Mercosul a constituição de um

novo ente político supranacional, consolidando uma identidade e política comuns, além de um sistema de poder e um catálogo de direitos fundamentais para os cidadãos dos Estados partes. Seus objetivos são bem mais modestos, não pretendendo ultrapassar o mercado comum como etapa de integração⁶.

Apesar de somente em 1991 ter sido celebrado o Tratado institutivo do Mercosul, a idéia integracionista na América Latina não é recente. Em verdade, poderíamos mesmo dizer que a idéia esteve presente já nos tempos de Bolívar e dos Congressos Panamericanistas do século XIX. Porém, enquanto efetiva tentativa institucional de estabelecer a integração, podemos referir o ano de 1941, quando Brasil e Argentina assinaram um acordo de livre comércio para a constituição de uma união aduaneira. Tal acordo não chegou a produzir quaisquer efeitos práticos, haja vista o clima político da Segunda Guerra e as posições divergentes dos dois países na questão do ataque japonês a Pearl Harbor (DRUMOND, 1997, p. 15).

Mas a idéia não morrera. Nas décadas de quarenta e cinquenta, estudos realizados pela CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina) difundiram a idéia de que a promoção da integração econômica da região iria alavancar o seu crescimento e acelerar a sua industrialização. Tudo isso resultou na criação da ALALC (Associação Latino-Americana de Livre Comércio) em 1960, com a celebração do Tratado de Montevideu (DRUMOND, 1997, p. 15).

A ALALC surgiu como um foro destinado a traçar um regulamento de liberdade de comércio continental, abrangendo onze países, incluindo o México. Mas mesmo sendo uma forma de integração bastante limitada, não chegou a efetivamente funcionar. As razões para tal são variadas. Autores como Gomes e Rota Chiarelli assinalam como dificuldades os choques entre os países membros, surgidos ao se aprofundarem certos aspectos da competência. Jaime Lipovetzky, por sua vez, assevera que a difi-

culdade maior da ALALC era, na verdade, a falta de capacidade financeira dos países membros, que

“confiavam em obtê-la dos norte-americanos, através do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), sem considerar que a política deste último país, expressada por meio da denominada ‘Aliança para o Progresso’ do Presidente Kennedy, promoveu seus objetivos específicos através de relações bilaterais, de maneira que o governo norte-americano ‘pudesse estabelecer vínculos e obrigações com o país destinatário da ajuda recebida’, segundo eles mesmos reconhecem” (1994, p. 46-47).

Em 1980, a ALALC foi substituída pela ALADI (Associação Latino-Americana de Integração). Esta última associação integracionista, apesar do fracasso da primeira, buscava objetivos mais ousados. Não simplesmente instituir uma zona de livre comércio, mas, colhendo experiências dos Mercados Comuns Europeu e Centro-Americano, assim como do Pacto Andino, buscar o “estabelecimento gradual e progressivo de um mercado comum latino-americano”. Pelas mesmas razões que ocasionaram o fracasso da ALALC, também a ALADI não produziu os resultados almejados⁷.

Em 1985, os presidentes do Brasil e da Argentina assinam a Declaração de Iguazu e decidem iniciar um processo de integração bilateral. Seguiu-se a instituição do PICE (Programa de Integração e Cooperação Econômica) em 1986 e a assinatura do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento em 1988. Em julho de 1990, os dois países firmaram a Ata de Buenos Aires, que estabeleceu a data de 31 de dezembro de 1994 para a instituição definitiva de um mercado comum entre Brasil e Argentina. Em setembro de 1990, Uruguai e Paraguai buscaram agregar-se ao processo de integração então em curso, participando o Presidente uruguaio como observador nas reuniões de negociação entre brasileiros e argentinos.

Em 1991, uruguaios e paraguaios juntam-se a brasileiros e argentinos e celebram entre si o Tratado de Assunção, instituindo o Mercosul (DRUMOND, 1997, p. 15-16).

O Tratado de Assunção iniciou o período de transição em que os Estados partes buscaram criar condições para a implementação do Mercosul no prazo definido no seu art. 1º. Entre os principais preceitos do referido Tratado com tal objetivo, podemos destacar os seguintes: a) art. 4º – estabelece objetivos de equitatividade nas relações comerciais entre os Estados partes e países terceiros, aplicando os primeiros as suas legislações nacionais para inibirem importações com preços subsidiados e coordenando suas respectivas políticas nacionais para estabelecerem normas comuns sobre concorrência comercial; b) art. 7º – estabelece uma isonomia de tratamento tributário em relação aos produtos dos Estados partes; c) art. 9º – cria órgãos de administração e execução do Tratado e de acordos e decisões no âmbito da legislação do Mercosul: o Conselho do Mercado Comum e o Grupo Mercado Comum; d) art. 17 – institui os idiomas português e espanhol como idiomas oficiais do Mercosul; e) art. 20 – estabelece a possibilidade de adesão dos demais países membros da ALADI mediante negociações; f) art. 24 – cria a Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul com o objetivo de facilitar a implementação do mesmo.

Em 17 de dezembro de 1991, os Estados partes instituem o Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias. Os Estados partes do Mercosul, diferentemente da União Européia, não criaram um tribunal jurisdicional supranacional, optando por um sistema combinado de negociações diretas (arts. 2º/3º), intervenção do Grupo Mercado Comum (arts. 4º a 6º) e procedimento arbitral (arts. 7º e seguintes). Este último é detalhadamente descrito no referido Protocolo, sendo estabelecida neste a forma de designação dos membros do Tribunal Arbitral, a qualificação profissional dos árbitros, as represálias dos Estados partes ao não cum-

primento dos laudos arbitrais e a forma das reclamações de particulares (pessoas físicas ou jurídicas).

Precisamente três anos depois (17 de dezembro de 1994) é assinado o Protocolo de Ouro Preto, completando o primeiro ciclo do processo de integração e dando fim ao denominado período de transição. O Protocolo de Ouro Preto estabelece, de forma definitiva, a estrutura institucional do Mercosul. Tal institucionalização, entretanto, não significou efetivamente a implantação de um mercado comum, como se pode perceber da leitura do preâmbulo do referido Protocolo quando afirma estarem os Estados partes “conscientes da importância dos avanços alcançados e da implementação da união aduaneira como etapa para a construção do Mercado Comum”. Segundo Horácio Wanderley Rodrigues,

“com o Protocolo de Ouro Preto, o que ocorre efetivamente, é que o MERCOSUL se institucionaliza e ingressa na sua segunda etapa, a definitiva, que inicia pela implementação progressiva de uma união aduaneira. A constituição do mercado comum, dentro dessa etapa, dar-se-á apenas após a efetiva concretização da união aduaneira” (2000, p. 44).

O Protocolo de Ouro Preto manteve o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão Parlamentar Conjunta, que já estavam presentes no Tratado de Assunção. Criou três novos órgãos: a Comissão de Comércio do Mercosul, o Foro Consultivo Econômico-Social e a Secretaria Administrativa do Mercosul, estabelecendo assim uma estrutura institucional básica para o Mercosul, sem, no entanto, vedar a criação de órgãos auxiliares que sejam necessários à consecução dos objetivos do processo de integração, como se observa no parágrafo único do art. 1º.

O Conselho do Mercado Comum é o órgão superior do Mercosul e a ele incumbem a condução política do processo de integração e a tomada de decisões para assegurar o

cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção, sendo integrado pelos ministros das relações exteriores e da economia (ou equivalentes) dos Estados partes (art. 3º/4º).

O Grupo Mercado Comum é o órgão executivo do Mercosul, tendo representantes designados pelos respectivos governos oriundos dos ministérios das relações exteriores, da economia (ou equivalentes) e dos bancos centrais (art. 11).

A Comissão de Comércio do Mercosul é um órgão encarregado de assistir o Grupo Mercado Comum, competindo-lhe velar pela aplicação dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados partes para o funcionamento da união aduaneira, bem como acompanhar e revisar os temas e matérias relacionadas com as políticas comerciais comuns, com o Comércio Intra-Mercosul e com terceiros países (art. 16).

A Comissão Parlamentar Conjunta é o órgão representativo dos parlamentos dos Estados partes no âmbito do Mercosul, sendo integrada por igual número de parlamentares representantes dos Estados referidos (arts. 22/23).

O Foro Consultivo Econômico-Social é o órgão de representação dos setores econômicos e sociais, sendo integrado por igual número de representantes dos Estados partes. Tem função consultiva e manifesta-se mediante recomendações ao Grupo Mercado Comum (arts. 28/29).

A Secretaria Administrativa do Mercosul é um órgão de apoio operacional, sendo responsável pela prestação de serviços aos demais órgãos do Mercosul e tendo sede permanente na cidade de Montevidéu/Uruguaí (art. 31).

Apesar de os objetivos integracionistas do Mercosul serem modestos em comparação com os da União Européia, e de a estrutura institucional estabelecida a partir do Protocolo de Ouro Preto parecer suficiente para se atingir o almejado mercado comum, tal ainda não aconteceu. Doutrinadores diversos avaliam o atual estágio do Mercosul

ora como um projeto de mercado comum, (RODRIGUES, 2000, p. 45), ora como uma união aduaneira imperfeita (SALOMONI, 1999, p. 139). As duas denominações demonstram a existência de certas dificuldades no avanço do processo de integração rumo ao mercado comum.

As dificuldades aumentaram, sobretudo a partir do início de 1999, com a desvalorização cambial da moeda brasileira, o real. A crise cambial brasileira terminou por gerar grandes dificuldades no relacionamento entre os dois maiores Estados partes do Mercosul (Brasil e Argentina), ocasionando reações dos industriais argentinos ao denominado “efeito Brasil”, defendendo junto ao Ministro da Economia a adoção de políticas protecionistas em relação a alguns produtos brasileiros, o que, obviamente, não foi bem recebido pelo governo brasileiro (LIMA, 2000, p. 161-165).

Mas não somente os argentinos defenderam medidas unilaterais. Sob o pretexto de combate à inflação, o governo brasileiro também ameaçou reduzir as alíquotas de importação de determinados produtos para pressionar o empresariado nacional, medida que fere os acordos em torno da tarifa externa comum e não pode ser, em princípio, tomada de forma unilateral (LIMA, 2000, p. 169).

As dificuldades não são somente essas, mas, por não serem o objeto do nosso trabalho, não as discutiremos exaustivamente, remetendo o leitor interessado na discussão ao artigo citado do Prof. Marcos Costa Lima. Aqui cabe apenas assinalarmos a existência da crise e das dificuldades de se levar adiante o processo de integração do Mercosul, embora não se percebam alternativas competitivas consistentes fora dele para os Estados partes que o compõem.

3.2. União Européia: organização política sui generis

A União Européia, pela sua importância e pela força político-econômica e cultu-

ral que comporta, tem sido a organização política regional mais discutida no âmbito acadêmico sem que se possa ter um consenso mínimo sobre o que precisamente vem a ser essa instituição continental européia. A indefinição sobre a identidade política da União e a conseqüente dificuldade de enquadramento nos paradigmas classificatórios clássicos levou a uma tal angústia dos observadores internos do fenômeno que alguns como o ex-Presidente da Comissão Européia, Jacques Delors, a qualificou como “Objeto Político Não Identificado” (MEDEIROS, 2000, p. 133) e, na mesma esteira irônica, o Prof. Thierry Renoux, da Universidade francesa de Aix-Marseille, classificou o “ser híbrido e juridicamente monstruoso” que é a União Européia, como um tipo de “OJNI – Objeto Jurídico Não Identificado” (1999, p. 263).

As angústias transmitidas por políticos e estudiosos que tão bem conhecem este “OPNI” ou “OJNI” não são gratuitas. De fato, a União Européia apresenta-se como um bloco regional que não segue nenhum dos paradigmas internacionalistas ou constitucionais clássicos, construídos a partir de um esforço doutrinário considerável ao longo de mais de três séculos. Por um lado, ela não se enquadra nas organizações internacionais de âmbito regional, pois, embora seja “o resultado de uma comunhão de interesses, de contigüidade geográfica e de cultura semelhante”, não segue os parâmetros clássicos do respeito quase absoluto à soberania dos Estados, havendo mesmo uma delegação de parte dessa soberania estatal à União (Cf. MELLO, 1997, p. 669). Por outro, é impensável, pelo menos atualmente, e a curto prazo, imaginá-la como Estado, mesmo que uma federação, ainda que se assemelhe com esta em alguns aspectos, como veremos mais adiante.

Antes de tudo, torna-se necessário situar historicamente a União Européia, assim como fizemos com o Mercosul. A denominação União Européia, atualmente utilizada, surgiu apenas em 1993, com o Tratado

de Maastricht. Nesse Tratado, os Estados membros das então “Comunidades Europeias” resolveram aprofundar o processo de integração, almejando chegar a constituir uma união política nos moldes da classificação esboçada por Salomoni.

Entretanto, o processo integracionista europeu não é recente, pois iniciou na década de 50. Os países europeus em reconstrução do início dos anos 50 perceberam que as históricas animosidades recíprocas só haviam trazido guerras e destruição ao continente e a então recente Segunda Guerra Mundial devastara a Europa como nunca antes visto. As superpotências nucleares, Estados Unidos da América e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, foram os únicos países fortalecidos no pós-guerra. Diante dos dois gigantes, nenhum Estado europeu, isoladamente, poderia fazer frente ou competir política e economicamente com eles. Somente um processo de união dos inimigos de véspera poderia trazer progresso econômico e social para a Europa.

Da necessidade de sobrevivência nasce a idéia de integração europeia. Em 18 de abril de 1951, Alemanha, França, Itália, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo fundam a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA). Apesar da aparente restrição ao carvão e ao aço, desde o princípio, a meta da comunidade era mais ambiciosa. O Tratado postulou que os seis Estados estavam decididos, “mediante a constituição de uma comunidade econômica, a pôr a primeira pedra de uma comunidade mais ampla e profunda entre os povos que durante muito tempo estiveram divididos por sangrentos conflitos”. A comunidade iniciou suas atividades no ano seguinte.

Os mesmos seis Estados celebram em 25 de março de 1957 o Tratado de Roma. Este cria a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia de Energia Atômica (EURATOM), que iniciam suas atividades em 1958. A partir dessas novas comunidades, a política comum se estende a outros campos da economia como a agri-

cultura e o comércio exterior. Os Estados membros resolvem formar um mercado comum nos doze anos seguintes e criam a primeira instituição parlamentar comunitária: a Assembléia Parlamentar, futuro Parlamento Europeu.

Em julho de 1967, os órgãos da CECA, CEE e EURATOM se fundem e passam a constituir as Comunidades Europeias (CE). Em 1968, a CE implementa a união aduaneira, não aplicando tarifas a importações e exportações intracomunitárias e introduzindo tarifas comuns em relação a países terceiros. Em 1972, constituem a Associação Monetária Europeia, primeiro passo para a União Monetária.

No início de 1973, as Comunidades Europeias se fortalecem a partir da adesão de três Estados europeus: Dinamarca, Reino Unido e Irlanda. A adesão desses e o interesse despertado em outros países europeus em aderirem também à CE demonstram o avanço do processo de integração e que o mesmo trouxera mais benefícios que prejuízos aos Estados membros.

No final dos anos 70, entrou em vigor o Sistema Monetário Europeu e as eleições diretas para o Parlamento da CE foram realizadas pela primeira vez, sinalizando que a Europa buscava efetivar o princípio democrático dentro das comunidades.

Na década de 80, houve a adesão de mais três Estados europeus: Grécia em 1981 e Portugal e Espanha em 1986. Em 1987, entrou em vigor a Ata Única Europeia, modificando amplamente os Tratados fundacionais das comunidades e assegurando a implementação definitiva de um mercado único em 1993.

Os anos 90 constituíram a década mais significativa em termos de avanço do processo europeu de integração. Em 1990, inicia a primeira etapa da união econômica e monetária, liberando a circulação de capitais e aproximando as políticas econômicas e monetárias dos Estados membros. No início de 1993, é implementado o mercado único, tornando-se a CE um espaço econômico

em que se garante a livre circulação de pessoas, produtos, serviços e capitais (as “quatro liberdades” básicas de um mercado comum).

A mais significativa mudança, no entanto, foi a entrada em vigor, em 1º de novembro de 1993, do Tratado da União Européia, mais conhecido como Tratado de Maastricht. Esse tratado não somente modificou a nomenclatura de Comunidades Européias para União Européia, como estabeleceu a ampla cooperação em outros campos políticos, como os de política exterior, segurança comum, saúde pública, defesa do consumidor, justiça, entre outros.

Em 1994, constituem o Instituto Monetário Europeu, em *Frankfurt am Main*, com a tarefa de preparar o Banco Central Europeu.

Em 1995, a União Européia passa a ter o formato geográfico atual, com a adesão de mais três países: Finlândia, Suécia e Áustria.

O ano de 1999 é um ano decisivo para a União Européia. Inicia a terceira etapa da união econômica e monetária com a introdução do euro, inicialmente como índice e indexador com vistas a transformar-se em moeda única da União. Por acordos entre os Estados membros, ficaram excluídos dessa etapa Dinamarca, Grécia, Reino Unido e Suécia. Em 1º de maio, entra em vigor o Tratado de Amsterdã, celebrado em 1997, que prevê a reforma das instituições da União e uma cooperação mais estreita no campo da justiça, assim como no fortalecimento da política exterior e segurança comum. Os poderes do Parlamento Europeu são ampliados.

Atualmente há negociações para a entrada de outros países europeus na União, notadamente os países do antigo bloco socialista do leste europeu. Desde 1998, Hungria, Polônia, Estônia, República Tcheca, Eslovênia e Chipre negociam. No ano 2000, pleitearam ingresso na União: Bulgária, Letônia, Lituânia, Malta, Romênia e Eslováquia.

A União Européia apresenta-se com uma estrutura institucional semelhante à de um Estado. Além de ter regulamentado as relações políticas e econômicas intracomunitá-

rias de modo amplo, como geralmente fazem os Estados nas suas constituições, ela criou órgãos específicos para gerência das políticas comunitárias: o Parlamento Europeu, o Conselho, a Comissão e o Tribunal de Justiça, este último como órgão de função jurisdicional na interpretação e aplicação do direito comunitário.

O Parlamento Europeu, como já afirmamos, é eleito diretamente pela população dos Estados membros da União, sendo previamente fixado o número de parlamentares de cada Estado, tendo atualmente a Alemanha a maior representação, com 99 cadeiras, seguida de França, Itália e Reino Unido, com 87 cada. A menor representação é a de Luxemburgo (6 parlamentares). O mandato parlamentar é de 5 anos e eles decidem sempre por maioria absoluta, salvo quando o Tratado expressamente dispõe de forma diversa (arts. 190 e 198 – Tratado da União Européia Consolidado – TUE).

O Conselho Europeu é uma espécie de poder executivo intergovernamental, coordenando as políticas econômicas gerais dos Estados membros e dispondo de poder de decisão, ao passo que a Comissão Européia tem funções consultivas e executivas, funcionando como um importantíssimo auxiliar do Conselho (TUE, arts. 202ss.), sobretudo nas questões de negociação.

O Tribunal de Justiça é o órgão jurisdicional da comunidade, o que também se afigura como um grande diferencial na União. Não é uma simples câmara de arbitragem ou corte internacional de justiça, mas um tribunal supranacional com funções próprias de interpretação e aplicação da legislação comunitária. A partir de 1989, foi criado também um Tribunal de 1ª Instância.

Jurisprudencialmente, o Tribunal de Justiça foi responsável pela estruturação do direito comunitário europeu com todas as suas características, já que o Tratado não fora específico. Entre essas características construídas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União, podemos destacar a aplicabilidade direta da legislação comu-

nitária, o efeito direto das decisões dos tribunais acerca do direito comunitário e a hierarquia entre direito comunitário e direito nacional, com a prevalência do primeiro (CAIELLA, 1999, p. 58-60).

A aplicabilidade direta do direito comunitário consiste na incorporação automática de suas normas no ordenamento jurídico interno de cada Estado membro. O direito comunitário se afigura como direito de caráter efetivamente obrigatório e oposto a reservas de caráter interno, como se dá nos tratados. As normas comunitárias geram direitos e obrigações para os cidadãos dos Estados membros de forma direta e imediata, devendo ser aplicadas pelos poderes dos referidos Estados sem alegação de razões de ordem constitucional para se absterem de cumpri-las⁸.

O efeito direto das decisões dos tribunais comunitários decorre de a aplicabilidade do direito comunitário ser direta, não necessitando de homologação da sentença do tribunal comunitário pelos tribunais dos Estados membros, restando aos órgãos do Estado apenas a execução da decisão judicial, podendo, inclusive, ser sancionado se não o fizer, como assevera o art. 228 do TUE:

“1. Se o Tribunal de Justiça declarar verificado que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força do presente Tratado, esse Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal de Justiça. 2. Se a Comissão considerar que o Estado-Membro em causa não tomou as referidas medidas, e após ter dado a esse Estado a possibilidade de apresentar as suas observações, formulará um parecer fundamentado especificando os pontos em que o Estado-Membro não executou o acórdão do Tribunal de Justiça. Se o referido Estado-Membro não tomar as medidas necessárias para a execução do acórdão do Tribunal de Justiça dentro do prazo fixado pela Comissão, esta pode submeter o

caso ao Tribunal de Justiça. Ao fazê-lo, indicará o montante da quantia fixa ou progressiva correspondente à sanção pecuniária, a pagar pelo Estado-Membro, que considerar adequada às circunstâncias”.

A hierarquia entre direito comunitário e direito nacional é bem exposta por Pierre Pescatore, ex-membro do Tribunal de Luxemburgo, citado por Pascual Caiella:

“*La formación y estructuración de la Comunidad ha lleva a una doble jerarquización del Derecho: primero, en el interior de la Comunidad, dado que los Tratados constitutivos son derivado de las relaciones de los órganos comunitarios; segundo la primacía incondicional del Derecho Comunitario respecto a las normas de Derecho Constitucional nacional de cada uno de los miembros de la Comunidad y a las leyes nacionales posteriores*” (1999, p. 58).

Todos os aspectos levantados fazem com que retornemos à indagação inicial de como caracterizar doutrinariamente a União Europeia. Lucas Pires levanta quatro hipóteses de classificação: a) confederação (com características específicas); b) Estado federal (incompleto); c) organização internacional (de tipo supranacional); d) via original (1998, p. 82).

A primeira hipótese de classificação parece-nos de imediato afastamento. A confederação é, segundo Celso Albuquerque Mello, “um agrupamento de Estados com a finalidade de assegurar a sua defesa comum”. Seu órgão central é uma conferência de agentes diplomáticos que decidem de acordo com as instruções que recebem e as deliberações necessitam de ratificação dos Estados membros. A União Europeia nem se restringe à defesa comum, nem suas deliberações necessitam de ratificação dos Estados, como vimos.

A União Europeia tem algumas semelhanças com a federação, mas nos parece que também não se enquadra nos paradigmas federalistas. No Estado federal, há dis-

tição entre Estados membros e o Estado central, sendo somente este último considerado soberano, possuindo os primeiros apenas uma autonomia relativamente ampla⁹. Na União Européia, há uma partilha de soberanias nacionais, em que os Estados delegaram parte de suas soberanias (sobretudo nos campos jurídico, monetário e econômico (cf. MANN, 2000, p. 317-319), mas boa parte das decisões políticas permanecem na esfera do Estado nacional.

O primado das normas de direito comunitário sobre as de direito interno dos Estados membros e o seu efeito direto ocasionam dificuldades de enquadramento nos padrões de uma organização internacional ou supranacional de cunho regional. No direito internacional clássico, o efeito direto é a exceção, sendo, em geral, necessária a ratificação dos Estados em relação à legislação internacional, ainda que oriunda de organizações como ONU e OEA. No direito comunitário, o efeito direto é a regra, como vimos (cf. RENOUX, 1999, p. 280-).

A classificação mais apropriada, no nosso entender, é a que afirma ser a União Européia uma via original ou organização política *sui generis*, como sugerimos no título deste ponto do trabalho. No entanto, tal proposta, segundo Lucas Pires, “limita-se a abrir uma nova chave de hipóteses: Estado econômico, federalismo cooperativo, Estado regulador, condomínio, consórcio, Estado misto, Estado pós-moderno, Associação de Estados, Federação de Estados, etc.” Afirma ainda que “o próprio facto de as Comunidades e a União Européia constituírem um todo pouco coeso entre si e de a respectiva evolução se processar por etapas e estar ainda longe da sua fase conclusiva faz redundar toda a classificação num esforço relativamente provisório” (1998, p. 82). Vale ressaltar que Pires escreveu tais linhas em 1997, pouco antes de seu falecimento prematuro, mas que, quase na sua integralidade, elas permanecem atuais e precisas sobre o que vem acontecendo com a União Européia.

No estágio atual do processo de integração europeu, podemos afirmar que a União Européia adquire a feição de uma união monetária e política imperfeita, na classificação exposta por Salomoni. Imperfeita porque o euro ainda não é moeda corrente única emitida pela União¹¹ e ainda não se estabeleceu uma espécie de constituição da Europa, apesar de alguns autores se expressarem nesses termos quando se referem ao direito comunitário europeu (PIRES, 1997, p. 101-).

4. A idéia de mudanças constitucionais

A discussão sobre reformas e mudanças na constituição é algo exaustivamente feito pelos doutrinadores constitucionalistas do Brasil; não desprovidos de razão, já que, com as sucessivas e freqüentes reformas constitucionais efetuadas pelo Congresso Nacional enquanto poder de reforma, torna-se inevitável a investigação sobre os limites desse poder (já que o mesmo é subordinado à própria Constituição nas suas linhas mestras e princípios fundamentais) e se as reformas efetuadas têm de fato respeitado os mesmos.

Não cabe a esta altura estarmos discutindo se a mutabilidade constitucional deve ou não existir, pois é uma discussão do início do constitucionalismo revolucionário francês e não tem mais razão de ser, já que os constitucionalistas consagraram a mutabilidade constitucional na doutrina e o debate contemporâneo passou a ser sobre os limites às reformas constitucionais, variando os autores em opiniões que vão de uma excessiva rigidez nos limites até as que defendem uma quase total flexibilidade ou mesmo inexistência de limites (Cf. GALINDO, 2000, p. 53-81).

No entanto, não é objeto do nosso trabalho discutir tal problemática, mas apenas estabelecer algumas idéias básicas do que estaremos tratando ao falarmos em mudanças ou mutabilidade constitucionais. Preferimos essas denominações ao invés de re-

formas ou emendas por razões de precisão terminológica, algo que os autores por vezes negligenciam.

Em nível etimológico, o vocábulo mudança tem o significado de substituição ou transferência, sendo mutabilidade a qualidade do que é mutável, do que apresenta instabilidade. Os vocábulos reforma, emenda e revisão, por sua vez, embora apresentando sinonímia etimológica, não são sinônimos no sentido constitucional atual no Brasil (DANTAS, 1994, p. 117). Segundo Pinto Ferreira, “a reforma é a categoria genérica que assume duas modalidades: a) a revisão; b) a emenda. A revisão é uma alteração mais profunda e mais extensa da Constituição e a emenda é uma modificação mais restrita, sem a extensibilidade da primeira” (1994, p. 243). Parece-nos bastante adequada a definição dada pelo Catedrático da Faculdade de Direito do Recife.

No entanto, a nossa opção pela idéia de mutabilidade constitucional, de mudanças constitucionais de modo genérico, foi feita para que possamos debater não somente as mudanças constitucionais textuais, efetuadas a partir das emendas e revisão da constituição; porém, as mudanças constitucionais podem não ser somente textuais, mas também hermenêuticas e sociais. Procuremos esclarecer a nossa idéia.

Obviamente, não temos a menor pretensão de esgotamento do tema, mas apenas de instigarmos o debate em torno do mesmo. A mutabilidade constitucional, no nosso entendimento, consiste em qualquer processo formal ou material de modificação da constituição de um país. Pode ser dividida em três tipos: a) social; b) hermenêutica; c) político-jurídica.

A mutabilidade constitucional social não implica mudança do texto da constituição, mas a permanência deste e mudança na sua efetividade no seio da sociedade. Embora não haja modificação textual e formal, as mudanças sociais em relação ao seu âmbito de incidência (ou área da norma, como diz Müller (1975, p. 38) acontecem. É

o que podemos perceber em relação ao art. 5º, I, da nossa Constituição, que estabelece a igualdade entre homens e mulheres. Embora não tenha sido modificado textualmente, de 5 de outubro de 1988 (data de sua entrada em vigor) até o presente momento, houve grandes mudanças sociais favoráveis à emancipação da mulher, apesar de tal igualdade ainda não ser plenamente realizada¹².

A mutabilidade constitucional hermenêutica também não implica mudança do texto da constituição, mas modificação por meio da interpretação judicial. O texto constitucional pode ter alguns prováveis sentidos lógico-gramaticais, mas aspectos hermenêuticos diversos, como os aspectos sociais e finalísticos da norma constitucional podem levar a uma modificação interpretativa pelos magistrados para fins de aplicação do preceito. Podemos referir como exemplo o caso dos juros anuais de doze por cento (art. 192, § 3º), cuja interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal se apresenta dissociada de seus prováveis sentidos lógico-gramaticais¹³.

Por fim, a mutabilidade constitucional político-jurídica, a mais freqüente, implica a modificação formal pelo poder de reforma do próprio texto da lei maior. É a mudança textual da qual os reformadores brasileiros tanto se utilizam; conseqüentemente, temos inúmeros exemplos desse tipo de mudança por meio das emendas e da revisão realizadas ao longo da vigência da Constituição de 1988.

Neste trabalho, analisamos, sobretudo, as mutabilidades político-jurídica e hermenêutica, por se tratar de um trabalho jurídico. Quanto à mutabilidade social, esta é estudada pelo sociólogo do direito constitucional.

5. As mudanças constitucionais na Alemanha em adaptação ao direito da União Européia: a 38ª Lei de Modificação da Lei Fundamental

Desde o Tratado de Paris e a criação da Comunidade Européia do Carvão e do Aço,

em 1951, a República Federal da Alemanha é um dos Estados mais engajados no processo integracionista europeu. A então Alemanha Ocidental, ainda em reconstrução da devastação sofrida com a Segunda Guerra, percebera que a sua própria sobrevivência estava ligada ao desenvolvimento da Europa. As guerras européias, incluindo as duas grandes guerras mundiais, só haviam trazido prejuízo para os europeus, e nenhum Estado europeu lucrara com tais conflitos armados. Somente unida, a Europa poderia tornar-se econômica e politicamente forte¹⁴.

Tendo sido partícipe direto da União Européia desde o início e tendo uma posição econômica e estratégica importante dentro do continente, a Alemanha volta a ser uma das grandes potências econômicas da Europa e do mundo. Em grande parte, o próprio sucesso (ou fracasso) da União depende do sucesso (ou fracasso) da Alemanha. A liderança alemã é considerada tão importante no processo de integração a ponto de o ex-Primeiro Ministro da Espanha Felipe González ter declarado que “se a Alemanha fracassar, todos fracassaremos com ela” (MANN, 2000, p. 324).

Compreende-se a liderança alemã não somente por razões econômicas, mas também por razões históricas, culturais, geográficas e pela postura assumida diante da construção da União Européia. Como vimos, a República Federal da Alemanha esteve desde o início participando diretamente do processo integracionista europeu, sendo um dos principais responsáveis pelo seu aprofundamento. Geograficamente a Alemanha ocupa uma posição extremamente estratégica, pois fica localizada exatamente no centro da Europa. Do ponto de vista histórico-cultural, a Alemanha, além de possuir uma das mais ricas culturas do ocidente, foi palco dos principais acontecimentos mundiais do século XX, como as duas grandes guerras e a construção e queda do famoso Muro de Berlin, cujo simbolismo é bastante significativo da tensão da “Guerra Fria” entre capitalismo e comunismo. Por todas essas

razões, a liderança alemã tornou-se quase natural.

Até a década de 80, não houve grandes modificações da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, pois os Estados nacionais permaneciam com os mesmos modelos clássicos de soberania, visto que as Comunidades Européias permaneciam como uma união aduaneira. Mas com o Tratado de Maastricht, assinado em 7 de fevereiro de 1992 e em vigor a partir de 1993, houve um aprofundamento da integração européia e exigiu-se uma maior abdicção das soberanias nacionais em função do processo integracionista.

As exigências do Tratado de Maastricht levaram os membros do Parlamento Federal e do Conselho Federal, integrantes constitucionais do poder de reforma da Lei Fundamental da Alemanha, a promulgarem em 21 de dezembro de 1992 a 38ª Lei de Modificação da Lei Fundamental (*Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes*), que adicionou novos textos aos arts. 23, 24 (1a), 28 (1), 45, 52 (3a) e 88 e alterou os textos dos arts. 50 e 115-E (2). Essas modificações constitucionais dizem respeito à adaptação da Constituição alemã ao direito comunitário emanado da União Européia pós-Maastricht.

O art. 23 é o mais importante deles, pois, em seu novo texto, trata especificamente da União Européia. O seu texto anterior foi suprimido por completo, pois dizia respeito às possibilidades de aplicação territorial da Lei Fundamental no sentido de conduzir a Alemanha dividida à reunificação, o que ocorreu em 1990, esgotando as possibilidades de aplicabilidade do artigo (ROGÉRIO, 1996, p. 152-153). Em seu lugar, veio o texto que trata da realização da União Européia na Alemanha unificada. Eis o teor do novo art. 23:

“(1) A fim de realizar uma Europa Unida, a República Federal da Alemanha colabora no desenvolvimento da União Européia, que está vinculada a princípios democráticos, de Estado de direito, sociais e federativos, bem como ao princípio da subsidiariedade e à garantia de proteção de direitos

fundamentais substancialmente comparável a esta Lei Fundamental. Para esse efeito, a Federação pode transferir direitos de soberania, por meio de lei e com a concordância do Conselho Federal. Aplicam-se os n^{os} 2 e 3 do art. 79 no que diz respeito à instituição da União Européia assim como a alterações dos seus fundamentos contratuais e regulações comparáveis, através das quais se altere ou complemente o conteúdo desta Lei Fundamental, ou sejam autorizadas essas alterações ou complementações.

(2) Nos assuntos da União Européia participam o Parlamento Federal e, por meio do Conselho Federal, os *Länder*¹⁵. O Governo Federal deve informar o Parlamento Federal e o Conselho Federal pormenorizadamente e com a máxima antecedência possível.

(3) O Governo Federal dá ao Parlamento Federal a oportunidade da tomada de posição antes da sua participação em atos legislativos da União Européia. Nas negociações, o Governo Federal leva em consideração as posições do Parlamento Federal. A regulamentação será feita por lei¹⁶.

Como se pode perceber, o novo art. 23, no seu n^o 1, trata das possibilidades de transferências de direitos de soberania para a União Européia. Em verdade, apesar do termo utilizado pelo poder reformador alemão ser *übertragen*, cujo equivalente no idioma português é “transferir”, parece-nos que a idéia fundamental é a da possibilidade de delegação e não de transferência de poderes ou direitos de soberania (*Hoheitsrechte*). Explique-se: na transferência de poderes ou direitos de soberania, há uma alienação desses da parte de quem até então era – e deixa de ser – seu titular, enquanto na delegação, a titularidade dos poderes delegados conserva-se no órgão titular ou delegante (Cf. DANTAS, 2000, p. 20).

O Prof. Michael Schweitzer, da Universidade de Passau, esclarece essa questão no

direito constitucional alemão. Observe-se o que afirma no terceiro volume do seu “Direito Público” (*Staatsrecht*), dedicado especialmente à temática:

“O conceito de “transferência” não deve ser interpretado literalmente. Em especial, entende-se que o processo de transferência não é comparável a uma transmissão de propriedade ou a uma cessão. Percebe-se muito mais na regra uma renúncia do exercício dos direitos de soberania transmitidos em favor da nova instituição interestatal estabelecida pela República Federal. Esta tolera – enquanto é parte no Tratado – o exercício do poder soberano pela instituição interestatal”¹⁷.

A titularidade dos direitos de soberania, inclusive com confirmação por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, pertence à República Federal da Alemanha, embora o direito comunitário prevaleça, em princípio, em relação ao direito nacional.

A prevalência da legislação comunitária é a regra geral, ao contrário do que uma avaliação apressada do fenômeno pudesse sugerir. Como assevera o Prof. Konrad Hesse,

“a validade direta do direito comunitário e sua primazia sobre o direito nacional são pressuposto da capacidade funcional da comunidade; esta não pode ser feita dependente da concordância de seu direito com as possivelmente diferentes normatizações do direito nacional dos Estados membros. Por isso, direito comunitário não pode ser abolido ou modificado por direito nacional. No caso de uma colisão, ele prevalece fundamentalmente ao direito nacional. Para o direito constitucional alemão, isso não vale, naturalmente, sem restrição”¹⁸.

Portanto, os princípios do efeito direto, da aplicabilidade direta e da primazia do direito comunitário permanecem válidos no direito constitucional alemão, só que com algumas limitações.

O próprio texto do art. 23, nº 1, assevera a necessidade de vinculação aos princípios democráticos, do Estado de direito, sociais e federativos, da subsidiariedade e à garantia de proteção dos direitos fundamentais. E para a finalidade de construção de uma Europa Unida com respeito aos princípios aludidos é que a Federação autoriza a delegação (ou transferência) de direitos de soberania, mediante lei aprovada pelo Parlamento Federal (o *Bundestag*, onde têm assento os representantes do povo – equivalente à nossa Câmara dos Deputados) e com a concordância do Conselho Federal (o *Bundesrat*, tendo assento os representantes dos Estados da Federação alemã – equivalente ao nosso Senado Federal). Além do mais, o direito comunitário deve respeitar os limites atribuídos ao poder de reforma pelos nºs 2 e 3 do art. 79, ou seja, o procedimento de votação parlamentar por maioria qualificada e as cláusulas pétreas do nº 3, que vedam as modificações que afetem o federalismo alemão, assim como a proteção da dignidade humana e dos fundamentos naturais da vida, previstos nos arts. 1º e 20 da Lei Fundamental.

No julgamento do Tribunal Constitucional alemão, a principal preocupação, aparentemente, é com a proteção dos direitos fundamentais, tendo a União Européia a obrigação de proteger tais direitos de maneira comparável à da Lei Fundamental de Bonn. Porém, uma observação mais atenta, tanto da jurisprudência do Tribunal Constitucional, como do art. 6º, nº 2, do Tratado de Amsterdã (art. F, nº 2, de Maastricht), pode levar-nos a uma outra conclusão.

Desde Maastricht e reafirmada em Amsterdã, a proteção dos direitos fundamentais é expressamente assegurada, como se percebe no texto do artigo supracitado:

“A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de novembro de 1950, e tal como resultam das tradições consti-

tucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário”.

Percebe-se que as preocupações com a proteção dos direitos fundamentais estão presentes textualmente no Tratado de Maastricht (sobre o qual recaiu o julgamento do Tribunal de 12 de outubro de 1993) e foram confirmadas e reafirmadas no Tratado de Amsterdã, em 1997, não estando a União em déficit de proteção aos direitos fundamentais em relação à Lei Fundamental de 1949.

A própria previsão de sanções aplicáveis pelas instituições da União Européia está presente no art. 7º do Tratado de Amsterdã (art. F.1 de Maastricht) para casos de violações de direitos fundamentais, podendo o Conselho Europeu suspender direitos do Estado infrator decorrentes da aplicação do Tratado, incluindo o direito de voto do representante do governo do referido Estado no Conselho.

No julgado acerca de Maastricht, a principal preocupação dos magistrados do Tribunal Constitucional Federal parece ser a preservação de competências estratégicas dos órgãos constitucionais alemães. Por isso, levantam o desrespeito ao art. 38 que trata da eleição para o Parlamento Federal. A legitimidade democrática conferida ao Parlamento Federal, consagrando o princípio democrático da Lei Fundamental, poderia ser afetada com a expansão das tarefas e competências para a União Européia, devendo o Parlamento Federal permanecer com tarefas e atribuições de peso substancial (SHWABE, 2000, p. 461 e SCHWEITZER, 2000, p. 32-33).

Ainda há uma preocupação com a preservação da competência do próprio Tribunal Constitucional. Este assegura na sua jurisprudência a possibilidade de examinar se os atos jurídicos oriundos das instituições e órgãos da União estão cumprindo os limites estabelecidos na delegação dos direitos de soberania ou se os estão desrespeitando (SCHWABE, 2000, p. 462).

O Tribunal Constitucional alemão estabeleceu efetivamente a idéia de soberania

partilhada entre a União Européia e a República Federal, não substituindo esta última, mas ambas as organizações políticas coexistindo e exercendo suas parcelas de soberania. Embora possa ser um conceito contraditório, a soberania partilhada é o que se afigura consagrada na jurisprudência constitucional alemã.

É verdadeiro que a construção da União Européia estremeceu todo o arcabouço teórico construído sobre direito constitucional e direito internacional público, sobretudo pelo fato de que o direito comunitário não se enquadra em nenhum desses padrões, possuindo características de ambos. Mas os Estados não perderam totalmente suas atribuições soberanas, pois a própria União está assentada nos mesmos e tem suas competências estabelecidas e limitadas por Tratados celebrados entre os Estados (HESSE, 1999, p. 50-51). É complexo raciocinar em torno de um novo paradigma como a soberania compartilhada, mas é necessário fazê-lo, já que os paradigmas clássicos são insuficientes para explicar as relações entre a União Européia e os Estados que a integram, como o caso aqui brevemente analisado da República Federal da Alemanha.

6. As mudanças constitucionais no Brasil em adaptação ao direito do Mercosul: dificuldades existentes

Quando tratamos do Mercosul como pretenso mercado comum, pontualizamos algumas dificuldades existentes na sua implantação. Tais dificuldades são ainda maiores na adaptação do direito do Mercosul ao direito brasileiro e nenhuma das mudanças constitucionais efetuadas até o momento na Constituição brasileira propiciou melhores condições de adaptação do Brasil ao Mercosul. Para efeitos expositivos, podemos agrupar as dificuldades existentes em duas esferas: a externa e a interna.

As dificuldades na esfera externa são variadas. Primeiramente dizem respeito à própria estrutura institucional do Mercosul,

que foi arquitetada de maneira excessivamente informal e remetendo sempre as questões controvertidas para as negociações diretas e a arbitragem. O Mercosul permanece sendo uma instituição de direito internacional de âmbito regional (daí não podermos falar em um direito comunitário, mas apenas em um direito da cooperação), e com tais características não requer delegações de poderes ou direitos de soberania, diferentemente do que ocorre na União Européia.

Por outro lado, as pressões econômicas de ordem externa, sobretudo dos Estados Unidos no que diz respeito à implementação da Associação de Livre Comércio das Américas (ALCA), também têm dificultado o avanço do Mercosul, assim como o desentendimento entre os próprios Estados partes, como as aludidas hostilidades Brasil-Argentina. Os parceiros do Mercosul parecem lamentavelmente não acreditar muito no fortalecimento da integração pretendida.

Curiosamente, do ponto de vista teórico, o Mercosul é, dos blocos regionais existentes, o que reúne melhores condições para uma ampla integração. Não há hostilidades históricas provenientes de guerras entre seus membros, como ocorre na Europa. Há muito mais homogeneidade cultural e, sobretudo, lingüística do que na União Européia ou no Nafta. Enquanto as tradições européias são bastante distintas entre si, as nacionalidades, muito presentes (caso dos bascos na Espanha e irlandeses no Reino Unido, p. ex.) e os idiomas variados e muito distintos entre si, os países do Mercosul têm tradições muito semelhantes e apenas dois idiomas bastante próximos, o português e o espanhol (NOGUEIRA, 2000, p. 17-20).

No caso das dificuldades internas, essas dizem respeito, sobretudo, aos preceitos constitucionais que regulamentam a aplicação dos tratados e legislações internacionais das mais diversas ordens. Como o direito do Mercosul é, para todos os efeitos, direito internacional e não direito comunitário, isso se torna um delicado problema na adaptação do direito constitucional bra-

sileiro às normas provenientes do direito da cooperação.

O grande problema estabelecido é o grau de dificuldade estabelecido pela Constituição de 1988 para a vigência e aplicação dos tratados e legislações internacionais no Brasil, já que neste ponto a Carta brasileira permanece bastante nacionalista e vinculada aos paradigmas clássicos da soberania do Estado-nação. Vejamos o que estabelece a Lei Maior acerca do problema.

O art. 4º impõe a observância de princípios nas relações internacionais que o Brasil estabeleça com outros países, mas o que nos interessa mais diretamente é o seu parágrafo único, que dispõe que “a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”. Com tais dizeres, percebe-se que o objetivo oficialmente estabelecido pelo constituinte brasileiro é muito mais ousado que o do Tratado de Assunção, pois trata de uma integração ampla (não limitada ao aspecto econômico) envolvendo todos os países da América Latina.

Entretanto, a ousadia no objetivo limitou-se a essa declaração genérica do preceito referido, pois os mecanismos jurídicos para a concretização do objetivo pretendido não foram estabelecidos pelo constituinte de 1988.

No que diz respeito à vigência dos tratados e convenções internacionais no Brasil, ela só ocorre após um complexo processo de incorporação ao direito interno que compreende: a) a celebração do ato pelo Presidente da República; b) a discussão e aprovação pelo Congresso Nacional mediante decreto legislativo; c) a ratificação do ato; d) troca ou depósito do instrumento próprio; e) promulgação e publicação no Diário Oficial da União. As mesmas regras valem para os atos jurídicos do Mercosul, já que o mesmo é uma organização internacional de âmbito regional e a Constituição não faz distinções entre os atos internacionais, mes-

mo em se tratando de atos do Mercosul ou que visem à integração latino-americana pretendida pelo art. 4º, par. único.

Na verdade, em termos legislativos, os reformadores da Constituição de 1988 não fizeram nenhuma modificação no sentido de facilitar a vigência interna do direito do Mercosul. O que ainda propicia uma certa força ao direito do Mercosul no Brasil é, por um lado, o art. 38 do Protocolo de Ouro Preto, que determina que “os Estados-Partes comprometem-se a adotar todas as medidas necessárias para assegurar, em seus respectivos territórios, o cumprimento das normas emanadas dos órgãos do Mercosul”. Por outro, o par. único do art. 4º da Carta brasileira faz com que alguns doutrinadores defendam uma hierarquia entre as normas do Mercosul e as normas internas, como o faz Horácio Wanderley Rodrigues ao afirmar que

“esse dispositivo integrante do título que traz os princípios fundamentais da ordem constitucional brasileira, em especial no que se refere às suas relações internacionais, deve ser visto como diretiva no sentido de, nos conflitos entre normas do MERCOSUL, quando já internalizadas pelo Brasil, e outras normas internas, impor a aplicação das primeiras” (2000, p. 52).

Mas a Constituição mesma nada dispõe textualmente. Os procedimentos para incorporação dos atos do Mercosul são os mesmos para os demais atos internacionais, admitindo, inclusive, o controle de constitucionalidade, já que os tratados e convenções internacionais entram em vigor no Brasil como equivalentes hierarquicamente à lei ordinária federal, portanto, norma infraconstitucional, devendo ser constitucionalmente compatível.

A situação de anomia em relação a uma regulamentação específica da incorporação do direito do Mercosul ao direito interno brasileiro é um óbice bastante significativo ao avanço da integração no Cone Sul. Do ponto de vista jurídico e constitucional, podemos dizer o principal deles, embora não

podemos esquecer de outros, como o do art. 102, I, h, da CF.

Esse último dispositivo atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para a homologação das sentenças estrangeiras e a execução das cartas rogatórias. Segundo o Prof. Nogueira da Silva,

“tal dispositivo inibe a autoridade e certeza de sentenças oriundas dos Poderes Judiciários dos demais parceiros do Mercosul, no Brasil; constituindo-se, por isso, num sério obstáculo à integração do Cone Sul. Ainda mais, em tese é um obstáculo às próprias sentenças de um tribunal supranacional, cuja criação é fator *sine qua non* da integração” (2000, p. 32-33).

A única mudança no texto constitucional que propicia um avanço na incorporação do direito do Mercosul ao direito brasileiro parece ser a revogação do art. 171 da Constituição pela Emenda nº 6, de 15 de agosto de 1995. Tal dispositivo discriminava a empresa brasileira que tem e a que não tem capital nacional, e a sua supressão pode-se dizer que facilitou a liberdade de investimento e de circulação de capitais¹⁹. Mesmo assim, não foi uma modificação para adaptação ao direito do Mercosul, mas atendendo a exigências da economia globalizada com a tendência estabelecida a partir do Consenso de Washington de abertura do mercado e da economia brasileira ao capital externo.

Ao contrário do que ocorreu na Alemanha que, como vimos, alterou sua Constituição para adaptar-se ao direito comunitário europeu (ainda que com as reservas do Tribunal Constitucional), no Brasil, ainda trabalhamos com o conceito clássico de soberania, e, conseqüentemente, não fizemos as mudanças constitucionais necessárias para o avanço do Mercosul, o que compromete demasiadamente o processo de integração do Cone Sul. Curiosamente, fomos bastante eficientes para promover outras desnacionalizações com as reformas constitucionais que quebraram inúmeros mono-

pólios econômicos do Estado, como os casos do petróleo e das telecomunicações, não utilizando a mesma eficiência para o avanço da integração sul-americana.

Saliente-se mais uma vez que a integração não implica perda de soberania, mas partilha da mesma, que pode, inclusive, ser ampliada, na esteira da lição de Nogueira da Silva:

“trata-se de uma questão de compreensão e de cultura: uma entidade como o Mercosul importa, não propriamente no abandono ou renúncia a uma parcela de soberania nacional pelos seus membros; ao contrário, a cessão parcial significa uma ampliação espacial da soberania pela aglutinação jurídica de todos em uma só unidade, com preservação das características e prerrogativas de cada um” (2000, p. 34).

Pelo visto, permanecemos ainda distantes de um nível de integração satisfatório.

Notas

¹ Cappelletti destaca quatro razões para esse maior interesse pelo direito comparado na atualidade que, pela sua precisão na compreensão do fenômeno, merecem ser transcritas: 1) a primeira razão diz respeito ao aumento extraordinário dos intercâmbios econômicos, pessoais e culturais entre os países, com o conseqüente incremento das relações jurídicas em nível transnacional; 2) uma segunda razão, não desligada da primeira, radica na natureza transnacional de fenômenos cada vez mais relevantes, os quais requerem uma disciplina jurídica que não seja estritamente nacional; 3) uma terceira razão provém da tendência de afirmação de certos valores, particularmente no que diz respeito ao campo dos direitos humanos, em nível transnacional e mesmo universal; 4) uma quarta e última razão resulta da tendência de criação de novas organizações políticas e econômicas multinacionais, como a União Européia (cf. DANTAS, p. 123).

² Para Dantas, pelo menos quatro elementos básicos caracterizam estes sistemas jurídicos: 1) suprallegalidade do texto constitucional e conseqüente sistema hierarquizado de normas, com controle de constitucionalidade; 2) divisão entre direito público e direito privado; 3) predomínio da lei escrita; 4) a atuação do poder judiciário restrita à

interpretação e aplicação da constituição e das leis (DANTAS, 2000, p. 202). Uma análise densa acerca da família jurídica romano-germânica em René David, (1998, p. 25-139).

³ Costa e Silva salienta que as últimas páginas da teoria geral do direito vêm sendo escritas por autores ligados a temáticas constitucionais como Friedrich Müller, Martin Kriele, Robert Alexy, Peter Häberle, Ralf Dreier e outros (cf. SILVA, 2000, p. 8).

⁴ J. L. Salomoni (1999, p. 138-139). Ligeiras variações da classificação aqui exposta em: E. Accioly, (1999, p. 16-19). J. C. Lipovetzky e D. A. Lipovetzky (1994, p. 50-53). L. O. Baptista (1994, p. 14-17).

⁵ Cf. a perspectiva sobre federalismo em F. L. Pires (1998, p. 75-) e T. S. Renoux (1999, p. 263-). Sobre democracia na União Européia, F. R. Llorente (1999, p. 129-).

⁶ J. L. Salomoni (2000, p. 48-50). A propósito, observe-se o dito por Llanos Mansilla: “No hay supranacionalidad en el MERCOSUR. Ello se desprende de varias de sus disposiciones que establecen que el constituye un *proceso de integración para llegar a establecer un Mercado Común. El ordenamiento jurídico creado no reviste pues, naturaleza comunitaria*. Sus acuerdos crearán un marco normativo para el desarrollo de un proceso de cooperación regional cuyo objetivo será la creación de un Mercado Común” (Apud DANTAS, 2000, p. 22).

⁷ “De fato, a ALADI se tornou improdutiva nos meandros que frustraram anteriormente a ALALC. Não chegou a gerar um poder político capaz de afrontar a falta de alinhamentos macroeconômicos comuns, o que significou a ausência de capacidade de decisão dos grandes problemas do intercâmbio, limitando-se o debate a problemas menores de caráter técnico e diplomático. Esta casuística, desvinculada dos projetos de desenvolvimento nacional dos países-membros, afastou a concretização do objetivo inicial de criar um mercado comum latino-americano e reproduziu novamente a frustração gerada pela ALALC” (LIPOVETZKY, 1994, p. 48).

⁸ Pascual Caiella (1999, p. 59). No acórdão *Simmenthal* de 1978, assim se pronunciou o Tribunal de Justiça Europeu: “a aplicabilidade direta significa que as regras de Direito Comunitário devem liberar a plenitude de seus efeitos de uma maneira uniforme em todos os Estados-membros, a partir de suas entradas em vigor e durante todas as suas vigências; da mesma forma, tais disposições são uma fonte imediata dos direitos e obrigações para todos, quer se tratem de Estados-membros ou particulares que sejam partes em relações jurídicas relevantes de Direito Comunitário. Tal efeito concerne ainda a todo magistrado, que, no âmbito da competência da qual é investido, possui, enquanto órgão do Estado-membro, a missão de proteger os

direitos conferidos aos particulares pelo Direito Comunitário” (cf. FONTOURA, 1997, p. 60-61).

⁹ “A formulação da teoria jurídica do Estado federal demanda definir a situação determinada pelos poderes constituídos que surgem através da União Federal e dos Estados-membros. Pois bem, da soberania que dá personalidade jurídica de direito público à União e da autonomia que caracteriza os Estados-membros como entidades federativas componentes, as competências conhecidas são aquelas efetivamente marcadas, traçadas e apontadas pela Constituição” (BARACHO, 1986, p. 21).

¹⁰ Ressalte-se que apenas onze dos quinze Estados membros da União Européia iniciaram a união monetária: Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Finlândia, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos e Portugal. Ficaram de fora Dinamarca, Grécia, Reino Unido e Suécia.

¹¹ É recomendável, acerca desse tema, a leitura do trabalho de A. C. C. Ferraz (1986, p. 177-), sobretudo a parte referente ao costume constitucional.

¹² Com ligeiras variações, as mutabilidades social e hermenêutica aqui referidas correspondem a uma das vias de mudanças constitucionais de que nos fala Hesse. Diz o autor alemão: “*Una de ellas consiste en modificar el contenido de las normas constitucionales manteniendo intacto el texto literal: es decir, a través de una mutación constitucional. Esto se produce en aquellos apartados en donde la Constitución, y el concreto en lo referente a los derechos fundamentales, contiene normas abiertas, es decir, regulaciones que, por su formulación generalista y lingüísticamente esquemática, sólo mediante progresivas concreciones pueden ser llevadas a la práctica. Semejante concreción sólo es posible cuando el texto de la norma es referido al sector de la realidad histórica sobre el que la norma quiere proyectarse. Este sector codetermina el contenido de la norma, que no puede ignorar las condiciones de realización de la misma ni mantenerse inalterable; si cambia la realidad social, cambia con ella el contenido de la norma. Esta transformación se advierte claramente, ante todo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tanto en algunas decisiones específicas como en el conjunto de la jurisprudencia emanada sobre los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, que, en general, ha desarrollado el contenido de éstos superando su originaria significación como derechos de defensa*” (1996, p. 9-10).

¹³ Ressalte-se que falamos aqui da Europa Ocidental, visto que o Leste da Europa estava, na ocasião, dominado politicamente pela influência do socialismo de inspiração soviética. Ainda hoje, os Estados do antigo Pacto de Varsóvia permanecem excluídos da União Européia, apesar das negociações existentes para o seu ingresso (com exceção, é claro, da antiga República Democrática da Alemanha, ou Alemanha Oriental, que não mais existe

enquanto Estado, fazendo parte hoje da República Federal da Alemanha).

¹⁴ Estados-membros da federação alemã.

¹⁵ O artigo em questão tem mais quatro incisos que, no entanto, consideramos desnecessário transcrevê-los todos por inteiro.

¹⁶ M. Schweitzer (2000), conferir Müller (2000, p. 21): “*Der Begriff der “Übertragung” ist nicht wörtlich zu interpretieren. Insbesondere versteht man darunter nicht einen Übertragungsvorgang, der vergleichbar ist einer Übereignung oder einer Zession. Man sieht darin vielmehr in der Regel einen Verzicht auf die Ausübung der übertragenen Hoheitsrechte zugunsten der neu gegründeten zwischenstaatlichen Einrichtung durch die Bundesrepublik. Diese duldet – Solange sie Vertragspartner ist – die Ausübung der Hoheitsgewalt durch die zwischenstaatlichen Einrichtung*”.

¹⁷ K. Hesse (1999), conferir Müller (1999, p. 47): “*Die unmittelbare Geltung des Gemeinschaftsrechts und sein Vorrang vor dem nationalen Recht sind Voraussetzung der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft; diese kann nicht von der Übereinstimmung ihres Rechts mit den möglicherweise unterschiedlichen Normierungen des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten abhängig gemacht werden. Deshalb kann Gemeinschaftsrecht durch nationalen Recht weder aufgehoben noch geändert werden. Im Falle einer Kollision geht es grundsätzlich dem nationalen Recht vor. Für das deutsche Verfassungsrecht gilt das freilich nicht ohne Einschränkung*”.

¹⁸ Antes da Emenda nº 6, conferir a crítica feita por L. O. Baptista (1994, p. 23).

Bibliografia

ACCIOLY, Elizabeth. O nafta sob a perspectiva do mercosul. In: DANTAS, Ivo. *Processos de integração regional: o político, o econômico e o jurídico nas relações internacionais*. Curitiba: Juruá, 2000. p.13-40.

BAPTISTA, Luiz Olavo (Org.). Impacto do mercosul sobre o sistema legislativo brasileiro. In: _____. *Mercosul: das negociações à implantação*. São Paulo: LTR, 1994. p.11-25.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CAIELLA, Pascual. Problemas relativos a la compatibilización de los derechos constitucionales y el derecho comunitario. *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 49-76.

DANTAS, Ivo. *Constitucionalismo & globalização: regionalização, mercosul e integração*. Recife: Mimeo, 2000.

_____. *Constituição federal: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. v.1.

_____. *Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DRUMMOND, Maria Cláudia. Criação, consolidação e desdobramentos do mercosul. *Advogado: desafios e perspectivas no contexto das relações internacionais*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997, p. 13-26.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA, Pinto. *A constituição e o poder de reforma constitucional: revisão e emenda*. 3. ed. Recife: SOPECE, 1994.

FONTOURA, Jorge. A construção jurisprudencial do direito comunitário europeu. *Advogado: desafios e perspectivas no contexto das relações internacionais*, Brasília, Conselho Federal da OAB, 1997, p. 53-66.

GALINDO, Bruno. Poder de reforma e revisão constitucional. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*, ano 31, n. 22, p. 53-81, 2000.

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des verfassungsrechts der bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1999.

_____. Constitución y derecho constitucional. tradução de Antonio López Pina. In: BENDA, Ernest et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública/Marcial Pons, 1996. p. 1-15.

LIMA, Marcos Costa. Mercosul: a frágil consistência de um bloco regional emergente e a necessidade de aprofundar a integração. In: DANTAS, Ivo. *Processos de integração regional: o político, o econômico e o jurídico nas relações internacionais*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 161-194.

LIPOVETZKY, Jaime César; LIPOVETZKY, Daniel Andrés. *Mercosul: estratégias para a integração: mercado comum ou zona de livre comércio? análises e perspectivas do tratado de assunção*. São Paulo: LTR, 1994.

LLORENTE, Francisco Rubio. Estado e democracia na construção da Europa. In: BARROS, Sérgio

- et al (Coord.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 113-150.
- MANN, Michael. Estados nacionais na Europa e noutros continentes: diversificar, desenvolver, não morrer. Tradução de Vera Ribeiro. In: BALAKRISHNAN, Gopal (Org.). *Um mapa da questão nacional*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000. 311-334.
- MEDEIROS, Marcelo de Almeida. Estratégias, atores e estrutura institucional da união europeia. In: DANTAS, Ivo. *Processos de integração regional: o político, o econômico e o jurídico nas relações internacionais*. Curitiba: Juruá, 2000, 133-160.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.
- MÜLLER, Friedrich. *Recht, sprache, gewalt: Elemente einer Verfassungstheorie I*, Berlin: Duncker & Humblot, 1975.
- PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao direito constitucional europeu*. Coimbra: Almedina, 1997.
- _____. *Introdução à ciência política*. Porto: Universidade Catholica Lusitana, 1998.
- RENOUX, Thierry S. O federalismo e a união europeia: a natureza da comunidade: uma evolução na direção de um estado federal? um federalismo sem federação. In: BARROS, Sérgio et al (Coord.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 263-287.
- RODRIGUES, Horácio Wanderley. Interpretação e aplicação das normas do mercosul. In: DANTAS, Ivo. *Processos de integração regional: o político, o econômico e o jurídico nas relações internacionais*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 41-54.
- ROGEIRO, Nuno. *A lei fundamental da república federal da Alemanha*. Coimbra: Coimbra, 1996.
- SALOMONI, Jorge Luis. Reforma del Estado y mercosur: hacia la construcción de un derecho público comunitario. In: SUNFELD, Carlos A. (Coord.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 127-156.
- SCHWABE, Jürgen. *Entscheidungen des bundesverfassungsgerichts*. 7. ed. Hamburg: Studienauswahl, 2000.
- SCHWEITZER, Michael. *Staatsrecht III: staatsrecht, völkerrecht, Europarecht*. 7. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2000.
- SILVA, Gustavo Just da Costa. *Os limites da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Direito constitucional do mercosul*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Justiça e legalidade do Imposto Predial e Territorial Urbano progressivo

Jorge Barrientos-Parra e Carlos Alberto Bezerra Jr.

Sumário

1. Introdução. 2. O IPTU progressivo como instrumento para viabilizar o princípio da função social da propriedade. 3. O poder de tributar ou função arrecadatória. 4. O poder de regular ou função ordinatória. 5. O IPTU progressivo e a Lei de Responsabilidade Fiscal. 6. Conclusão.

“O proprietário de um terreno não edificado, que se contenta com uma pequena renda, sem relação com o valor do imóvel, porque planeja recolher ulteriormente os benefícios pela valorização do imóvel... elude o imposto da parte do capital que acumula... e retirando do mercado terrenos úteis para a construção de casas ou de fábricas, é o causador de um aumento do preço absolutamente especulativo e nocivo para o interesse geral”.

Lloyd Georges

1. Introdução

Nos últimos dias, a implementação do Imposto Predial e Territorial Urbano progressivo¹ na Cidade de São Paulo tem suscitado muita discussão e espaços na mídia. Este artigo tem o intuito de esclarecer algumas questões jurídicas fundamentais nesse debate, fazendo assepsia dos elementos políticos conjunturais, que, em nossa opinião, obscurecem a exata compreensão do problema.

O Poder Executivo Municipal enviou à Câmara o Projeto 04-0021/2001 de Emenda

Jorge Barrientos-Parra é Professor do Curso de Administração Pública da Unesp, Doutor em Direito pela Université Catholique de Louvain.

Carlos Alberto Bezerra Jr. é Médico, Vereador no Município de São Paulo, membro das Comissões de Saúde, Promoção Social e Trabalho; e Extraordinária Permanente de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente.

à Lei Orgânica do Município de São Paulo modificando entre outros o art. 133 da Lei Orgânica do Município, a redação proposta justifica-se pela necessidade de adequação da Lei municipal à norma constitucional, possibilitando assim a aplicação do IPTU progressivo, de acordo com a Emenda Constitucional nº 29, de 13/09/00², que outorgou às municipalidades instrumentos legais condizentes com as suas crescentes responsabilidades. A implementação do IPTU progressivo exige também a aprovação do Plano Diretor, que em breve deve ser enviado à Câmara.

Neste artigo, abordaremos a relação existente entre o referido imposto e o princípio da função social da propriedade, as finalidades arrecadatória e ordinatória ínsitas ao poder do Estado e a Lei de Responsabilidade Fiscal.

2. O IPTU progressivo como instrumento para viabilizar o princípio da função social da propriedade

A concepção da propriedade como direito absoluto no sistema individualista da declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789³, do Código de Napoleão (1804)⁴ e de todos os códigos que sofreram influência desses monumentos jurídicos, inclusive o nosso⁵, experimentou profundas transformações, deixando de ser um direito subjetivo do proprietário para converter-se também numa função social⁶.

Na concepção individualista e liberal, a propriedade era absoluta, o proprietário tinha o direito de usar e de não usar, de dispor e de não dispor, em decorrência disso poderia deixar suas terras improdutivas, seus terrenos urbanos não edificados, subutilizados ou não utilizados, suas casas desabitadas e sem conservação.

Essa concepção individualista, que associava a propriedade à liberdade absoluta, foi ultrapassada. Já a começar do século XX, fazia-se sentir a influência benfazeja da relativização da concepção absolutista da

propriedade na França⁷, na Alemanha⁸ e na Inglaterra⁹. Nesse último país, na mensagem de encaminhamento (21 de abril de 1909) à Câmara dos Comuns do projeto do imposto *Increment Duty*, o Chanceler Lloyd George afirmava que:

“O proprietário de um terreno não edificado, que se contenta com uma pequena renda, sem relação com o valor do imóvel, porque planeja recolher ulteriormente os benefícios pela valorização do imóvel... elude o imposto da parte do capital que acumula... e retirando do mercado terrenos úteis para a construção de casas ou de fábricas, é o causador de um aumento do preço absolutamente especulativo e nocivo para o interesse geral”¹⁰.

O direito de propriedade perdeu o seu caráter de direito imprescritível e inviolável para sobreviver como uma garantia definida pela lei e cujo conteúdo está subordinado às exigências do interesse coletivo¹¹.

Hoje, o direito positivo não protege o direito subjetivo do proprietário, senão na medida em que ele cumpre a função social que a coletividade lhe impõe pelo fato de ser o titular daquele bem. Em outras palavras, a propriedade como instituto jurídico existe não apenas em função dos interesses particulares, mas se subordina aos interesses e necessidades da coletividade.

Nessa evolução, influenciaram decisivamente as concepções da propriedade de autores cristãos clássicos como São Ambrósio, São Basílio, São Boaventura e Santo Tomás de Aquino. Há crítica aos excessos do liberalismo e às lacras do capitalismo por parte de autores socialistas como Robert Owen, Karl Marx, Friedrich Engels, Mikhail Bakunin e Pierre Joseph Proudhon; os estudos de sociólogos como Auguste Comte¹² e Landry¹³ e de juristas como Léon Duguit¹⁴ e Maurice Hauriou¹⁵ somente para citar alguns.

A Constituição vigente deu destaque à função social colocando-a no Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais¹⁶; inscreve-a ainda como um princípio fundamental

da ordem econômica (art. 170, III), exigindo que o proprietário utilize-se da coisa condicionando-a ao bem-estar geral. Quanto à propriedade rural, a Constituição exige do proprietário, sob pena de desapropriação por interesse social para reforma agrária: aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Em relação à propriedade urbana, exige que o proprietário promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: parcelamento ou edificação compulsórios; *imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressiva no tempo*; e desapropriação, de acordo com sistemática estabelecida pela Carta Magna.

3. O poder de tributar ou função arrecadatória

É cediço que cada um dos níveis da federação, em razão da soberania estatal, dispõe do poder de tributar e do poder de regular. Esses poderes têm entre nós fundamento na Constituição Federal de forma expressa.

Vejamos primeiro o poder de tributar. Em termos gerais, a tributação é captação de riqueza, atividade essencial para a vida em sociedade, para o bom funcionamento dos serviços públicos. Nas palavras do Prof. Ruy Barbosa Nogueira, “o tributo é uma despesa individual tão essencial como a que é consagrada à habitação, à alimentação e ao vestuário”¹⁷.

Por uma questão de justiça decorrente do princípio da igualdade, é necessário desigualar os desiguais na medida em que se desigualam; a Constituição estabeleceu expressamente o princípio da capacidade contributiva, graduando os impostos de acordo com a capacidade econômica do contribuinte, o que já é tradicional em nosso sistema.

Esse princípio já estava insculpido no art. 179 da Constituição do Império do Brasil, de 1824, nestes termos:

“15^o) Ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado, em proporção dos seus haveres”

Na Constituição de 1946, aparece com redação semelhante à atual:

“Art. 202. Os tributos terão caráter pessoal sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte”.

A Emenda Constitucional nº 18/65 suprimiu essa disposição; entretanto, o princípio da capacidade econômica do contribuinte sempre foi considerado implícito no sistema tributário nacional¹⁸.

O princípio tem por objetivo a justiça na arrecadação. Na verdade, todos são obrigados a concorrer para os encargos públicos na razão de sua capacidade contributiva¹⁹. Por outro lado, reafirma também o preceito da igualdade de posições dos cidadãos diante do dever tributário de prover às necessidades da coletividade, que implica distribuição equânime dos ônus tributários²⁰.

O conceito de capacidade contributiva abrange toda a riqueza do indivíduo disponível, depois de satisfeitas as necessidades elementares da existência, que pode ser absorvida pelo Estado, sem reduzir o padrão de vida do contribuinte e sem prejudicar as suas atividades econômicas²¹.

Para graduar a carga dos impostos sobre o patrimônio e a renda, de acordo com a capacidade econômica de cada um, a Constituição inseriu explicitamente a técnica da progressividade, e não há como dela fugir, sob pena de violação dos princípios constitucionais²².

A Emenda Constitucional nº 29 veio em boa hora uma vez que a jurisprudência até então admitia a progressividade do IPTU somente para efeitos extrafiscais com o intuito de assegurar o cumprimento da função social da propriedade²³.

Agora, expressamente, a Carta Magna prevê que, sem prejuízo da progressividade

no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I (isto é, o IPTU) poderá: ser progressivo em razão do valor do imóvel e ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel. Dessa forma, a progressividade do IPTU para efeitos arrecadatórios passou a ser claramente consagrada no texto constitucional, outorgando aos municípios ferramentas jurídicas para cumprir seus crescentes desafios em termos de combate à pobreza e à exclusão social e prestação de serviços de qualidade, na saúde, educação, habitação, transporte público, segurança, cultura, meio ambiente, saneamento básico, desenvolvimento econômico, e em todas as áreas do seu peculiar interesse, que estão a exigir receita crescente, porque afinal, como disse o saudoso Franco Montoro: “Ninguém mora na União, ninguém mora no Estado, todos moram no Município”.

Como é sabido, existe a progressividade fiscal e a extrafiscal. A progressividade fiscal objetiva unicamente a arrecadação tributária, tem o seu fundamento no preceito constitucional programático do art. 145, §1º, que afirma:

“Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte” (grifo nosso).

Quanto aos parâmetros a serem utilizados para a progressão das alíquotas do IPTU, a Constituição fornece três: o valor do imóvel, a localização e o uso.

Quanto ao valor, via de regra, considera-se o valor venal²⁴, assim a autoridade tributária poderá adotar faixas de valor venal diferente.

Quanto à localização, em qualquer cidade existem bairros mais valorizados. Ora, quem é proprietário naqueles bairros tem ca-

pacidade econômica maior, logo é justo que esse proprietário pague mais IPTU. Assim, a autoridade tributária poderá adotar faixas progressivas de acordo com a localização do imóvel.

A Carta Magna também faculta a adoção de tabelas diferentes conforme a utilização. Assim, por exemplo, poderá haver uma para os imóveis residenciais e outra para os imóveis não residenciais.

Evidentemente, a capacidade contributiva tem um limite, que o Poder Público deve identificar e nunca ultrapassar porque a arrecadação que exceder a capacidade do contribuinte é confisco²⁵, isto é, forma arbitrária de adjudicação de bens ou direitos ao fisco, sem respeito ao direito individual²⁶. Há confisco na hipótese de redução do padrão de vida do contribuinte e na redução do nível das suas atividades econômicas, portanto deve ser analisado pelo Judiciário caso a caso.

Isso significa que o Poder Público, nesse caso municipal, deve proceder aos estudos necessários de forma a não prejudicar a vida econômica da cidade, mantendo o equilíbrio entre o seu poder de tributar e a capacidade econômica dos contribuintes, sob pena de pesado ônus político e da correção dos excessos por via judicial.

4. O poder de regular ou função ordinatória

Outro dos poderes irrenunciáveis do Estado é o poder de regular, também conhecido como poder de polícia²⁷. Na conceituação do Prof. Ruy Barbosa Nogueira, é o poder de promover o bem público pela limitação e regulação da liberdade, do interesse e da propriedade²⁸.

Ora, o tributo é também um instrumento, um meio de regular. Por meio do tributo o poder público poderá fomentar uma atividade, inibi-la ou até impedir uma atividade ilícita.

Estamos aqui no âmbito da extrafiscalidade, entendida pelo acatado Hely Lopes Meirelles como sendo

“a utilização do tributo como meio de fomento ou de desestímulo a atividades reputadas convenientes à comunidade. É ato de política fiscal, isto é, de ação de governo para o atingimento de fins sociais, através da maior ou menor imposição tributária... Modernamente, os tributos são usados como instrumento auxiliar do poder regulatório do Estado sobre a propriedade particular e as atividades privadas que tenham implicações com o bem estar social”²⁹.

Ressalte-se uma vez mais que os grandes problemas de nossas cidades em termos de habitação, meio ambiente, transporte, saneamento básico, educação, saúde, segurança, etc. estão a exigir intervenção urgente do Poder Municipal, que deve além disso organizar e preparar os espaços urbanos para os grandes desafios do futuro. Essa intervenção aqui e alhures é feita sobretudo pelo poder impositivo do Estado em geral e das municipalidades em particular³⁰.

De acordo com o art. 182, § 4^o³¹, da Constituição Federal, o Poder Público municipal está facultado para aplicar ao proprietário de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado as medidas legais necessárias para seu adequado aproveitamento conforme as exigências do princípio da função social da propriedade. Essas medidas são, sucessivamente: parcelamento ou edificação compulsórios; imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

5. O IPTU progressivo e a Lei de Responsabilidade Fiscal

O poder de tributar tanto quanto o poder de polícia têm claros limites legais, o pri-

meiro porque é vinculado, e o segundo porque, mesmo sendo discricionário, deve efetivar-se dentro dos limites legais em prol do interesse público.

Essas responsabilidades do Administrador vieram a ser reforçadas pela Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), em matéria tributária. Com efeito, esse diploma legal estabelece que constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação, *in casu* do Município, sob pena de não receber transferências voluntárias. A LRF define as transferências voluntárias como sendo “a entrega de recursos correntes ou de capital ao Município, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde (SUS)”. Em outras palavras, os Municípios, em virtude da EC nº 29/00 combinada com a LC nº 101/00, não podem, obedecendo injunções políticas, deixar de prever, instituir e cobrar efetivamente os impostos de sua competência.

6. Conclusão

Tanto o poder de tributar como o poder de regular são decorrentes do poder soberano do Estado, poderes esses irrenunciáveis no cumprimento das suas funções precípuas.

O constituinte consagrou o princípio da função social da propriedade impondo ao titular desse direito determinadas responsabilidades inclusive em nível tributário.

Um dos instrumentos previstos no direito interno e em direito comparado para permitir o cumprimento do princípio da função social da propriedade é a progressividade dos impostos sobre o patrimônio e sobre a renda. Assim, o IPTU progressivo tem raízes na história da luta pela justiça social, aqui e alhures. Em nosso sistema jurídico, está solidamente fundado na EC nº 29. Assim, os projetos de emenda das leis orgâni-

cas municipais prevendo a instituição e cobrança do IPTU progressivo são oportunos e legais porque nada mais fazem do que adequar as LOM à Carta Magna; e da mesma forma, a inserção do IPTU progressivo nos orçamentos e sua efetiva cobrança tem arraigo constitucional.

Por último, em virtude da LRF, o Executivo municipal passou a ter a obrigação de arrecadar o IPTU progressivo sob pena de não recebimento de transferências voluntárias.

Em decorrência de tudo isso, a cobrança do IPTU progressivo é uma exigência ética, constitucional e legal.

Estabelecido então o fundamento legal, com base na função arrecadatória: quem tem mais deve contribuir mais e com base na função ordinatória do Estado: inibindo a especulação imobiliária, as municipalidades terão que dosar a carga impositiva considerando a realidade local, tendo como limite o princípio da vedação de efeitos confiscatórios dos tributos. Há aí uma larga margem para a negociação política.

Notas

¹ Imposto progressivo é aquele cuja alíquota aumenta à medida que aumenta o ingresso ou base impositiva (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 698.

² Art. 156 – Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I- propriedade predial e territorial urbana; II- ... III- ... § 1º - Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá: I- ser progressivo em razão do valor do imóvel; e II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

³ O art. 17 dessa Declaração reza: “A propriedade é um direito inviolável e sagrado”.

⁴ O artigo 544 do Código Napoleão: “A propriedade é o direito de usufruir e de dispor das coisas da maneira mais absoluta”.

⁵ “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua” – art. 524 do Código Civil.

⁶ DUGUIT, León. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*.

Madrid: Librería Española Francisco Beltrán, 1920. p. 166 -.

⁷ Entre outras decisões semelhantes, a *Cour de cassation* estimou que um proprietário não pode, sem motivo relevante, fazer escavações em seu terreno que ocasionem prejuízos ao vizinho, mesmo considerando que o art. 544 do Código Civil concede ao proprietário o direito de usufruir e dispor das coisas do modo mais absoluto (*Cour de cassation*, 10 jun. 1902, Sirey, 1903, I, p. 12).

⁸ Na Alemanha, pela Lei de 15 de julho de 1909, foi aprovado o imposto sobre a valorização imobiliária, *Reichsstempelgesetz*. Essa lei autorizava a avaliação do aumento do valor de um imóvel e a cobrança de uma parcela desse valor em forma de imposto (aumento do valor territorial), cada vez que o referido imóvel fosse transferido *inter vivos* e a título oneroso. M. W. OUALID observa com acuidade a diferença existente entre as razões que permitiram a aprovação dessas leis na Inglaterra e na Alemanha. No país de Shakespeare, o imposto foi considerado um instrumento de reforma econômica e social, isto é, foi entendido e utilizado na sua função ordinatória. Já no país de Goethe, considerou-se sobretudo a necessidade de cobrir o déficit no orçamento do Império, isto é, foi enfatizada a sua função arrecadatória. *Revue de science et de législation financières*, 1910. p. 173 - e 1911, p. 325 -.

⁹ Em 1910, foi aprovado o *Finance Act*, que no seu art. 1º estabeleceu um imposto denominado *Increment duty* cobrado sobre a valorização (*increment value*) de qualquer terreno a partir de 30 de abril de 1900. A cada cinco libras completas de aumento do valor do imóvel, deve ser pago ao fisco uma libra. Ainda, a mesma lei estabeleceu um imposto especial sobre o valor dos terrenos não utilizados: “Se estabelecerá, imporá e cobrárá para o ano econômico que termina em 31 de março de 1910 e para cada ano econômico seguinte, em função do valor territorial (*site value*) dos terrenos não utilizados (*undeveloped land*), um direito denominado *undeveloped land duty*, a razão de meio pens por cada 20 xelins do valor dos referidos terrenos”. Sobre essa lei, ver o artigo de M. W. OUALID, *L'imposition des plus-values foncières en Angleterre*. *Revue de science et de législation financières*, 1910, p. 389-.

¹⁰ *Bulletin de statistique et de législation comparée*, II, 1909, p. 595.

¹¹ BURDEAU, Georges. *Les libertés publiques*. 4ª ed. Paris: Pichon et Durand-Auzias, 1972. p. 338.

¹² “Em todo estado normal da humanidade, todo e qualquer cidadão constitui realmente um funcionário público, cujas atribuições, mais ou menos definidas, determinam obrigações e pretensões. Este princípio universal deve certamente estender-se até a propriedade, na qual o positivismo vê, sobretudo, uma indispensável função social des-

tinada a formar e a administrar os capitais com os quais cada geração prepara os trabalhos da seguinte. Sabiamente concebida, esta apreciação normal enobrece a propriedade. Sem restringir sua justa liberdade, até, a faz mais respeitável”. *Système de politique positive*, edição de 1892, I, p. 156.

¹³ De l'utilité sociale de la propriété individuelle, 1901.

¹⁴ Ver entre outros trabalhos: *Le droit social et le droit individuel; Les transformations du droit public e Traité de droit constitutionnel I*.

¹⁵ Ver por exemplo: *Principes de droit public*.

¹⁶ Art. 5º, XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

¹⁷ *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 124.

¹⁸ NOGUEIRA, Ruy Barbosa, op. cit. p. 11.

¹⁹ Constituição italiana, art. 53.

²⁰ UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*. São Paulo: EDUC/RT, 1976.

²¹ Grizioti, apud NOGUEIRA, Ruy Barbosa op. cit. p. 12.

²² LACOMBE, Américo Masset. *Princípios constitucionais tributários*. São Paulo: Malheiros, 1996. Vide também do mesmo autor o artigo O IPTU progressivo obrigação constitucional. *Folha de São Paulo*, p. A-3, 17 out. 2001.

²³ Ver entre outros o RE-248892/RJ, Relator Min. Maurício Corrêa, publicado no DJ de 31-03-00, p. 63.

²⁴ De acordo com Aliomar Baleeiro, valor venal é aquele que o imóvel alcançará para compra e venda à vista, segundo as condições usuais do mercado de imóveis (*Uma introdução à ciência das finanças*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 39 v.12.). Segundo Bernardo Ribeiro de Moraes, para determinar o valor venal, a Administração Pública analisa: a) forma, dimensão e tipo de terreno; b) forma, dimensão e estado de construção; c) localização do imóvel e equipamentos urbanos; d) valorização das áreas vizinhas; e) custo unitário da construção (valor do metro quadrado de construção) e do terreno (valor do metro quadrado do terreno); f) preços das locações correntes; g) índices de desvalorização da moeda; e h) declaração do contribuinte.

²⁵ Na *Encyclopaedia of the social sciences*, encontramos a seguinte definição: “Confisco é um princípio reconhecido por todas as nações que os direitos de propriedade não podem ser transferidos pela ação de autoridades públicas, de um particular para outro, nem podem eles ser transferidos para o tesouro público, a não ser para uma finalidade publicamente conhecida e autorizada pela Constituição” (New York: MacMillan, 1948. v. 4, p. 138).

²⁶ CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 242.

²⁷ O Código Tributário Nacional (art. 78). define o poder de polícia como sendo a “atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

²⁸ Op. cit. p. 181.

²⁹ Finanças Municipais, *Revista dos Tribunais*, p. 57-58.

³⁰ Sobre o tema, consultar Maurice Duverger, *Institutions financières*, Paris, 1960. p. 12.

³¹ Esse artigo da Constituição Federal, que outorga os instrumentos legais para a promoção de uma reforma urbana e para o cumprimento da função social da propriedade nas cidades, foi regulamentado pela Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade) somente em julho de 2001, isto é, com muitos anos de atraso em relação aos instrumentos legais aprovados para a reforma agrária em 1964. Isso porque na Assembléia Nacional Constituinte triunfou a proposta conservadora do “Centrão”, de condicionar a aplicação do art. 182, § 4º da CF a aprovação de uma Lei federal. Assim o Estatuto da Cidade, entre outros efeitos positivos, chega para modificar posições conservadoras, na doutrina e na jurisprudência, que consideraram inconstitucionais as leis municipais que dispunham sobre a progressividade do IPTU.

Conceitos de direito e a tridimensionalidade jurídica

Álvaro Mariano da Penha

Sumário

1. Introdução. 2. O direito por Kant, Ehrlich, Kelsen e o tridimensionalismo realiano. 2.1. Nota preliminar. 2.2. Definição de Kant. 2.3. Definição de Ehrlich. 2.4. Definição de Kelsen. 2.5. O tridimensionalismo de Reale e a sua definição de direito. 3. Conclusão.

“O direito é o igual múltiplo de si mesmo”.
Pitágoras

1. Introdução

Por meio da abordagem de três definições de direito, vindas todas de correntes específicas de estudo (axiológica, sociológica e normativista), este trabalho tenciona efetuar análise de cada uma delas e, ao final, estabelecer similitudes e/ou divergências com a Teoria Tridimensional de Miguel Reale. Tal intento se justifica pela necessidade de melhor compreender o fenômeno *direito* que, encerrando conceitos vários ao longo dos séculos, apresenta-nos o desafio de defini-lo a contento, buscando o que lhe é perene sem olvidar sua complexidade e mutabilidade. Além disso, a importância de utilizar-se com exatidão o termo direito, por aqueles que com ele operacionalizam juridicamente, dá-nos sobremodo razão nessa busca de um conceito que venha a apreender sua essência. Como destaca Lourival Vilanova (1947, p. 35-36), muitos outros con-

Álvaro Mariano da Penha é advogado no Recife.

ceitos derivam daquele do direito (relação jurídica, sujeito de direito, fato jurídico etc.), sendo imprescindível entender este último para que os demais tornem-se inteligíveis.

Com esse propósito a norteá-la, esta monografia se encontra dividida em sete pontos. O primeiro deles se trata de uma rápida nota distintiva entre conceito e definição. O segundo se dedica à análise daquilo que Emmanuel Kant definiu, numa perspectiva axiológica, como sendo direito. O terceiro examina a definição sociológica de direito formulada por Eugen Ehrlich. O quarto traz a definição de direito dada por Hans Kelsen, numa óptica normativista. O quinto é desenvolvido em torno da Teoria Tridimensional de Miguel Reale, que aborda o direito nos seus aspectos axiológicos, sociológicos e normativos. O sexto ponto, por sua vez, prende-se a considerar a definição de Reale. No final da monografia, o sétimo ponto se constitui numa conclusão onde se avaliarão, a partir de inter-relações, os aspectos de relevo de todas definições apresentadas.

Ao longo do trabalho, e mormente na sua parte de conclusão, serão levantadas duas questões: 1ª – uma visão globalizante pode entender em profundidade um fenômeno pleno de especificidades com o do direito? 2ª – qual o procedimento, a forma, o método pelo qual se possibilita concretamente o entendimento proposto por Reale? Posto isso, passemos ao ponto que inicia propriamente este conjunto de observações.

2. O direito por Kant, Ehrlich, Kelsen e o tridimensionalismo realiano

2.1. Nota preliminar

A começar o trabalho, cabe distinguir conceito de definição. *Grosso modo*, conceito compreende o interior, a essência de um ser ou de uma coisa; enquanto definição trata da exteriorização desse conceito. De acordo com Paulo Nader (1994, p. 247), a definição se dá pela verbalização, já o conceito pode ou não se servir de palavras para se

expressar. Logo, nosso objeto será primordialmente as definições que, por sua vez, encerrarão diferentes conceitos de direito. Esclarecida essa diferença, vejamos a primeira definição a ser analisada.

2.2. Definição de Kant

“Direito é o conjunto de condições pelas quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio do outro, segundo uma lei geral de liberdade” (1954, p. 80). Como se percebe, há três palavras-chave na asserção: *conjunto de condições, arbítrio e liberdade*. Segundo esse autor, liberdade é a posse de um arbítrio próprio independente do de outrem, é o exercício externo desse arbítrio: arbítrio é o *querer*¹ consciente de que uma ação pode produzir algo; conjunto de condições ou obrigações jurídicas (aqui Kant revisita Ulpiano) implica ser honesto, não causar lesão/dano a alguém e entrar em estado em que se assegure, frente a todos, aquilo que cada um possua.

Com o suporte dessas notas fornecidas pelo próprio Kant e por Recaséns Siches, poderíamos refazer a afirmação: “o direito implica pressupostos (honestidade e respeito à posse de outrem, *verbi gratia*) que possibilitam a concretização recíproca do querer de cada um e de todos, observando-se que o querer exercido/possuído por cada um encontra como limite o querer de todos”. Essa definição, de caráter valorativo/axiológico, reflete a importância do elemento liberdade (posse e exercício de arbítrio). Só há liberdade dentro de limites e esses são impostos pela idéia de preservá-la. Jusnaturalista, Kant não menospreza o papel desempenhado pelo direito posto, contudo afirma ser esse direito posterior ao natural, que o legitima². Prosseguindo, vejamos uma definição de natureza sociológica.

2.3. Definição de Ehrlich

“O direito é ordenador e o suporte de qualquer associação humana e, em todos os lugares, encontramos comunidades porque organizadas” (1986, p. 24-25). Ao definir

direito, Ehrlich busca o interior, a estrutura da sociedade, para asseverar que nada se põe, nada se firma, nada existe, enfim, desprovido de uma ordem. Dessarte, não existe modo de cindir a ordenação do produto, pois este último só se torna produto por apresentar-se organizado. Com coerência, Ehrlich refuta que o direito posto, como sistema de leis, seja o único direito na sociedade, pois há comunidades que o desconhecem; porém, nenhuma sociedade desconhece as manifestações normativas, a ordem dada por outros fatores/institutos (família, religião, economia etc.), que constituem o chamado *direito vivo*.

No capítulo XXI de seu *Fundamentos da sociologia do direito*, Ehrlich discorre sobre esse *direito vivo*. Trata-se do direito maior na sociedade, abaixo do qual estariam o que ele denomina categorias subalternas (a ordem estatal e as regras de decisão dos tribunais). Vivo ele é por nascer, crescer e desenvolver-se com grande dinamismo no cerne da comunidade; em contrapartida, as duas outras categorias se encontram sempre em atraso e submetidas ao seu vigor. Nessa visão sociológica, o que se nota é o entrelace dos três tipos de direito e a comunidade, sendo que esta última, ao se metamorfosear, modifica a sua ordem, a estrutura que lhe serve de base. A relação direito/sociedade não se configura, pois, como de coordenação, mas sim de império, onde se apresentam, em primeiro plano, os fatos sociais a condicionar a ordem jurídica.

2.4. Definição de Kelsen

Diametralmente oposto a Ehrlich, encontramos Hans Kelsen, que define direito nos seguintes termos: “o direito se constitui primordialmente como um sistema de normas coativas permeado por uma lógica interna de validade que legitima, a partir de uma norma fundamental, todas as outras normas que lhe integram” (1984, p. 57). Compreender essa definição é compreender *sistema, norma coativa, norma fundamental e validade*. Sistema pressupõe a existência de partes que,

inter-relacionadas, compõem um todo; para que essas partes continuem a se comunicar e a existir como um corpo, necessita-se de uma estrutura que as disponha em ordem, dando hierarquia e dinamicidade ao sistema. Para Kelsen, norma coativa é a que evita conduta por todos indesejada por meio da coação (mal aplicado ao infrator), empregando a força física, se necessário. Por seu turno, norma fundamental é aquela que concede validade, pois, toda norma do sistema tem seu fundamento de validade repousado sobre essa norma originária. E a validade seria a legitimidade do ato criador da norma, cujo procedimento deve estar estabelecido no ordenamento (p. 60, 269).

Após essas explicações primeiras, cabe verificar que Kelsen, ao formular sua teoria, não ignorava elementos outros que o direito trazia consigo; em os abstraído, quis ele *isolar* a porção normativa da fática e da axiológica. Tal propósito se justificava na medida em que buscava ele os fundamentos para uma ciência jurídica independente, em que o rigor científico estaria concentrado na análise à exaustão da norma jurídica; uma ciência a permitir, bem mais justificar, as decisões jurídicas num nexó próprio ao ordenamento, deixando à sociologia a análise do teor político-social e à filosofia, o teor axiológico/valorativo. E aqui se localiza o *porém* à formulação kelseniana. À guisa de exemplo, Lourival Vilanova (1947, p. 99) aponta, e com ele concordamos, que, ao se excluir do direito o que lhe há de psíquico ou sociológico, dificulta-se a compreensão da positividade (respeito à norma pelos seus destinatários). Entre as críticas ao normativismo de Kelsen (como também aos axiologismos e sociologismos no campo jurídico), encontra-se a Teoria Tridimensional de Reale, que, como veremos adiante, trata-se de um momento particular no estudo do direito.

2.5. O tridimensionalismo de Reale e a sua definição de direito

Em linhas gerais, a Teoria Tridimensional do Direito formulada por Miguel Reale

postula que o fenômeno direito se nos apresenta, e deve em consequência ser analisado, por meio de três aspectos inseparáveis e distintos entre si: o *axiológico* (que envolve o valor de justiça), o *fático* (que trata da efetividade social e histórica) e o *normativo* (que compreende o ordenamento, o dever-ser). Quando em estudo é tentado isolar um desses elementos, surgem as concepções jurídicas unilaterais (como o moralismo de Kant, o sociologismo de Ehrlich e o normativismo de Kelsen). Se o resultado desses estudos for apenas aglutinado num único estudo, ter-se-á o *tridimensionalismo genérico e abstrato*. Mas, se ao contrário, num processo de integração, esse estudo procurar correlacionar os três elementos fundantes do direito, ter-se-á o *tridimensionalismo específico e concreto*, englobando os problemas de fundamento, eficácia e vigência (1993, p. 514-515). Reale ainda acrescenta que esses elementos do direito se exercem influência, fazendo surgir pólos autônomos que, numa relação de dialética cultural³, entram em conflito e, por via do elemento *norma*, chegam à harmonia; porém, como assinala Marcelo Neves (1988, p. 14), a porção normativa dessa relação de conflito não propicia a superação da tensão (entre valor e fato), ela tende sim a complicá-la.

Tendo em conta o tridimensionalismo específico, eis a definição dada por Reale: “direito é a realização ordenada e garantida do bem comum, numa estrutura tridimensional bilateral atributiva” (1973, p. 88). Analisemos de início o *bem comum*. Para Luiz Legaz y Lacambra, trata-se de um bem estabelecido a partir de relações entre as pessoas, relações cujo valor é o da realização da justiça. Por sua vez, a *bilateralidade atributiva* consiste na união que faz relacionarem-se dois ou mais sujeitos, atribuindo-lhes pretensões e estabelecendo-lhes formas de agir e de ser (1961, v. LVI, n. II, p. 83-84).

Em outros termos, por direito entende-se a totalização de valores e fatos em normas que obrigam os seus destinatários a determinadas condutas, possibilitando a convi-

vência destes em sociedade. O mérito dessa definição vê-se de pronto: o fato de uma visão holística ser a que se ajusta o melhor ao estudo do direito. Todavia, cabe fazer-lhe algumas reflexões, que vamos expor como parte de conclusão deste trabalho.

3. Conclusão

Considerando as últimas notas, fica claro o escopo realiano. A óptica tridimensional pretende findar com a tendência de setorização de um objeto que se apresenta e constitui-se em multiplicidade. Kant, Ehrlich e Kelsen, e tantos outros estudiosos do mundo jurídico, não ignoravam as facetas do direito, porém, ao elegerem uma delas como sendo a mais importante, comprometeram o entendimento global do fenômeno; isso, contudo, não significou tão-somente insucesso – veja-se que a obra de Kelsen continua a servir de referência aos mais variados trabalhos sobre norma jurídica. Embora não tenham abarcado o *todo* direito, eles analisaram isoladamente, com maestria e profundidade, as *partes* que o integravam. Essa observação faz indagar até que ponto é possível, no campo prático e não apenas teórico, em se seguindo a orientação tridimensional, continuar obtendo igual ou maior profundidade na pesquisa jurídica.

Nesse ponto, como resposta à questão, entendemos que o método a ser seguido, o caminho a trilhar para que se alcance o resultado em mente, é condição *sine qua non*. Lembremo-nos de que o objeto a ser estudado não traz facilidades, sua constituição é múltipla e suas relações recíprocas, mutantes. A nosso ver, a questão metodológica deveria ter merecido de Reale um tratamento especial – em sua *Teoria tridimensional do direito* (1994, p. 63), o autor em tela aponta uma possível orientação metodológica, mas não lhe aprofunda a análise. O objetivo que a teoria tridimensional deseja alcançar no conhecimento do direito depende, enormemente, do procedimento de estudo. O *como* possibilitará o *ser*. Estabelecer uma postura diante de um determinado objeto é o início;

tão importante quanto é definir o modo pelo qual ele será, propriamente, analisado. Isso não se configura como uma mera observação; no caso do tridimensionalismo específico e concreto defendido por Reale, trata-se da sua própria realização, efetivando-se plenamente como teoria.

Notas

¹ Esse *querer* é o da determinação radical e primeira que põe em ação mecanismos e atividades humanos (imaginação, vontade etc.). Cf. Luis Recaséns Siches. (1970, p. 75).

² Cf. Maria Helena Diniz. (1993, p. 39-40).

³ Reale diz ser esta a *dialética de implicação-polaridade*, visto que os pólos valor, fato e norma implicam-se mutuamente e mantêm-se irredutíveis. Cf. *Teoria tridimensional do direito* (1994, p. 47-).

Bibliografia

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1993.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

KANT, Emmanuel. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1954.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luiz. La filosofía del derecho de Miguel Reale. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 61, fasc. II, p. 78-85, 1961.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Bushatsky, 1973.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. 4. ed. México: Porrúa, 1970.

VILANOVA, Lourival. *Sobre o conceito do direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1947.

O advogado nos juízos, tribunais e órgãos da administração pública

José Guilherme Villela

Sumário

1. Advocacia: atividades privativas.
2. Deveres dos advogados.
3. Direitos e prerrogativas.
4. Considerações finais.

O tema — “O Advogado nos Juízos, Tribunais e Órgãos da Administração Pública” — tem inegável relevo, pois a *postulação judicial* em nome de seus constituintes é, sem dúvida, a mais importante e tradicional atividade da advocacia.

1. Advocacia: atividades privativas

A primeira indagação a fazer é se essa função de procurar em juízo deve ser *privativa* do advogado, isto é, do bacharel em Direito inscrito no quadro da Ordem.

Desde o Estatuto de 1963, o legislador já definira o advogado como “elemento indispensável à administração da Justiça” (art. 68 da Lei nº 4.215, de 27-4-63), norma fundamental repetida enfaticamente pelo art. 2º, *caput*, do Estatuto vigente, que é a Lei nº 8.906, de 4-3-94.

Nosso ordenamento jurídico positivo atual foi ainda mais longe: incorporou a regra da essencialidade à própria Carta Magna, dedicando todo um capítulo à disciplina básica “das funções essenciais à Justiça”, de modo que a advocacia, embora atividade liberal, passou a figurar ao lado do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública, como instituição essencial. A inovação da Carta, em verdade,

José Guilherme Villela é advogado.

deu à profissão do advogado tratamento singular, consagrando preceito de extraordinária valia no art. 133, *verbis*:

“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Aí está, portanto, que nem a própria lei pode disciplinar a administração da Justiça fazendo abstração da advocacia ou atentar contra a prerrogativa básica da inviolabilidade no exercício da profissão, que, certamente, não nos foi conferida pelo constituinte de 88 como um privilégio pessoal, que nosso regime republicano há muito não tolera, mas à conta de um instrumento de efetividade da garantia do contraditório e da plena defesa, que é um princípio fundamental da declaração constitucional de direitos, consoante se depreende do nº LV do art. 5º assim redigido:

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Parece intuitivo que negar a inviolabilidade do advogado pelos atos praticados no exercício da profissão seria o mesmo que comprometer ou anular a garantia da própria defesa, que a Constituição assegurou a todos os cidadãos, tanto nos *processos judiciais* como nos *administrativos*, sendo relevante assinalar que a introdução dos processos administrativos nessa garantia de nossa tradição constitucional mostra que não deve ser muito diferente da habitual a participação do advogado nos processos administrativos conduzidos pelos órgãos da Administração Pública, malgrado isso nem sempre seja bem compreendido pelos agentes políticos ou administrativos, tanto que muitos advogados são compelidos a impetrar segurança para afastar embaraços ao exercício profissional, por exemplo, nos Tribunais de Contas, nos Conselhos e demais órgãos de deliberação coletiva e até nas Comissões Parlamentares de Inquérito, es-

tas últimas cada vez mais freqüentes, atuantes e, não raro, violadoras de elementares direitos individuais, como tantas vezes tem sido reconhecido pelas nossas Cortes de Justiça, notadamente pelo Supremo Tribunal.

Como se viu, a primeira indagação formulada consiste em saber se a norma constitucional da essencialidade do advogado na administração da Justiça é compatível, ou não, com a notória existência de exceções legais, que admitem a postulação pessoal pelos próprios interessados.

A resposta de nosso Estatuto foi pela negativa, admitindo uma única exceção para a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal. Por isso, dispôs o art. 1º que são privativas de advocacia

“I. a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos *juizados especiais*;
II. as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas”.

Esse dispositivo estatutário, assim como muitos outros, sofreu severas críticas no meio jurídico, a ponto de alguns vislumbrarem na providência legislativa o estabelecimento de uma espécie de “reserva de mercado” para os advogados, quando talvez a *ratio legis* tenha sido assegurar a defesa efetiva, que, envolvendo questões técnico-jurídicas, não há de ser possível a leigos ou iletrados, devendo caber, obviamente, aos profissionais especializados.

A maior reação à suposta posição corporativista das normas estatutárias veio, com alguma surpresa, do mais prestigiado órgão de classe da magistratura, que é a Associação dos Magistrados Brasileiros, a qual, de imediato, ingressou na Suprema Corte com uma ação direta de inconstitucionalidade de mais de uma dezena dos novos dispositivos da Lei nº 8.906/94.

A medida cautelar dessa ação (ADInMC nº 1.127, de 6-10-94) foi julgada em diversas assentadas de setembro e outubro de 94, com larga e proveitosa discussão da matéria, na qual a maioria do Plenário, acompanhando o relator Ministro Paulo Brossard, concluiu que, mesmo após a vigência da

Constituição, subsistiam as normas excepcionais, que permitem a postulação pessoal ao próprio interessado. Assim é que, dando a chamada interpretação conforme ao texto constitucional, o STF estabeleceu, em caráter cautelar, que a norma estatutária da postulação privativa de advogado perante os juizados especiais não se aplica aos juizados de pequenas causas, à Justiça do Trabalho e à Justiça de Paz (à época, ainda não haviam sido regulamentados os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, fato que só veio a ocorrer com a Lei nº 9.099, de 26-9-95, cujo art. 9º também considerou facultativa a assistência de advogado nas causas de valor inferior a 20 salários mínimos; essa norma, pelos mesmos fundamentos adotados pelo Supremo nos casos já excluídos da privatividade, há de ser considerada válida).

Diante da já referida orientação do Supremo Tribunal em juízo de controle concentrado de inconstitucionalidade, que produz efeitos *erga omnes*, não obstante a regra da privatividade, permite-se ao legislador estabelecer exceções por motivos práticos ou de interesse social e assim vem ocorrendo, seja na matéria cível, seja na criminal.

Contudo, o legislador tem agido nesse particular com critério e moderação: a utilidade dos Juizados Especiais para o desafogo dos serviços da Justiça, que, certamente, aconselhou a facultatividade da intervenção de advogado perante esses órgãos nas causas de valor inferior a 20 salários mínimos (Lei nº 9.099/95, art. 9º), foi adotada com as cautelas adequadas (v. art. 9º, § 2º, e 41, § 2º), e não há de ceder por eventual inspiração corporativa. O mesmo se pode dizer da ação de alimentos requerida pelo próprio credor (art. 2º da Lei nº 5.478, de 25-7-68) ou da reclamação trabalhista (CLT, art. 791), esta última norma já antiga e muito utilizada na prática.

A exceção do *habeas corpus* é das mais caras de nossa tradição liberal. São frequentes os *habeas corpus*, em petições manuscritas pelos próprios presos no fundo dos cárceres, que chegam aos tribunais e até ao pró-

prio Supremo Tribunal, onde são julgados com a necessária atenção, não sendo incomum que os modestos impetrantes alcancem êxito nas próprias postulações. Esse tratamento particular dado ao *habeas corpus* e à revisão criminal em homenagem ao *status libertatis* foi acolhido pelo nosso próprio Estatuto, que bem andou ao excluir essa impetração da atividade privativa da advocacia (§ 1º do art. 1º).

Para remarcar que essa liberalidade quanto à impetração de *habeas corpus* não existe para deslocar a privatividade da postulação judicial pelo advogado, convém dizer que os próprios Regimentos Internos de nossas mais altas Cortes chegam a recomendar ao relator uma providência de bom aviso: reza, por exemplo, o art. 191, nº I, do Reg. STF que o relator poderá, “sendo relevante a matéria, nomear advogado para acompanhar e defender oralmente o pedido, se o impetrante não for diplomado em direito” (a regra é mesma para o Reg. STJ, art. 201, nº I).

Não tenho, pois, receio de afirmar que, entre nós, a postulação judicial é atividade privativa da advocacia, como quer nosso Estatuto, embora essa regra geral, a meu ver, não impeça que, em alguns casos, sejam estabelecidas pelo legislador umas poucas exceções justificadas por motivos práticos ou interesses sociais relevantes, como as que acabo de sumariar (com essa opinião não estão de acordo vozes abalizadas).

2. Deveres dos advogados

Nossa profissão é muito antiga, sujeitando-se a normas jurídicas e éticas bem conhecidas da sociedade e de cada um de nós advogados, que, além delas, nos guiamos ainda pelos imperativos de nossa própria consciência, nalguns casos até mais exigentes do que a lei, noutros, lamentavelmente, aquém das normas de obrigatoriedade geral.

Em íntima correlação com as prerrogativas da nobre profissão de advogado, as leis nos impõem graves deveres quando somos chamados a atuar perante os juízes e tribunais,

com os quais não temos qualquer relação de subordinação ou dependência, tanto que as eventuais infrações disciplinares de nossa responsabilidade são julgadas pela própria Ordem, ainda quando resultantes de atos praticados no curso dos processos judiciais.

Não cabendo, evocar memoráveis e encantadoras páginas literárias que, em prosa e verso, discorreram sobre a arte da advocacia, os deveres e as prerrogativas dos advogados, ficarei adstrito à menção de umas poucas normas legais, que bem resumiram os deveres jurídicos e os deveres éticos da profissão.

Começo pelo art. 14 do Código de Processo Civil, que, ao cuidar dos deveres das partes e dos procuradores, arrola os seguintes e graves deveres no exercício da atividade profissional da advocacia:

- I. expor os fatos em juízo conforme à verdade;
- II. proceder com lealdade e boa-fé;
- III. não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;
- IV. não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito”.

Passando ao tema da responsabilidade das partes por dano processual, o excelente diploma de 1973 assim conceituou a litigância de má-fé no art. 17:

- “Reputa-se litigante de má-fé aquele que:
- I. deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
 - II. alterar a verdade dos fatos;
 - III. usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
 - IV. opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
 - V. proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
 - VI. provocar incidentes infundados;
 - VII. interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”.

Além de submeter-se à disciplina legal dos deveres jurídicos no exercício da profissão, o advogado está obrigado pelo Estatuto a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina, que é sabidamente muito exigente e prescreve “deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa de patrocínio, o dever de assistência e os respectivos procedimentos disciplinares” (Estatuto, art. 33, par. único).

É bom não esquecer que uma das características de nossa profissão é que ela se exerce por meio de atos públicos, que se desenvolvem à vista de todos, seja quanto às peças escritas, seja quanto às manifestações orais, e se passam, quase sempre, na presença vigilante do advogado da parte contrária, evidentemente atento aos nossos erros ou deslizos, dos quais, provavelmente, poderá tirar proveito na defesa do cliente que ele patrocina.

3. Direitos e prerrogativas

Sendo tão graves os deveres da advocacia, é necessário que a lei socorra nossa atuação com a garantia de direitos ou prerrogativas, que não são privilégios pessoais dos advogados, mas instrumento de eficácia da missão de que nossa classe se incumba.

Advogado que devesse ao juiz manifestação de vassalagem, que não merecesse do foro consideração e respeito, que tivesse temor ou receio de desagradar a autoridade no exercício da profissão certamente seria um defensor inerte, inútil e dispendioso, que, para o cliente, seria melhor não contratar para qualquer serviço.

Atento a essas razões e no propósito de assegurar a plenitude da defesa nos processos judiciais e, desde a Constituição de 88, também nos processos administrativos, o legislador estatutário dedicou todo o Cap. II do Título I à enumeração dos direitos do advogado, fazendo-o, de modo exaustivo e abrangente, em cerca de 20 incisos do art. 7º,

muitos dos quais, aliás, foram objeto de impugnação pela Associação dos Magistrados Brasileiros perante o Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 1.127, a que já me referi.

Selecionarei alguns desses direitos para um breve comentário, que passo a fazer.

O primeiro desses direitos é o mais elementar da enumeração, pois consiste na liberdade de exercer a profissão em todo o território nacional (art. 7º, nº I), sendo relevante lembrar que o exercício ocasional fora da circunscrição em que o profissional é inscrito não mais está sujeito à prévia comunicação à Seção da Ordem e, muito menos, à sanção da nulidade, como alguns julgados chegaram erroneamente a cominar sob o regime estatutário anterior, embora jamais com o aval da Suprema Corte.

Outra prerrogativa de magna importância — nem sempre respeitada pelas autoridades administrativas, inclusive policiais e membros do Ministério Público — é corolário do próprio princípio da inviolabilidade e ficou assim prevista no nº II do art. 7º:

“ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a *inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho*, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e *acompanhada de representante da OAB*”.

Essa cláusula final “acompanhada de representante da OAB” foi impugnada pela AMB e acolhida pelo STF na citada ADInMC nº 1.127, de modo que se encontra suspensa até o julgamento definitivo daquela ação direta de inconstitucionalidade.

O direito do advogado à comunicação pessoal e reservada com clientes presos é fundamental ao eficiente exercício da defesa criminal, conquanto disso se possam valer advogados — certamente indignos de seu nobre múnus profissional — para fornecer instrumentos a fim de facilitação de fugas e até de perpetração de novos crimes no interior dos presídios. Essas ano-

malias, que, por certo, merecem a repulsa da Ordem e de toda a classe, não justificam, entretanto, sacrificar ou embaraçar essa prerrogativa básica do defensor criminal, tanto mais que há meios hábeis para coibir ou prevenir as infrações disciplinares ou penais envolvidas no exercício anormal dessa prerrogativa advocatícia.

O pretendido controle da OAB em relação à prisão em flagrante do advogado por motivo ligado ao exercício da advocacia, sob pena de nulidade do respectivo auto, bem como em relação às instalações prisionais destinadas a advogado, também não resistiu ao crivo do STF na já referida ADInMC nº 1.127.

O livre ingresso e trânsito do advogado nas repartições judiciais, cartoriais, policiais e prisionais foi sempre da tradição brasileira. Ultimamente, no entanto, o Poder Judiciário tem abandonado a modéstia de suas antigas instalações, que muito facilitava o acesso aos prédios e o trânsito interno nas repartições. Predominam hoje palácios faraônicos nos serviços judiciários e, em nome de uma verdadeira paranóia de insegurança, vêm sendo impostas às partes e aos seus advogados constrangedoras medidas de controle, semelhantes às adotadas nos aeroportos.

Ao invés de identificar-se o profissional pela simples apresentação da carteira expedida pela Ordem ou até de dispensá-la quando se trata de advogados de frequência constante e, por isso mesmo, muito conhecidos dos funcionários, passou a exigir-se, além de carteira da OAB, a submissão do advogado à imposição de crachás e a registros fotográficos para controle magnético, com a conseqüente multiplicação da despesa pública e do pessoal de segurança. O constrangimento a que se submetem, hoje, os advogados, sobre ofender inequívoco preceito legal (art. 7º, nº VI, alíneas *a*, *b* e *c*) e tolher sua liberdade profissional, contribui ainda para o desperdício dos recursos públicos e a conseqüente elevação da carga tributária do povo brasileiro.

Convém dizer que a cláusula de acesso “além dos cancelos que separam a parte reservada aos magistrados” é um exagero, verdadeira reminiscência da arquitetura interna dos edifícios forenses do tempo das Ordenações. Nenhum advogado pretende sentar-se nas bancadas dos Tribunais, embora todos costumem tomar assento próximo aos juízes nas mesas de audiências. O que não se pode consentir é que edifícios suntuosos — hoje tão comuns — possuam áreas imensas proibidas aos advogados, como se eles devessem ser considerados pessoas estranhas ao Poder Judiciário.

Ainda como instrumento para facilitar o livre exercício de suas tarefas profissionais, a lei assegurou ao advogado o direito de “dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada” (art. 7º, nº VIII). A tradição do foro sempre foi a da convivência próxima dos juízes, promotores, serventuários e advogados, todos componentes de uma verdadeira família forense. Atualmente, os juízes passaram a dispor de espaçosos e confortáveis gabinetes com um grande número de funcionários, alguns dos quais dedicados exclusivamente ao controle de agendas de atendimento, que chegam a fixar escassos horários para isso e a limitar o número das pessoas a atender, o que, por vezes, ocasiona dificuldades adicionais ao serviço normal dos advogados.

Outro ponto delicado se situa no direito à sustentação oral nas sessões de julgamento. Os Tribunais, de modo geral, estão abarrotados de recursos, a maioria deles oriundos de causas repetidas que só continuam vindo às Cortes Superiores por insistência dos entes públicos na obstinada resistência ao pagamento de suas dívidas. Há períodos em que, numa única sessão de julgamento, são decididas algumas centenas de processos, que, na verdade, só servem para as demonstrações estatísticas de eficiência burocrática. Esse quadro é peculiar à ins-

tância especial e extraordinária, mas, no plano das apelações, é muito comum também a observação de ser pequena a utilidade da defesa oral, em face da existência de um relator e de um revisor, que tiveram ocasião de manusear os autos, para, com isenção, resolver a controvérsia travada entre as partes. Por uma ou outra razão, há alguma descrença dos magistrados na defesa oral, que muitos vêm como pura perda de tempo nas sessões de julgamento.

O legislador, todavia, tomou outro rumo: ao invés de limitar ou suprimir a defesa oral, estabeleceu que, na instância judicial ou administrativa, a sustentação poderá ser feita *após o voto do relator* (art. 7º, nº IX). Essa norma estatutária pretendeu repristinar a antiga Lei Castilho Cabral (Lei nº 2.970, de 24-11-56), que o Supremo Tribunal Federal — sem provocação de qualquer interessado e agindo de ofício, talvez pela única vez em sua centenária história — julgou inconstitucional dois dias após a publicação da referida Lei no *Diário Oficial* (DO de 28-11-56 e julgamento na sessão de 30-11-56, *ut DJ* de 1º-12-56). Nesse insólito julgamento, só votaram vencidos os saudosos Ministros Luiz Gallotti e Hannemann Guimarães, que, aliás, não eram provenientes da magistratura. Pelos magistrados possivelmente haja falado o grande e saudoso Ministro Nelson Hungria, que, com sua proverbial veemência, assim anatematizou a Lei de 1956:

“Foi, naturalmente, um desses advogados teimosos, obstinados, que não se arredam jamais de seus agudíssimos ângulos de visão, supondo-se monopolizadores, detentores exclusivos da verdade, que soprou nos ouvidos de Licurgo a fórmula da lei n. 2.970. Os juízes relatores estariam sujeitos a todos os atropelos da oratória de tais advogados. Se há advogados serenos e corteses, outros há que andam sempre com quatro pedras na mão, não se abstenendo de linguagem contundente ou desrespeitosamente irônica para com os juízes, esqueci-

dos de que estes são os agentes do Poder Público que mais necessitam do acatamento e crédito de confiança dos que pleiteiam por seus interesses” (apud SODRÉ, Ruy de Azevedo. *O Advogado e a ética profissional*. [S.l.]: [s.n.], 1967, p. 525).

Diante de tão surpreendente e indigna repulsa da Suprema Corte à Lei nº 2.970/56, só restou ao Senado Federal suspender-lhe a vigência mediante a Resolução nº 23, de 1959.

A última tentativa estatutária de assegurar que a sustentação oral seja posposta ao voto do relator não teve melhor sorte. Já agora por regular provocação do Procurador-Geral da República, na via própria da ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal, com a serenidade do estilo, voltou a fulminar a mesma providência, que, sendo matéria de economia interna dos tribunais, só poderia caber aos respectivos Regimentos Internos. Houve dois substanciais votos dissidentes dos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, tendo sido lavrado o acórdão pelo Ministro Paulo Brossard, que resumiu nesta expressiva ementa a opinião que vem predominando na Corte nos últimos 50 anos:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Inciso IX, do art. 7º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), que pospõe a sustentação oral do advogado ao voto do relator. Liminar.

Os antigos regimentos lusitanos se não confundem com os regimentos internos dos tribunais; de comum eles têm apenas o nome. Aqueles eram variantes legislativas, da monarquia absoluta, enquanto estes resultam do fato da elevação do Judiciário a Poder do Estado e encontram no Direito Constitucional seu fundamento e previsão expressa.

O ato do julgamento é o momento culminante da ação jurisdicional do Poder

Judiciário e há de ser regulado em seu regimento interno, com exclusão de interferência dos demais Poderes.

A questão está em saber se o legislador se conteve nos limites que a Constituição lhe traçou ou se o Judiciário se manteve nas raias por ela traçadas, para resguardo de sua autonomia. Necessidade do exame em face do caso concreto.

A lei que interferisse na ordem do julgamento violaria a independência do Judiciário e sua seqüente autonomia.

Aos tribunais compete elaborar seus regimentos internos, e neles dispor acerca de seu funcionamento e da ordem de seus serviços. Esta atribuição constitucional decorre de sua independência em relação aos Poderes Legislativo e Executivo.

Esse poder, já exercido sob a Constituição de 1891, tornou-se expresso na Constituição de 34, e desde então vem sendo reafirmado, a despeito dos sucessivos distúrbios institucionais.

A Constituição subtraiu ao legislador a competência para dispor sobre a economia dos tribunais e a estes a imputou, em caráter exclusivo.

Em relação à economia interna dos tribunais a lei é o seu regimento.

O regimento interno dos tribunais é lei material. Na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outro depende da matéria regulada, pois são normas de igual categoria. *Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera.*

Constituição, art. 5º, LIV e LV, e 96, I, a.

Relevância jurídica da questão: precedente do STF e resolução do Senado Federal.

Razoabilidade da suspensão cautelar de norma que alterou a ordem dos julgamen-

tos, que é deferida até o julgamento da ação direta” (ADInMC nº 1.105, de 3.8.94).

Apesar de essa providência ter dado lugar a uma visceral confrontação entre o Supremo e a nossa classe, tenho eu minhas dúvidas de que seria sempre conveniente ao advogado falar após o voto do relator, quando, eventualmente, contrário ao interesse por ele defendido, pois, nessa hipótese, passaria a ter o óbvio encargo de opor àquele voto uma réplica imediata e convincente. Para apontar possível erro do relator, parece-me muito mais conveniente o pedido de esclarecimento de matéria de fato durante o julgamento, que os tribunais costumam admitir num caso ou noutro com maior ou menor liberalidade, mas não podem recusá-lo, já que o art. 7º, nº X, do Estatuto atribui ao advogado também o direito de “usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas”. Com essa norma, sem dúvida, previne-se o manifesto inconveniente do prolongamento excessivo e estéril da discussão jurídica, sem impossibilitar a prestação de útil esclarecimento de fato sobre erro passível de comprometer o próprio julgamento.

A imunidade do advogado por manifestações no exercício da profissão por injúria, difamação ou *desacato* (art. 7º, § 2º) foi acolhida pelo Supremo Tribunal na ADInMC nº 1.127, salvo quanto ao *desacato*. Nesse particular, parece mesmo haver exorbitado o Estatuto, já que, a não ser em situações teratológicas, o regular exercício da advocacia não há de exigir a quebra das regras de polidez a ponto de chegar o profissional ao extremo da prática do crime de *desacato* contra “funcionário público no exercício da função ou em razão dela” (CP, art. 331). Aqui, o que o Estatuto acabou assegurando foi a mesma e velha *libertas conviciandi* já garantida pela lei penal (art. 142. Não cons-

titui injúria ou difamação punível... a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador...). Vale lembrar que, segundo a opinião prevalecente, a imunidade em apreço não acoberta a ofensa irrogada ao juiz da causa, pois não vingou o magistral e belo ensinamento que nos legou o eminente Desembargador Raphael de Almeida Magalhães num antológico despacho de 1928. A lição é muito conhecida, mas não deixarei de reproduzir a passagem final, que dá cabal testemunho da excelsa qualidade daquele magistrado mineiro, que tanto ilustrou o antigo Tribunal da Relação:

“Apontar os erros do julgador, profligar-lhe os deslizes, os abusos, as injustiças em linguagem veemente, é direito sagrado do pleiteante. O calor da expressão há de ser proporcionado à injustiça que a parte julgue ter sofrido. Nada mais humano do que a revolta do litigante derrotado. Seria uma tirania exigir que o vencido se referisse com meiguice e doçura ao ato judiciário e à pessoa do julgador que lhe desconheceu o direito. O protesto há de ser, por força, em temperatura alta. O juiz é que tem de se revestir da couraça e da insensibilidade profissional necessária para não perder a calma e não cometer excessos” (RF. 51/629).

O direito a exame de quaisquer autos de processos judiciais e administrativos e à vista deles fora dos cartórios ou repartições é outro instrumento de que se vale o profissional para melhor aparelhar-se para suas tarefas. Nos Regimentos Internos das Cortes Superiores, essa vista, que já se tornou habitual, encontra-se satisfatoriamente disciplinada (Reg. STF, art. 86, e Reg. STJ, art. 94).

O advogado postula, em juízo ou fora dele, fazendo a prova do mandato, mas, afirmando razão de urgência, poderá apresentá-lo no prazo de 15 dias, prorrogável por igual período (art. 5º e § 1º). A Lei nº 8.952, de 13-12-94, dispensou o reconhecimento da firma do outorgante por tabelião, mas alguns

julgados ainda exigem a formalidade em determinadas situações. Como já se disse acerca de outros problemas cartorários, essa é uma Bastilha difícil de ser tomada. De outra parte, algumas exigências, nesse terreno, decorrem de idiosincrasias de uns poucos magistrados sequiosos de não conhecer de recursos por frívolos pretextos de forma.

Ainda merece referência o direito de retirar-se o advogado do recinto onde esteja aguardando ato judicial, após 30 minutos de atraso da autoridade que deva presidi-lo (art. 7º, nº XX). Obviamente, nesse caso será necessária a cautela de protocolizar em juízo a comunicação pertinente.

O Estatuto estabeleceu também a obrigatoriedade de reservar salas especiais permanentes para os advogados, com o controle assegurado à OAB. Embora sejam tais salas tradicionais entre nós, o controle da Ordem sobre uma porção de edifício público administrado por órgão do Poder Judiciário não foi admitido pelo STF na mesma ADInMC nº 1.127, aqui já citada com frequência.

4. Considerações Finais

Julgo oportuno finalizar com uma breve referência a dois problemas da advocacia relacionados com as intimações pela imprensa oficial e o preparo de recursos.

Bem sabem os militantes dos Tribunais ser tormentoso para nossos escritórios o controle das intimações processuais feitas através da imprensa oficial, que adota um sistema gráfico sem uniformidade e já inteiramente superado nas publicações modernas. O grave problema, que pode ocasionar conseqüências desastrosas na vida dos advogados, já na década de 60 muito preocupava o saudoso Ministro Victor Nunes Leal, talvez o mais incansável e lúcido dos reformadores da instituição da Justiça, que lançou algumas idéias, mas não pôde formular a solução definitiva. A solução acabou sendo encontrada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, inspirador da Emenda Regimen-

tal nº 6, de 12-6-96, aprovada pelo STF durante seu biênio presidencial.

A solução da tormentosa questão, segundo a fórmula imaginada pelo ex-advogado José Paulo Sepúlveda Pertence, notoriamente uma das figuras exponenciais de nossa corporação, foi bastante simples e alcançada por meio de meras normas regimentais, a saber:

art. 82, § 3º. As publicações dos expedientes dos diversos processos serão acompanhadas, em cada edição do “Diário da Justiça”, do índice alfabético dos nomes de todos os advogados neles indicados e do índice numérico dos feitos cujo expediente constar da edição, *ambos referidos aos números seqüenciais* mencionados no “caput” deste artigo (*número seqüencial indicativo de sua posição na edição do jornal oficial*);

art. 82, § 5º. O erro ou omissão das referências correspondentes a determinado processo nos índices alfabético e numérico *implicará a ineficácia da respectiva publicação*.

Portanto, agora, nos processos em curso no STF, o advogado só terá riscos se, por óbvia negligência, deixar de pedir figure seu nome no expediente. Fora dessa hipótese, não precisará, por si ou por terceiros, dedicar horas e horas de seu dia de trabalho à “sedutora” leitura da cada vez mais volumosa e enfadonha publicação oficial, que, além dos defeitos intrínsecos, tem sofrido as conseqüências de uma sucessão de prolongadas greves de funcionários com claros reflexos no atraso da divulgação do expediente judiciário.

É de lamentar apenas que o exemplo do Supremo não haja ainda produzido todos os frutos esperados, porquanto a Corte só foi imitada, no âmbito do Distrito Federal, pela Justiça do Trabalho de 1ª instância e pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, este apenas em relação a uma parte do expediente. A generalização da providência a todo o Poder Judiciário seria, sem dúvida, uma

boa reivindicação no sentido da almejada facilitação das árduas tarefas dos advogados.

Outra questão de risco é o preparo dos recursos, que, do ponto de vista fiscal, pouco acrescenta ao Poder Público, sendo mesmo irrisório até bem pouco tempo. Apesar disso, sua falta leva à deserção do recurso e ao conseqüente perecimento de muitos direitos que mereceriam ser resguardados.

Em tempo mais recuado, de que certamente só nos lembramos os velhos advogados, o preparo se fazia nos Tribunais a que se destinavam os recursos. O óbvio inconveniente de ter o advogado de providenciar o preparo na Capital do Estado ou da União, isto é, fora de seu domicílio profissional, aconselhou transferir o ato para os Tribunais de origem. Quando se supunha que a exigência do preparo estivesse destinada a desaparecer, pois a Lei nº 8.038/90 não a contemplou em relação ao novel recurso especial, surgiu a Lei nº 8.950/94, que, dando nova redação ao art. 511 do C. Pr. Civ., passou a exigir que, no próprio ato de interposição do recurso, o recorrente comprovasse, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive a satisfação do porte de remessa e retorno dos autos.

O retrocesso foi inegável e dele se originaram muitas dificuldades que a jurispru-

dência vem procurando contornar, a menor das quais não é a falta de coincidência entre o horário dos bancos e do expediente forense, que acaba encurtando, de pelo menos um dia, os já exíguos prazos dos recursos, tão-somente para atender à insignificância do preparo e do porte de retorno (este último está sendo exigido, também sob a ameaça de deserção, até em face do recurso especial, que em 1990 ficara livre até do preparo, porque, de fato, àquela época, essa exação fiscal era absolutamente irrelevante).

Aliás, o que se percebe nessas recentes leis modificativas do Código Processo Civil, de notória inspiração de prestigiosos membros do Poder Judiciário, é que a salutar preocupação de aperfeiçoamento da instituição leva muito mais em conta as dificuldades dos juízes e tribunais do que as dos advogados. É o que facilmente revelam, entre outras providências reformadoras, as complicações para a interposição do agravo, a injustificável ampliação da possibilidade de julgar monocraticamente os recursos com a virtual supressão da defesa oral ou a retenção obrigatória dos recursos especiais e extraordinários das decisões interlocutórias, problemas que têm gerado grandes inconvenientes de ordem prática, aos quais, felizmente, a Justiça não tem sido insensível.

A cláusula do tratamento nacional em matéria tributária do GATT/94 e o Brasil: validade e responsabilidade internacional em face do artigo 151, III, da Constituição Federal de 1988*

Luciane Amaral Corrêa

Sumário

Introdução. 1. A celebração do acordo GATT/94 pelo Brasil. 1.1. Da competência da União Federal para a celebração de tratados internacionais. 1.2. Da obrigatoriedade do artigo III do GATT/94 para o Brasil. 2. Da responsabilidade internacional do Brasil pelo descumprimento do artigo III:2 do GATT/94 relacionado com a isenção de tributos estaduais e municipais. 2.1. Da responsabilidade internacional do Estado por ato ilícito – síntese do regime geral. 2.2. Da responsabilidade internacional no sistema da OMC e da violação do artigo III:2 do GATT/94 pelo Brasil relacionada com o art. 151, III, da CF/88. Conclusão.

2. Da responsabilidade internacional do Brasil pelo descumprimento do artigo III:2 do GATT/94 relacionado com a isenção de tributos estaduais e municipais

Como já se viu até aqui, o Brasil está comprometido pelo acordo GATT/94 e, conseqüentemente, deve obedecer às normas daquele tratado, entre elas a cláusula do tratamento nacional em matéria tributária de que aqui tratamos. Resta investigar, portanto, se a eventual violação dessa cláusula relacionada com a isenção de tributos estaduais ou municipais pode acarretar a responsabilidade internacional do Brasil perante a Organização Mundial do Comércio. Iniciaremos com uma síntese do regime geral de responsabilidade internacional por atos ilícitos.

*Artigo publicado em duas partes (primeira parte na edição anterior).

Luciane Amaral Corrêa é Juíza Federal em Porto Alegre-RS, Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Professora de Direito Internacional Público da Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul – ESMAFE.

ritos¹ e, logo a seguir, examinaremos as regras próprias da OMC a respeito do tema.

2.1. Da responsabilidade internacional do Estado por ato ilícito – síntese do regime geral

O estudo da responsabilidade internacional requer um certo desprendimento dos conceitos recebidos dos sistemas internos respectivos, tendo em vista o que Prosper Weil denomina “unidade da responsabilidade internacional”. Segundo ele, “o direito internacional (...) se caracteriza (...) por uma unidade fundamental. Essa característica (...) é devida por sua vez ao caráter costumeiro e rudimentar do direito da responsabilidade internacional, que não se presta a diferenciações demasiado sutis e deve, por conseguinte, se conservar dentro de uma certa generalidade, e à falta de uma autoridade com competência para garantir os interesses comuns (...)”². Decorre dessa unidade a concepção relativamente simples da doutrina da responsabilidade internacional, que gira em torno do que aquele autor denomina “tríade tradicional”: obrigação – violação – responsabilidade. Assim, a responsabilidade internacional surge toda vez que um Estado viola uma obrigação internacional, independentemente de sua natureza. Conforme o ensinamento de Weil, “o direito internacional define as obrigações a cargo dos Estados; a violação de uma obrigação internacional constitui um fato internacionalmente ilícito; o fato internacionalmente ilícito de um Estado acarreta sua responsabilidade internacional”³. Depreende-se daí que há um único regime de responsabilidade internacional por atos ilícitos, não se distinguindo entre responsabilidade contratual e responsabilidade por ato ilícito propriamente dita⁴.

Três são os elementos constitutivos da responsabilidade internacional do Estado por ato ilícito: 1) o dano; 2) sua imputabilidade a um determinado Estado; 3) a ilicitude do ato causador do dano, ou seja, a viola-

ção do Direito Internacional. Analisaremos separadamente cada um desses elementos, sem pretender esgotar seu estudo, já que o objetivo do presente trabalho, quanto a esse aspecto, é apenas sintetizar as normas gerais do regime correspondente, permitindo um posterior exame das normas do sistema da OMC, que, como se verá, são expressões do regime geral.

2.1.1. O dano

Inexiste, a nosso ver, responsabilidade internacional sem dano. Entretanto, alguns doutrinadores sustentam que o simples incumprimento de uma obrigação internacional ou a mera violação de uma norma dessa natureza bastariam para caracterizá-la. Concordamos, a respeito do tema, com Prosper Weil, quando diz que a controvérsia gira em torno da *natureza* do dano, tendo em vista que, na verdade, ambas as escolas exigem sua ocorrência. Assim, para alguns, é necessário que um direito subjetivo seja atingido; para outros, basta um prejuízo jurídico, ou seja, ao interesse que qualquer Estado tem no respeito ao Direito Internacional pelos demais⁵. É preciso esclarecer, portanto, que, quando nos referimos a dano, fazemos menção a um prejuízo material ou moral específico, não a um mero prejuízo jurídico, relativo ao interesse no cumprimento das normas internacionais.

Ensina Jean Combacau que “um Estado não pode alegar a responsabilidade de outro, ainda que reunidas as condições relativas ao fato gerador, se não tiver sofrido um dano” (1993, p. 525). Segundo ele, a noção de dano não é fática, porém construída pelo Direito, e comporta dois elementos, um extrínseco e o outro intrínseco. O elemento extrínseco se confunde com a *causalidade*, no sentido de que “um dano é um mal qualquer, mas causado por alguma coisa, e é essa ‘causa’ que faz do mal um ‘efeito’ e que lhe dá sua qualidade jurídica de dano ou de ‘prejuízo’; dito de outra forma, o dano não existe naturalmente, ele é uma categoria in-

telectual, que somente adquire sua consistência pela operação *a posteriori* que consiste em conectar um mal, noção natural, a um fato, outra noção natural, para dizer que o último provocou o primeiro, que há entre ambos uma relação de causalidade (...)”⁶. Por sua vez, o elemento intrínseco é o ferimento de um direito subjetivo, ou de um interesse legalmente protegido (1993, p. 526-527).

O dano sofrido pode ser de natureza material ou moral, sendo material todo dano apreciável em dinheiro à primeira vista, ao contrário do que ocorre com o moral, a despeito do fato de que também a reparação desse último poderá ser feita em termos monetários (1993, p. 527).

2.1.2. A imputabilidade do dano a um Estado determinado

Para Jean Combacau, tanto a imputabilidade quanto a ilicitude fazem parte do que ele denomina *fato gerador* da responsabilidade estatal internacional. O dano, assim, apenas possibilita a ocorrência da responsabilidade internacional, fazendo-se necessário, para sua efetivação, que o fato que lhe deu origem – *fato gerador* – seja imputável a um Estado determinado e ilícito aos olhos do Direito Internacional (1993, p. 535).

A imputabilidade de um determinado ato a um Estado significa, em última análise, dizer que foi o Estado que recebe a imputação quem praticou o ato imputado. O Estado foi, em suma, o *autor* do fato causador do dano (COMBACAU; SUR, 1993, p. 535).

A dificuldade que aparece em termos de imputabilidade e que tem especial interesse para o presente trabalho diz respeito à responsabilização do Estado por atos de sujeitos de direito interno, como, por exemplo, os estados-membros de federação. Ensina Combacau que a imputabilidade diz respeito principalmente à determinação do autor do ato danoso “e o princípio da não-pertinência das normas internacionais para aqueles que não são sujeitos dessa ordem jurídica torna essa determinação difícil. Se com

efeito as regras internacionais instituem frequentemente direitos ‘imediatos’ sobre os sujeitos internos, elas raramente se dirigem a eles para impor-lhes obrigações: são os Estados que elas obrigam, cabendo a eles se utilizar dos procedimentos do seu direito interno para fazer com que seus compromissos internacionais não sejam violados em virtude de ações de seus próprios sujeitos. Salvo exceção, não é possível então existir responsabilidade civil internacional de sujeitos de direito interno que são os agentes do Estado e os particulares: os fatos danosos de que são autores materiais não são fatos internacionalmente ilícitos porque eles próprios, não sendo destinatários de normas internacionais, são por definição inaptos a violá-las”⁷.

É o Estado, portanto, quem responde internacionalmente pelas violações praticadas por seus agentes, podendo-se distinguir a imputabilidade dos fatos resultantes da atividade estatal daquela ocasionada por sua omissão numa situação em que tivesse o dever de agir para impedir a ocorrência do dano. Para o Direito Internacional, destarte, é indiferente, em matéria de responsabilidade, a organização interna do Estado. Assim, é por exemplo o Estado Federal quem responde pelos atos de seus estados-membros que redundem em violação de normas internacionais. O Estado responde, ainda, pelos atos de seus poderes diversos, executivo, legislativo ou judiciário (COMBACAU; SUR, 1993, p. 536).

Considerando a responsabilidade do Estado por danos praticados por seus agentes, distingue-se a responsabilidade internacional em direta ou indireta. Conforme leciona Luiz Cesar Ramos Pereira, “há uma responsabilidade internacional do Estado de forma *direta* quando os órgãos do Estado, ou este atuando como um todo, violam uma obrigação ou uma norma tida e aceita como de Direito Internacional. O Estado, e não o seu *órgão*, é juridicamente responsável por violações do Direito Internacional cometidas por atos ou fatos de Estado. A

responsabilidade internacional *indireta* ou *derivada* acontece quando o Estado, devendo corrigir o dano causado por um dos seus funcionários ou por um de seus órgãos (atuando “*ultra vires*”), ou até mesmo por outro Sujeito de Direito Internacional, pelo qual responde por seus atos, não o faz, incorre na figura jurídica da *omissão*” (2000, p. 62-63). Entende o autor, inspirado em Charles Rousseau, que a responsabilidade do Estado Federal pelos atos praticados por seus estados-membros se insere na categoria indireta. Retomaremos esse aspecto quando tratarmos especificamente das normas sobre responsabilidade internacional no sistema da OMC.

Deve-se referir, ainda, a existência de causas de exclusão da imputação. Segundo Jean Combacau, “existem circunstâncias que permitem ao Estado não sofrer imputação, ou pelo menos não totalmente, por fato gerador de um dano que ele, no entanto, contribuiu para gerar: são aquelas em que o dano não foi produzido exclusivamente nem por seus órgãos nem por terceiros por quem ele deve responder, mas, ao menos em parte, por sujeitos ou acontecimentos com os quais ele não se relaciona. A questão que aqui se põe é então identificar o fato gerador, para determinar a quem deve ser imputado; é novamente uma busca da causalidade (...)”⁸. Aponta o autor, entre outras causas, o fato do particular, que pressupõe uma conduta ilícita ou inadapta da vítima, e o fato estranho ao particular (1993, p. 539-540).

2.1.3. A ilicitude do ato causador do dano – violação do Direito Internacional

A noção de ilicitude substitui a de *culpa*: não se perquire quanto à *culpa* do Estado, ou quanto à sua intenção, bastando para a configuração da responsabilidade a possibilidade de lhe atribuir o dano causado por um ato internacionalmente ilícito⁹. A ilicitude é, desse modo, o fundamento da res-

ponsabilidade internacional do Estado e consiste, em última análise, na violação de uma norma de Direito Internacional, seja ela oriunda de um tratado internacional ou não. Conforme já mencionado acima, o ato ilícito pode ter a forma de uma *ação* ou de uma *omissão*. Ainda, deve-se referir que o Projeto de Convenção sobre Responsabilidade dos Estados da Comissão de Direito Internacional distingue entre crimes e delitos, ambos pertencentes à categoria dos ilícitos internacionais. Crime internacional, de acordo com o artigo 19 do Projeto, consiste na violação de obrigação essencial à proteção dos interesses fundamentais da comunidade internacional, enquanto o delito diz respeito à violação das demais obrigações. São exemplos de crimes internacionais o genocídio e a escravatura, entre outros. A eventual violação do artigo II:2 do GATT/94, por outro lado, seria uma hipótese de delito internacional.

Existem algumas causas de exclusão da ilicitude do ato: a) ação de outro Estado que torna o ato praticado lícito; b) força maior. São exemplos do primeiro caso o consentimento do Estado que sofre o ato potencialmente ilícito, a legítima defesa, as represálias e a retorsão. A força maior se constitui num “evento imprevisível e externo à vontade daquele que a invoca” que torna absolutamente impossível àquele executar suas obrigações internacionais¹⁰. Deve-se mencionar, ainda, o estado de necessidade, “situação na qual o Estado, diferentemente de seu agente, (...) mesmo materialmente capaz de executar sua obrigação, não poderia fazê-lo sem colocar em perigo seus interesses fundamentais e ao preço de sacrifícios além do que, de seu ponto de vista, dele se poderia esperar”¹¹. Embora o estado de necessidade não exclua a ilicitude, acarretando responsabilidade internacional do Estado, tem sido considerado como atenuante daquela (COMBACAU; SUR, 1993, p. 543).

Em síntese, são esses os elementos que configuram a responsabilidade internacional em seu regime geral. O Estado que viola

obrigação internacional, causando dano a outrem, tem, por conseguinte, obrigação de reparar o dano causado, decorrência lógica da responsabilidade internacional. Segundo Jean Combacau, “a responsabilidade, em direito internacional como em outros sistemas jurídicos, consiste em uma *obrigação* de reparar o dano”¹². A obrigação de reparar é, em síntese, o conteúdo da responsabilidade internacional, substituindo-se à obrigação decorrente da norma jurídica violada.

A reparação pode-se dar de várias formas, por meio de restauração da situação anterior ao ato ilícito que originou a responsabilidade, de satisfação ou de indenização. Para os fins do presente trabalho, interessam as formas de reparação previstas no âmbito da OMC, o que veremos a seguir.

Traçamos, até aqui, em linhas gerais, o regime da responsabilidade internacional do Estado por atos ilícitos. A responsabilidade por violação de tratados firmados no âmbito da OMC segue os princípios gerais aqui relacionados.

2.2. Da responsabilidade internacional no sistema da OMC e da violação do artigo III:2 do GATT/94 pelo Brasil relacionada com o art. 151, III, da CF/88

De acordo com o que foi visto acerca do regime geral sobre a responsabilidade internacional do Estado por ato ilícito, a violação de normas de tratado internacional acarreta a correspondente responsabilidade, inclinando-se a teoria respectiva em direção à desnecessidade de investigação quanto à culpa do Estado que a praticou, bastando uma violação efetiva, objetivamente verificada, a ele imputável, causadora de dano a outrem.

O Tratado Constitutivo da OMC prevê regras próprias para a responsabilidade internacional pelo descumprimento de suas normas, que não se afastam dos princípios gerais supramencionados. Cabendo a cada Membro a observância das normas do

GATT/94, sua violação pode acarretar a sujeição do Estado a um procedimento próprio de resolução de controvérsias, previsto no Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias.

A regra que constitui o ponto de partida para a consideração da responsabilidade dos Estados por violação de normas daqueles tratados está consignada no artigo XVI:4 do Acordo Constitutivo, com a seguinte redação: “*each Member shall ensure the conformity of its laws, regulations and administrative procedures with its obligations as provided in the annexed Agreements*”¹³. Ela também está contida no artigo XXIV:12 do GATT/47: “*Each contracting party shall take such reasonable measures as may be available to it to ensure observance of the provisions of this Agreement by the regional and local governments and authorities within its territories*”¹⁴.

O sistema do GATT/94 consagra, ainda, disposições específicas relativas ao descumprimento de suas normas por estados-membros de federação. O Entendimento sobre a Interpretação do Artigo XXIV do GATT/94 prevê expressamente que “*each Member is fully responsible under GATT 1994 for the observance of all provisions of GATT 1994, and shall take such reasonable measures as may be available to it to ensure such observance by regional and local governments and authorities within its territory*”, bem como que “*the provisions of Articles XXII and XXIII of GATT 1994 as elaborated and applied by the Dispute Settlement Understanding may be invoked in respect of measures affecting its observance taken by regional or local governments or authorities within the territory of a Member. When the Dispute Settlement Body has ruled that a provision of GATT 1994 has not been observed, the responsible Member shall take such reasonable measures as may be available to it to ensure its observance. The provisions relating to compensation and suspension of concessions or other obligations apply in cases where it has not been possible to secure such observance*” (Artigo XXIV:12, itens 13 e 14)¹⁵. Segundo Domi-

nique Carreau e Patrick Juillard, “a OMC é uma das raras instituições internacionais a se preocupar com sua abrangência territorial e, particularmente, com sua aplicação dentro dos Estados de estrutura federal. Sabe-se com efeito toda a dificuldade posta pela estrutura federal dos Estados em matéria de conclusão e de aplicação dos compromissos internacionais, onde as exigências recíprocas do direito internacional e do direito constitucional não são sempre facilmente conciliáveis”¹⁶.

Os artigos supramencionados são de especial interesse para o presente trabalho, porque disciplinam, entre outros, a responsabilidade do Estado Federal por atos de seus estados-membros que violem os termos do GATT/94. Conforme visto quando sintetizadas as linhas gerais da teoria da responsabilidade internacional do Estado por atos ilícitos, ela é considerada *indireta* quando o Estado responde pelos atos de seus estados-membros: o Estado tem o dever de fazer com que seus estados-membros cumpram as obrigações internacionais por ele assumidas e, caso não o faça, incorre em omissão, podendo ser responsabilizado internacionalmente.

No sistema do GATT anterior à instituição da Organização Mundial do Comércio, a responsabilidade internacional do Estado Federal pelos atos de seus estados-membros não era uma questão pacífica. O Estado não respondia por atos dos governos regionais e locais que estivessem fora do controle do governo central, conforme distribuição constitucional de competências, caso tivesse adotado medidas razoáveis no sentido de fazer com que aqueles cumprissem as normas do GATT. Desse modo, existia, a nosso ver, uma causa de exclusão da imputação quanto a esse aspecto. Embora possa causar estranheza, à primeira vista, a identificação no particular de uma tal causa de exclusão, vê-se que, conforme confirmado por decisões de painéis, como será visto adiante, o Estado somente respondia pela violação caso não ficasse demonstrado que

tomara as medidas razoáveis para assegurar o cumprimento das normas correspondentes por seus estados-membros. A nosso ver, podiam persistir o dano e a ilicitude, já que uma norma do tratado estava sendo violada, porém o Estado, comprovando que tomara medidas razoáveis para assegurar sua observância por seus estados-membros, exonerava-se da responsabilidade, que não mais lhe podia ser imputada.

No contexto acima descrito, decidiu-se o painel *United States—Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*¹⁷ no sentido de que o Estado federal podia isentar-se da responsabilidade pelos atos de seus estados-membros se lograsse demonstrar que eles estavam fora de sua competência constitucional. Naquele caso, o Canadá se insurgira contra o sistema de tributação federal e estatal dos Estados Unidos que acarretava menores imposições à cerveja e ao vinho domésticos em comparação aos similares importados. Os Estados Unidos, relativamente aos tributos dos estados-membros, procurou demonstrar ter tomado medidas *razoáveis* no sentido da eliminação das diferenças correspondentes. A respeito do artigo XXIV:12, disse o Painel que destinava-se a aplicar-se “*only to those measures by regional or local governments or authorities which the central government cannot control because they fall outside its jurisdiction under the constitutional distribution of powers. The Panel agreed with this interpretation in the view of the general principle of international treaty law that a party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty obligation. (...) Based on the evidence submitted, the Panel concluded that the United States has not demonstrated to the Panel that the general obligation of contracting parties to withdraw measures inconsistent with the General Agreement cannot be observed in this case by the United States as a result of its federal constitutional structure and that the conditions for the application of Article XXIV:12 are met*”¹⁸. No mesmo sentido, decidiu-se o caso *Panel on Import, Distribution and Sale of Alcoholic*

Drinks by Canadian Provincial Marketing Agencies, considerando o Painel que o Canadá não havia logrado demonstrar a utilização de medidas razoáveis destinadas a assegurar o cumprimento das normas do GATT por órgãos regionais e, conseqüentemente, recomendando ao país que adotasse “*such reasonable measures as may be available to it to ensure observance of the provisions of Articles II and XI of the General Agreement by the provincial liquor boards in Canada*”¹⁹.

Ainda, consultando-se o Analytical Index of the GATT, vê-se que a nota interpretativa ao artigo III:1 determinava que “a aplicação do parágrafo primeiro a tributos internos impostos por governos e autoridades locais dentro do território de uma parte contratante está sujeita às disposições do parágrafo final do artigo XXIV”²⁰, adicionando algumas condições. Raj Bhala e Kevin Kennedy observam, a esse respeito, que o artigo XXIV:12 se aplicava apenas às medidas locais que o governo federal não podia controlar porque estariam fora de sua esfera de competência constitucional, o que acabava gerando um desequilíbrio entre Estados federais e unitários (1998, p. 103).

Assim, no contexto do GATT anterior à OMC, o Estado devia comprovar a utilização de medidas razoáveis no sentido de assegurar o cumprimento das normas do Acordo por seus governos e autoridades locais e regionais a fim de se exonerar de sua responsabilidade internacional. Existia, destarte, uma causa de exclusão da imputação da responsabilidade quando o governo central não tinha controle das medidas inconsistentes com o GATT adotadas por governos locais e regionais em virtude da distribuição constitucional de poderes. Após o surgimento da OMC e no contexto do GATT/94, entretanto, a situação se modificou. Pode-se dizer, desse modo, que atualmente a responsabilidade internacional no âmbito daquela organização segue, no particular, os princípios gerais sobre a matéria.

Dizem Raj Bhala e Kevin Kennedy que “o Entendimento da Rodada Uruguai sobre

a Interpretação do Artigo XXIV do GATT 1994 elucida de forma inovadora o Artigo XXIV:12, corrigindo um desequilíbrio que antes existia entre Membros com uma forma federal de governo e aqueles Membros com uma forma unitária de governo. (...) Medidas tomadas por unidades subfederais de governo, tais como estados e províncias, que sejam inconsistentes com o GATT podem estar sujeitas a uma reclamação conforme ao DSU fundada nos Artigos XXI e XXIII do GATT. Se o Órgão de Solução de Controvérsias determina que uma lei ou regulamento estatal está em conflito com o GATT, o Membro responsável deve tomar as medidas de que dispõe para assegurar a observância das obrigações do GATT-OMC por seus órgãos governamentais subfederais. Alternativamente, as provisões do DSU relativas à compensação ao Membro afetado se aplicam em casos em que a lei ou regulamento ofensivos não forem emendados ou revogados. Não sendo isso possível, o Membro afetado pode retaliar suspendendo concessões na forma dos procedimentos do DSU”²¹.

John Jackson observa que ainda persiste a ambigüidade do artigo XXIV:12, no sentido de que não se saberia quais as conseqüências da responsabilidade estatal correspondente (1997, p. 54). Entretanto, parece-nos que, a partir do momento em que o item 14 do Entendimento sobre o Artigo XXIV:12 permite a aplicação de medidas relativas à compensação, suspensão de concessões e outras obrigações quando não for possível garantir a observância das disposições do GATT, resta claro que o Estado federal será responsável internacionalmente *independentemente* de ter ou não tido sucesso perante seus estados-membros ou outros governos locais ao adotar medidas razoáveis para assegurar tal observância. Nesse sentido, Matthew Schaefer entende que “a interpretação dada ao artigo XXIV:12 na Rodada Uruguai torna os governos centrais ‘inteiramente responsáveis’ por violações causadas pelos governos subnacionais. Essa al-

teração deve fortalecer a legitimidade das decisões oriundas dos Painéis envolvendo medidas subfederais em áreas cinzentas do direito constitucional nos Estados federais”²². Assim, entendemos que o Brasil pode responder internacionalmente pelas eventuais violações da cláusula do tratamento nacional do GATT/94 e, conseqüentemente, por atos que, entendendo que as isenções de tributos estaduais ou municipais dadas a produtos nacionais não se estendem aos similares importados em virtude do artigo 151, III, da CF, impliquem violação daquela cláusula.

A Organização Mundial do Comércio estabelece, para o sistema que enfeixa, um procedimento de solução de disputas destinado a apurar a responsabilidade internacional pela violação das normas correspondentes. A matéria está relacionada à da responsabilidade internacional e por esse motivo é referida no presente trabalho. Deve-se observar, entretanto, que não pretendemos fazer uma análise aprofundada do sistema de solução de controvérsias no âmbito da OMC, porém unicamente traçar suas linhas gerais, na medida em que conectado ao tema da responsabilidade.

De acordo com o sistema vinculado à OMC, não pode um Estado que se sinta prejudicado pela violação, por outro, das normas do GATT/94 adotar medidas unilaterais, devendo-se submeter ao procedimento próprio para solução de controvérsias. Ainda que seja possível chegar-se a uma solução por acordo entre os Estados envolvidos, ele deve ser comunicado ao Órgão de Solução de Controvérsias e aos demais órgãos relacionados com o acordo efetivado²³.

O procedimento para solução de controvérsias está regulado pelo Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias, ou DSU, e é vinculado ao Órgão de Solução de Controvérsias, formado por representantes da totalidade dos Membros da organização. Ele inicia por meio de consulta, feita pelo Estado que se considera prejudicado, com um pra-

zo de sessenta dias para resolução do problema, findo o qual é possível requisitar a instauração de um painel. Na verdade, caso as partes, anteriormente àquele prazo, resolvam requisitar, de comum acordo, a instauração de painel, é possível que assim seja feito. Outras formas de negociação também são aceitas, como bons ofícios, conciliação e mediação, inclusive durante o processamento do painel.

Os painéis são normalmente compostos por três membros, que podem ser escolhidos entre pessoas qualificadas do setor público ou privado, professores de Direito Internacional, ex-integrantes de órgãos vinculados à OMC, entre outros, e devem ser independentes; portanto, a menos que haja concordância daqueles, não devem ter a nacionalidade dos Estados envolvidos. É possível, além disso, que outros Estados, caso tenham interesse relevante na questão objeto do painel, intervenham como terceiros, na forma do artigo 10.2 do DSU. O objetivo dos painéis, conforme ensinam Raj Bhalla e Kevin Kennedy, “é fazer uma avaliação objetiva do problema posto, incluindo o levantamento dos dados e a aplicação do direito ao fato. O painel, assim, assiste o Órgão de Solução de Controvérsias incumbindo-se da responsabilidade na realização de recomendações ou decisões”²⁴. O procedimento correspondente está previsto no DSU.

A conclusão dos painéis deve ser submetida ao Órgão de Solução de Controvérsias, que poderá ou não adotá-las. A decisão daquele órgão é tomada por consenso negativo, ou seja, o consenso deve-se operar para a não adoção do painel, o que significa que a adoção é considerada “virtualmente automática”²⁵. É possível, igualmente, que a conclusão não seja adotada em virtude de apelação por uma das partes envolvidas, hipótese em que o caso será submetido ao Órgão de Apelação da OMC.

O Órgão de Apelação, diferentemente do que ocorre com os painéis, é composto de sete membros fixos, isto é, que servem à or-

ganização internacional por um período de quatro anos, renovável uma única vez, atuando três deles em cada caso, em sistema de rodízio. O procedimento respectivo também está regulado no DSU e as conclusões, à semelhança do que ocorre com aquelas oriundas dos painéis, são submetidas ao Órgão de Solução de Controvérsias e aprovadas mediante consenso negativo.

O aspecto mais relevante no que tange ao sistema de solução de controvérsias para o tema da responsabilidade internacional são as recomendações feitas pelas decisões. É importante destacar que as decisões tomadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias devem ser aceitas de forma incondicional pelos Membros em disputa, uma vez finda a possibilidade de apelação. Assim, o Membro tido como violador de uma obrigação internacional correspondente terá o prazo de trinta dias para implementar as recomendações. Caso isso seja impraticável, terá, na forma do artigo 21.3 do DSU, um razoável período de tempo para tal implementação. Inexiste uma regra que defina de antemão o que seja um período de tempo razoável, o que deve ser examinado conforme as circunstâncias do caso. Isso ocorreu, por exemplo, no caso *Japan-Taxes on Alcoholic Beverages*, em que foi determinado por um árbitro o prazo de quinze meses. O mesmo se deu relativamente ao caso *European Communities-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, quando o termo fixado também foi de quinze meses. Enquanto o problema não tenha sido resolvido, permanece na agenda do Órgão de Solução de Controvérsias, cabendo ao Membro responsabilizado esclarecer as medidas que vem tomando para implementação da decisão.

Na hipótese de não-implementação da decisão tomada pelo Órgão de Solução de Controvérsias, admite o art. 22 do DSU que seja feita uma compensação, de comum acordo, com a finalidade de restaurar o equilíbrio relativamente à liberalização comercial existente no período anterior à disputa, o que pode ser feito, por exemplo, mediante

redução de tarifas de produtos em cuja exportação seja interessado o Membro prejudicado. Qualquer acordo relativo a compensações, entretanto, deve estar em conformidade com as normas vinculadas ao sistema da OMC. Caso as partes envolvidas não cheguem a um acordo quanto à compensação em vinte dias após expirado o prazo razoável para implementação, o Membro prejudicado poderá requisitar ao Órgão de Solução de Controvérsias autorização para suspender concessões relativamente ao causador do dano. A respeito, o Membro prejudicado deve procurar suspender concessões relacionadas com o mesmo setor em que ocorreu a violação, evitando atingir outros setores. Assim, violações relativas ao GATT/94 devem ser objeto de retaliações que atinjam mercadorias sob sua proteção, não serviços, por exemplo. Somente se admitem suspensões relativas a outros setores quando não for possível fazê-lo no setor correspondente. Igualmente, o nível da suspensão deve corresponder ao prejuízo sofrido. Caso o Membro respectivo objete contra o nível de suspensão proposto ou contra suspensão relativa a setor diferente daquele objeto da violação, a questão será submetida à arbitragem, de forma obrigatória, a ser completada no prazo de sessenta dias (Cf. BHALA; KENNEDY, 1998, p. 40-41).

No âmbito da Organização Mundial do Comércio, portanto, as partes estão vinculadas não apenas às regras materiais que defluem do sistema, porém também a um procedimento destinado à sua observância. Dessa forma, a violação das obrigações atinentes por um Estado-Membro²⁶ pode ser reconhecida, de forma compulsória, pelo Órgão de Solução de Controvérsias, decorrendo de tal reconhecimento a obrigação de implementar as medidas por ele recomendadas para cessar a violação. Na continuidade dessa, podem os Estados-Membros prejudicados se utilizar de mecanismos destinados à reparação do dano, seja por meio de compensação, num primeiro momento, seja mediante retaliação, uma vez frustrada

a possibilidade compensatória. Segundo entendemos, num sistema que objetiva liberalizar o comércio internacional, *reparar o dano* significa restituir as condições em que tal liberalização é possível, ou seja, retomar a normalidade do fluxo comercial em conformidade com as normas da OMC. As medidas de compensação e retaliação não têm outro objetivo que não o de compelir o Estado violador a adotar um comportamento adequado aos propósitos daquele sistema.

Conclui-se do que até aqui exposto que o Brasil, ao violar a cláusula do tratamento nacional em matéria tributária de forma relacionada ao artigo 151, III, da Constituição Federal, pode sujeitar-se a uma reclamação junto à OMC, bem como, caso frustradas as tentativas de negociação, ao procedimento de solução de controvérsias respectivo.

No que se relaciona com o objeto específico do presente trabalho, isto é, a isenção de tributos estaduais ou municipais por força do artigo III:2 do GATT/94, entendemos que o Brasil tem violado a cláusula de tratamento nacional nos casos de importação de sementes, que envolvem diretamente o estado do Rio Grande do Sul, como se demonstrará a seguir.

No contexto do GATT anterior à OMC, decidiu-se acerca da extensão da cláusula do tratamento nacional em matéria tributária dentro de um Estado Federal, determinando qual o posicionamento dos produtos importados diante de tratamento diferenciado, no território de um estado-membro, em benefício de sua produção doméstica comparativamente aos produtos de outros estados-membros. A questão foi apreciada no painel *United States—Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, que dizia respeito, entre outros, a tributos dos estados de Nova Iorque, Oregon, Rhode Island e da comunidade de Porto Rico, que isentavam ou reduziam tributos para produtores do interior de seu território ou domésticos. O Painel decidiu que tais tributos eram inconsistentes com o artigo III:2, deixando claro

que: “*The Panel did not consider relevant the fact that many of the state provisions at issue in this dispute provide the same treatment to products of other states of the United States as that provided to foreign products. The national treatment provisions require contracting parties to accord to imported products treatment no less favourable than that accorded to any like domestic product, whatever the domestic origin. Article III consequently requires treatment of imported products no less favourable than that accorded to the most-favoured domestic products*”²⁷.

A questão foi retomada, já no âmbito da OMC, no caso *United States—Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, a partir da alegação dos Estados Unidos no sentido de que os importadores estavam recebendo o mesmo tratamento que os refinadores domésticos que não comerciavam gasolina ou o faziam de forma limitada em 1990. O Painel examinou o problema à luz do artigo III:4 do GATT/94, concluindo que “*Article III:4 of the General Agreement deals with the treatment to be accorded to like products; its wording does not allow less favourable treatment dependent on the characteristics of the producer and the nature of the data held by it. The Panel noted that in the Malt Beverages case, a tax regulation according less favourable treatment to beer on the basis of the size of the producer was rejected. Although this finding was made under Article III:2 concerning fiscal measures, the Panel considered that the same principle applied to regulations under Article III:4. Accordingly, the Panel rejected the US argument that the requirements of Article III:4 are met because imported gasoline is treated similarly to gasoline from similarly situated domestic parties*”²⁸.

No caso brasileiro, os importadores pretendem gozar da isenção concedida às sementes produzidas no interior do Rio Grande do Sul, na forma da lei 8.820/89, enquanto se lhes tem aplicado o tratamento dado às sementes produzidas em outros estados-membros, ou seja, de mera redução de base de cálculo. O acórdão da Primeira Turma do STJ proferido no REsp 149774/RS é um exemplo ilustrativo dessa questão, cabendo

a citação de parte do voto do relator, ministro Garcia Vieira²⁹:

“Acontece, que a isenção para a semente nacional é no âmbito interno do Estado do Rio Grande do Sul (RICMS, artigo 6º, inciso CIV, letra ‘e’, parágrafo 30). Quando houver operações interestaduais, a tributação será a base de cálculo reduzida de 50% (RICMS, artigo 17, LXIII, letra ‘e’, parágrafo 20). As sementes importadas devem receber o mesmo tratamento fiscal e sua tributação deve ser também com base de cálculo reduzida de 50%, porque não se pode interpretar o GATT de maneira a conferir ao produto importado tratamento mais vantajoso do que o dispensado ao similar nacional.

(...)

Nota-se, portanto, que, caso determinado contribuinte adquira esses produtos em outra unidade da Federação, Santa Catarina por exemplo, o ICMS incidirá com base de cálculo reduzida, nos termos da legislação supratranscrita. Este, numa análise mais abrangente, consubstancia, pois, o tratamento tributário dispensado às operações com as sementes em nível nacional.

Somente quando o comprador e vendedor estejam situados dentro do território deste Estado é que se pode afirmar incidirem as regras citadas pela impetrante, no concernente à integral exclusão do crédito tributário.

Importa ressaltar isto, tendo em vista que a aplicação de norma prevista em acordo internacional leva em conta o tratamento tributário dispensado ao produto dentro do País como um todo e não apenas no território gaúcho.

(...)

Não se pode dar interpretação ampliativa ao GATT para conferir aos produtos estrangeiros tratamento

mais favorecido, até pelo princípio da reciprocidade. Se as sementes nacionais (similares nacionais) não gozam de isenção nas operações interestaduais e sim de redução da base de cálculo de 50%, é este o tratamento a ser dispensado ao produto estrangeiro (...).”

A interpretação da jurisprudência nacional, portanto, está em desacordo com as normas do GATT/94 e o regime de mera redução de base de cálculo aplicado às sementes importadas, à semelhança do que ocorre com as oriundas de outros estados-membros, enquanto as domésticas (produzidas no interior do Rio Grande do Sul) gozam de isenção, é inconsistente com o artigo III:2 daquele tratado. Como se viu, pode o Brasil responder pelas eventuais violações das normas daquele sistema, ainda que tenham partido de estados-membros. Nesse caso, poderia o Poder Judiciário resolver o problema no âmbito interno; entretanto, mantida a disposição interna contrária à regra internacional, continua presente a possibilidade de responsabilização do Brasil.

É sabido que o Poder Judiciário é independente dos demais poderes do Estado, trazendo-se tal independência no ato de julgar. Entretanto, se o Brasil firmou validamente tratado internacional aderindo ao sistema da OMC, parece-nos que não poderia tal Poder ignorar o disposto no artigo XVI:4 do Acordo Constitutivo, incorporado ao direito interno e que indica que as leis e normas jurídicas internas devem estar de acordo com as normas oriundas daquele sistema. Veja-se que o próprio Brasil, ao agir na esfera da OMC, sustenta a existência de um dever geral de adequar o direito interno às obrigações internacionais³⁰. Não é objetivo do presente trabalho discutir a posição dos tratados internacionais na ordem interna brasileira, bastando-nos acatar a orientação do Supremo Tribunal, que os insere na categoria de leis ordinárias³¹. Se há uma regra, ainda que veiculada por meio de lei ordinária, em vigor no Brasil que indica que as leis

internas brasileiras devem-se adequar às obrigações contraídas no âmbito da OMC, parece-nos que ela, constituindo-se num parâmetro viabilizador de uma relação de hierarquia axiológica, deve ser considerada para fins de interpretação, solucionando aparentes antinomias e evitando assim a violação de obrigações internacionais por parte do Brasil. Ainda que tratar de interpretação extrapole os limites do presente artigo, pode-se observar que tal atitude, por si só, resolveria no âmbito interno as eventuais inconsistências entre legislação federal e estadual, afastando o descompasso entre a atuação internacional do Brasil e seus órgãos internos. Veja-se que, no caso do GATT/94, o comprometimento internacional se deu em conformidade com as disposições constitucionais atinentes, nos limites do exercício da soberania global de competências de que dispõe a República Federativa do Brasil.

Conclusão

De tudo o que foi exposto no presente artigo, podem-se retirar as seguintes conclusões:

1 – O artigo 151, III, da Constituição Federal não é uma regra que limite a competência da União para representar o Brasil no plano internacional, mais especificamente, na celebração de tratados, dirigindo-se à União apenas no âmbito de sua atuação interna.

2 – Tendo a União plena representatividade para atuar na esfera internacional em nome da República Federativa do Brasil, foi o GATT/94 celebrado sem qualquer vício de consentimento, estando o Brasil obrigado por todos os seus termos, não podendo invocar em seu favor, para exonerar-se do cumprimento daquelas normas, o disposto no art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

3 – Validamente celebrado o GATT/94 pelo Brasil e estando em vigor tanto no plano internacional como no plano interno, as

disposições relativas à cláusula do tratamento nacional em matéria tributária correspondente são obrigatórias para o país, devendo ser respeitadas ainda que de sua aplicação resulte isenção de tributos estaduais e municipais.

4 – As normas sobre responsabilidade internacional no sistema da Organização Mundial do Comércio seguem os princípios gerais que regem a matéria. Assim, bastam para sua configuração a existência de um dano proveniente de violação de norma de tratado vinculado àquela organização e sua conseqüente imputabilidade a um Estado-Membro, independentemente de culpa. Além disso, por força do item 14 do Entendimento sobre a Interpretação do Artigo XXIV:12 do GATT/94, o Estado Federal é integralmente responsável pelos atos praticados por seus estados-membros ou outros órgãos subfederais.

5 – Na hipótese de violação da cláusula do tratamento nacional do GATT/94 por estados-membros ou municípios brasileiros relacionada com o artigo 151, III, da Constituição Federal de 1988, o Brasil poderá responder perante a OMC e inclusive sofrer sanções correspondentes.

6 – O Brasil tem violado a cláusula do tratamento nacional em matéria tributária de forma relacionada ao art. 151, III, da CF/88 ao aplicar tratamento diferenciado às sementes importadas em comparação com aquelas produzidas no interior do Rio Grande do Sul.

Abreviaturas

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGRRCR – Agravo Regimental em Carta Rogatória
ALALC – Associação Latinoamericana de Livre Comércio
CF – Constituição Federal
DI – Direito Internacional
DJU I – Diário de Justiça da União I
DSU – Dispute Settlement Understanding
EC – Emenda Constitucional

GATT – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (General Agreement on Tariffs and Trade)

GATT/94 – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1994

ICM – Imposto sobre Circulação de Mercadorias

ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMC – Organização Mundial do Comércio

REsp – Recurso Especial

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Notas

¹ Cabe aqui o esclarecimento de que a responsabilidade internacional também pode ser desencadeada por atos lícitos, dependendo de previsão em tratados internacionais. Entretanto, ela não é objeto do presente trabalho, que se restringe à responsabilidade por atos ilícitos. Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, veja-se, entre outras, a recente obra de Luiz Cesar Ramos Pereira (2000).

² Tradução livre: “Le droit international (...) se caractérise (...) par une unité fondamentale. Ce trait (...) est dû à la fois au caractère coutumier et rudimentaire du droit de la responsabilité internationale, qui se prête mal à des différenciations trop subtiles et doit en conséquence s’en tenir à une certaine généralité, et à l’absence d’une autorité ayant pour fonction de défendre les intérêts communs (...)” (1992, p. 332).

³ Tradução livre: “(...) le droit international définit des obligations à la charge des Etats; la violation d’une obligation internationale constitue un fait internationalement illicite; le fait internationalement illicite d’un Etat engage sa responsabilité internationale” (1992, p. 334).

⁴ Cf. Prosper Weil. (1992, p. 335-336). A respeito, veja-se também a obra de Combacau e Sur (1993, p. 517-555).

⁵ Cf. Prosper Weil (1992, p. 340-344).

⁶ Tradução livre: “Un dommage, c’est un mal quelconque, mais causé par quelque chose, et c’est cette ‘cause’ qui fait du mal un ‘effet’ et qui lui donne sa qualité juridique de dommage ou de ‘préjudice’: autrement dit, le dommage n’existe pas naturellement, il est une catégorie intellectuelle, qui ne prend sa consistance que par l’opération a posteriori qui consiste à relier un mal, notion naturelle, à un fait, autre notion naturelle, pour dire que celui-ci a provoqué celui-là, qu’il y a entre eux un rapport de causalité (...)” (1993, p. 526).

⁷ Tradução livre: “(...) et le principe de la non-pertinence des normes internationales pour ceux qui ne sont pas sujets de cet ordre juridique rend cette détermination difficile. Si en effet les règles internationales instituent fréquemment des droits ‘immédiats’ au projet des sujets internes, elles ne s’adressent que rarement à eux pour leur imposer des obligations: ce sont les États qu’elles obligent, à charge pour eux d’utiliser les procédés de leur droit interne pour faire en sorte que leurs engagements internationaux ne soient pas enfreints du fait des agissements de leurs propres sujets. Sauf exception, il ne peut donc exister de responsabilité civile internationale des sujets de droit interne que sont les agents des États et les particuliers: les faits dommageables dont ils sont les auteurs matériels ne sont pas des faits internationalement illicites puisqu’eux-mêmes, n’étant pas destinataires des normes internationales, sont par définition inaptes à les violer” (1993, p. 535-536).

⁸ Tradução livre: “Il existe des circonstances qui permettent à l’Etat de ne pas se voir imputer, ou pas totalement, le fait générateur d’un dommage qu’il a pourtant contribué à faire naître: ce sont celles où le fait n’a été produit exclusivement ni par ses organes ni par des tiers dont il est tenu de répondre, mais, au moins partiellement, par des sujets ou par des événements avec lesquels il n’a pas de rapport. La question qui se pose ici est donc d’identifier le fait générateur, pour déterminer à qui il doit être imputé; c’est à nouveau une recherche de causalité (...)” (1993, p. 539).

⁹ A respeito do tema, vejamos-se, entre outros, Prosper Weil (1992, p. 347-349) e Ian Brownlie (1998, p. 440-444).

¹⁰ Cf. Jean Combacau & Serge Sur (1993, p. 542). Tradução livre do trecho destacado: “un événement imprévisible et extérieur à la volonté de celui qui l’invoque”.

¹¹ Cf. Jean Combacau & Serge Sur (1993, p. 543). Tradução livre: “(...) situation dans laquelle l’Etat, distingué de son agent (...), tout en étant matériellement capable d’exécuter son obligation, ne pourrait le faire qu’en mettant en péril ses intérêts fondamentaux et au prix de sacrifices qui dépassent ce que, à son avis, on peut attendre de lui”.

¹² Tradução livre, grifo nosso: “La responsabilité, en droit international comme dans les autres systèmes juridiques, consiste dans une obligation de réparer le dommage”. Acrescenta Combacau: “Em uma obrigação, note-se bem, e não na própria reparação, que não passa da execução material dessa obrigação”, tradução livre: “Dans une obligation, notons-le-bien, et non dans la réparation elle-même, qui n’est que l’exécution matérielle de cette obligation” (1993, p. 550).

¹³ Versão original em inglês. A tradução publicada pelo decreto 1355/94 é a seguinte: “Todo

Membro deverá assegurar a conformidade de suas leis, regulamentos e procedimentos administrativos com as obrigações constantes dos Acordos anexos”.

¹⁴ Versão original em inglês. A tradução brasileira, constante do Protocolo para Aplicação Provisória do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio é a seguinte: “As Partes Contratantes tomarão todas as medidas razoáveis que estejam a seu alcance para assegurar a observância das disposições do presente Acordo pelas autoridades governamentais ou administrativas, regionais ou locais, dentro do seu território”.

¹⁵ Versão original em inglês. A tradução publicada pelo decreto 1355/94 é a seguinte: “Cada Membro é plenamente responsável sob o Gatt 1994 pela observância de todas as disposições do Gatt 1994, e tomarão as medidas razoáveis que estejam a sua disposição para assegurar tal observância por governos e autoridades regionais e locais dentro de seu território” (13). “As disposições dos artigos XXII e XXIII do Gatt 1994 tal como regulamentadas e aplicadas pelo Entendimento sobre Solução de Controvérsias podem ser invocadas com respeito a medidas que afetem essa observância adotadas por governos e autoridades regionais e locais dentro do território de um Membro. Quando o Órgão de Solução de Controvérsias houver determinado que uma disposição do Gatt 1994 não foi observada, o Membro responsável tomará as medidas razoáveis que estejam a sua disposição para assegurar tal observância. As disposições relativas a compensação e suspensão de concessões e outras obrigações se aplicarão nos casos em que não houver sido possível garantir dita observância”(14).

¹⁶ Tradução livre: “L’OMC est l’une des rares institutions internationales se préoccupant de sa portée territoriale et, en particulier, de son application dans les Etats à *structure fédérale*. On sait en effet toute la difficulté posée par la structure fédérale des Etats en matière de conclusion et d’application des engagements internationaux où les exigences réciproques du droit international et du droit constitutionnel ne sont pas toujours aisées à concilier” (1998, p. 62).

¹⁷ Veja-se a íntegra da decisão no site da OMC – www.wto.org. Adotado em 19.06.92.

¹⁸ Trecho da decisão, tradução livre: “(...) apenas àquelas medidas tomadas pelos governos ou autoridades regionais ou locais que o governo central não pode controlar porque elas estão fora de sua competência de acordo com a distribuição constitucional de poderes. O Painel adotou essa interpretação em vista do princípio geral do Direito Internacional dos Tratados de que uma parte de um tratado não pode invocar os mandamentos de seu direito interno como justificativa para deixar de cumprir uma obrigação convencional. (...) Baseado

nas provas submetidas, o Painel concluiu que os Estados Unidos não demonstraram ao Painel que a obrigação geral das partes contratantes de revogar medidas inconsistentes com o Acordo Geral não podem ser observadas nesse caso pelos Estados Unidos como resultado de sua estrutura constitucional federal e assim as condições para a aplicação do Artigo XXIV:12 estão satisfeitas”. A íntegra do documento se encontra no site da OMC – www.wto.org.

¹⁹ Veja-se a íntegra da decisão no site da OMC – www.wto.org, tradução livre: “medidas razoáveis disponíveis para garantir a observância das disposições dos Artigos II e XI do Acordo Geral pelos órgãos administrativos provinciais canadenses competentes em matéria de bebidas alcoólicas”.

²⁰ Tradução livre: “(...) the application of paragraph 1 to internal taxes imposed by local governments and authorities within the territory of a contracting party is subject to the provisions of the final paragraph of Article XXIV (...)” (1995, p. 130).

²¹ Tradução livre: “The Uruguay Round Understanding on the Interpretation of Article XXIV of the GATT 1994 puts a new gloss on Article XXIV:12 that in effect corrects an imbalance that had existed between Members with a federal form of government and those Members with a unitary form of government. (...) Measures taken by sub-federal units of government, such as states or provinces, that are inconsistent with GATT may be subject of a DSU complaint brought under GATT Articles XXI and XXIII. If the Dispute Settlement Body rules that a state law or regulation is in conflict with GATT, the responsible Member must take such measures as are available to it to ensure the observance of GATT-WTO obligations by its sub-federal governmental bodies. Alternatively, the DSU provisions relating to compensation to the complaining Member apply in cases where the offending law or regulation is not amended or withdrawn. Failing that, the complaining Member may retaliate by suspending concessions pursuant to DSU procedures”. Não se traduziu a sigla DSU–Dispute Settlement Understanding em função de que ela é comumente utilizada nessa forma pelos diplomatas brasileiros em missão junto à OMC (1998, p. 104-105).

²² Tradução livre: “The Uruguay Round interpretation of GATT Article XXIV (12) makes central governments ‘fully responsible’ for violations by sub-national governments. This change should enhance legitimacy of panel rulings involving sub-federal measures in murky areas of constitutional law in federal states” (2000, p. 530).

²³ Cf. artigo 3 do DSU.

²⁴ Tradução livre: “to make an objective assessment of the matter before it, including fact-finding

and the application of law to fact. The panel thereby assists the DSB in discharging its responsibilities in making recommendations or rulings” (1998, p. 34).

²⁵ A respeito do tema, veja-se John H. Jackson (1999, p. 76).

²⁶ Quando utilizamos a expressão *Estado-Membro* com ambas as iniciais em maiúsculo, estamos fazendo referência aos Estados que são membros da OMC, diferentemente de *estados-membros* de federação.

²⁷ Trecho da decisão, tradução livre: “o Painel não considerou relevante o fato de muitas das determinações dos estados questionadas nessa disputa darem o mesmo tratamento aos produtos importados e aos de outros estados dos Estados Unidos. A obrigação do tratamento nacional requer que as partes contratantes dêem aos produtos importados tratamento não menos favorável que o dado a qualquer produto doméstico, qualquer que seja a origem doméstica. O artigo III consequentemente exige tratamento aos produtos importados não menos favorável que o dado ao produto doméstico mais favorecido”. A íntegra pode ser encontrada no site da OMC – www.wto.org.

²⁸ Documento WT/DS2/R, retirado da Internet – www.wto.org, tradução livre: “o artigo III:4 do Acordo Geral diz respeito ao tratamento a ser dispensado a *like products*; seus termos não permitem tratamento menos favorável dependendo das características do produtor e da natureza das informações correspondentes. O Painel observa que, no caso *Malt Beverages*, uma norma tributária concedendo tratamento menos favorável a cerveja com base no tamanho do produtor foi rejeitada. Embora tal entendimento tenha sido dado com base no artigo III:2 concernente a medidas fiscais, o Painel considerou que idêntico princípio se aplica às normas reguladas pelo artigo III:4. Conseqüentemente, o Painel rejeitou o argumento dos Estados Unidos no sentido de que estariam satisfeitos os requisitos do artigo III:4 pelo fato de que a gasolina importada estava sendo tratada de forma similar à gasolina dos refinadores domésticos na mesma situação”.

²⁹ Acórdão unânime, publicado no DJU I de 20.04.98, p. 36. Veja-se, também, acórdão unânime da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Cível 597083930, julgada em 28.10.98, relator Desembargador Irineu Mariani.

³⁰ Veja-se a atuação do Brasil como terceiro interveniente no painel *Etats-Unis–articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, documento WT/DS152/R, p. 259 da versão francesa.

³¹ Veja-se, entre outros, a ADIn 1480-3-DF.

Bibliografia

ANALYTICAL INDEX OF THE GATT. Volume 1. Genebra: WTO, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional brasileiro: o problema da federação* Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BHALA, Raj; KENNEDY, Kevin. *World trade law*. Charlottesville, Estados Unidos: Lexis Law, 1998.

BRONCKERS, Marco; QUICK, Reinhard. *New directions in international economic law: essays in honour of John H. Jackson*. Londres: Kluwer Law International, 2000.

BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. Nova Iorque: Oxford University, 1998.

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit international économique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998.

COMBACAU, Jean; SUR, Serge. *Droit international public*. Paris: Montchrestien, 1993.

FLORY, Thiébaud. *L'organisation mondiale du commerce: droit institutionnel et substantiel*. Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 1999.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1996.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*. São Paulo: Dialética, 1999.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

HORTA, Raul Machado. *Estado federal e tendências do federalismo contemporâneo*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1995.

JACKSON, John H. *The world trading system: law and policy of international economic relations*. Estados Unidos: Massachusetts Institute of Technology, 1997.

JACKSON, John H. *The world trade organisation: constitution and jurisprudence*. Nova Iorque: Royal Institute of International Affairs, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1938.

MALANCZUCK, Peter. *Akehurst's modern introduction to international law*. Reino Unido: Routledge, 1997.

- MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) et al. Tributação no mercosul. *Revista dos Tribunais*, 1997.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.
- MOUSKHELLI, M. *Teoria jurídica del estado federal*. México: Nacional, 1981.
- PEREIRA, Luis Cezar Ramos. *Ensaio sobre a responsabilidade internacional do Estado e suas conseqüências no direito internacional: a saga da responsabilidade internacional do Estado*. São Paulo: LTr, 2000.
- REZEK, Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SHAW, Malcolm N. *International law*. Cambridge, Inglaterra: Cambridge University, 1999.
- STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico*. Madri: Aguilar, 1955.
- ZIPELLIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Periódicos

DOLINGER, Jacob. As soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre o direito interno e o direito internacional: um exercício de ecletismo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 334, 1993.

FELDMAN, David. International personality. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Haia, Martinus Nijhoff, n. 191, 1985.

WEIL, Prosper. Le droit international en quête de son identité. *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, Haia: Martinus Nijhoff, n. 237, 1992.

Internet

Organização Mundial do Comércio – www.wto.org

Supremo Tribunal Federal – www.stf.gov.br

Superior Tribunal de Justiça – www.stj.gov.br

O caráter dinâmico do controle judicial sobre as normas-princípios ambientais e a sua concretização protetiva na sentença judicial*

Paulo José Leite Farias

Sumário

Introdução. 1. Meio ambiente como direito fundamental. 2. A proteção ambiental no Direito brasileiro no âmbito da diferenciação entre regras e princípios. 3. A ponderação do econômico e do ambiental na análise do caso concreto. 4. O caráter dinâmico do controle judicial na ponderação dos princípios jurídicos e sua função protetiva do meio ambiente.

3. A ponderação do econômico e do ambiental na análise do caso concreto

3.1. A abertura das normas ambientais e o espaço de liberdade decisória para adequação à realidade

A riqueza dos enunciados da Constituição Federal de 1988 permite amplo programa normativo, capaz de instrumentalizar a transformação de pautas valorativas, possibilitando um melhor relacionamento entre a economia e o meio ambiente, sob o prisma do princípio da defesa do meio ambiente conforme se deflui do potencial interpretativo dos artigos 3º, 170, inciso VI, e 225 da Constituição.

Para desenvolvimento do espaço de liberdade decisória que é dado pelo texto constitucional, torna-se necessário iluminar o raciocínio com as preciosas lições de Canotilho sobre o processo de concretização constitucional. Ensina o consagrado constitucionalista lusitano que:

*Artigo publicado em duas partes (primeira parte na edição anterior).

Paulo José Leite Farias é Promotor de Justiça, Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília, Doutorando em Direito pela UFPE e Professor da Universidade Católica de Brasília e da UPIS/DF.

“Sendo os preceitos constitucionais modos de ordenação de uma realidade presente mas com dimensão prospectiva (isto é: dirigida ao futuro) e inserindo-se numa pluralidade de quadros de referência, onde o direito político e a política se relacionam, a eles se exige abertura, flexibilidade, extensão ou indeterminabilidade, de modo a possibilitar uma conformação compatível com natureza da direção política e uma adaptação completa do programa constitucional” (1982, p. 192-193).

Canotilho fala, então, da necessidade de *normas abertas* (tais como os princípios positivados na Constituição), afirmando que as normas constitucionais devem ser planificadamente indeterminadas, deixando, aos órgãos incumbidos de sua execução, o espaço de liberdade decisória necessário à adequação da norma constitucional às mudanças da realidade. Apontando como tendência a abertura de normas constitucionais em matérias sobre as quais exista consenso generalizado, ou *em relação às quais seja necessária a formação de espaço de conformação política ou, ainda, matérias que requeiram eventuais intervenções corretivas*, demonstra a necessidade, por outro lado, de maior densidade de concretização sempre quando se exijam decisões inequívocas em relação a matérias controversas, quando se cuide de precisar princípios identificadores da ordem político-social e quando normas precisas sejam oportunas para facilitar o processo concretizador de outras normas constitucionais (1982, p. 194).

Portanto, o princípio da defesa do meio ambiente, como “modo de ordenação da realidade presente com dimensão prospectiva”, é o instrumento viável para a transformação da realidade social, ao carregar em si o paradigma ambiental de caráter aberto, indeterminado e polissêmico. Desse modo, expõe-se à exegese de inúmeros e distintos operadores jurídicos¹, a ser exercida a partir de um problema concreto.

3.2. A ponderação de dois bens jurídicos constitucionais: o direito de propriedade e a proteção ambiental na indenização da mata atlântica (RE 134.297-8/SP)

Ao abordar a necessidade de harmonizar dois importantíssimos bens constitucionais – o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental –, inicialmente, devem-se procurar luzes no direito comparado, colacionando pronunciamento de Tyll Necker, *verbis*:

“Para tornar o problema mais viável, gostaria de comparar as empresas com navios. E em todo navio o comandante é o maior responsável por que esse navio chegue ao porto. Todos sabem que, para isso, a carga do navio precisa estar cuidadosamente distribuída, para evitar que, por estar com sua carga mal distribuída, o navio afunde com a primeira onda.

Da mesma forma é exigida a responsabilidade empresarial:

- frente aos financiadores, pelo estabelecimento de uma taxa de juros adequada para o capital investido. Sem nenhuma perspectiva de um retorno financeiro compatível, ninguém mandaria um navio fazer uma viagem arriscada. Os padeiros também não fazem pão – a não ser para as suas próprias famílias – porque a humanidade tem fome, mas para chegar a obter um ingresso. Se cair por terra a possibilidade de obter ingressos, os padeiros trocam de profissão;

- em relação aos trabalhadores, pela criação de locais de emprego resistentes às crises. Uma tripulação que, depois da primeira etapa da viagem, precisa contar com a possibilidade de poder chegar a ser dispensada do navio, dificilmente vai se preocupar em cuidar da navegabilidade do mesmo;

- em relação aos consumidores, pelo oferecimento dos bens desejados a preços compatíveis. Nesse campo,

quem não puder contar com produtos aptos conseqüências negativas muito rapidamente, ou seja, desaparece do mercado; e

- em relação ao meio ambiente, para restringir a vulnerabilidade dos alicerces naturais da vida. Essa responsabilidade não resulta do fato de que, em discussões públicas, os empresá-rios freqüentemente são apontados como os culpados. A responsabilidade surge do fato de que muitas empresas são, em primeira instância, fontes de emissão, mas também são fontes de conhecimento tecnológico, técnico, econômico e científico. Vem daí a responsabilidade das empresas e dos empresários em investir este saber e esse potencial inovador para a proteção e manutenção do meio ambiente”.

Se uma dessas responsabilidades for atendida isoladamente, ela aparecerá como que focalizada por um binóculo, aproximada e aumentada super-proporcionalmente. Ao mesmo tempo desaparece a visão do trabalho conjunto. Nisso se corre o perigo de não perceber que, se para o bem do meio ambiente, um barco com motor a diesel passasse a navegar propulsionado por velas, precisaria ter uma tripulação totalmente diferente e, via de regra, não poderia levar o peixe que estivesse carregando com o frescor desejado para seu destino.

Isso vale para a política de preservação do meio ambiente como um todo. A preservação do meio ambiente e a realização dos objetivos básicos da economia, como grande grau de emprego, aumento razoável do crescimento econômico, uma relativa estabilidade do nível de preços e um equilíbrio da economia externa, exige bom senso, um cálculo sóbrio e uma discussão objetiva. Nessa situação, exigências extremas pouco ajudariam (NECKER, 1992, p. 66-67).

Portanto, a análise de interesses e de bens conflitantes não permanece no campo da verificação de uma hierarquia de valo-

res, requerendo análise em face das normas abertas, já positivadas, veiculadas por normas-objetivo a expressar os resultados a que a lei deve visar. A instrumentalização da lei como positivação de diretrizes e de metas transfere a discussão – metajurídica – sobre a hierarquia dos valores, a dispensar a valoração unilateral de um bem constitucional em desfavor de outro, para a análise de *adequação de meios a fins, garantindo a unidade do sistema constitucional ao tomar como princípio norteador a coordenação e igualdade hierárquica dos bens jurídicos*.

Canaris (1989, p. 205-206) observa pertencer à essência dos princípios gerais de direito que esses entrem, com freqüência, em oposição entre si. Nem por isso devem ser eliminados do sistema, mas *ajustados* por meio de um *compromisso*, em cada caso.

Assim, conforme já visto, diversamente do que ocorre com regras jurídicas, a oposição de princípios não conduz à eliminação de um deles, de forma que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede perante outro, mas, em situações distintas, a questão da prevalência pode-se resolver de forma contrária. Esse processo ocorre pois os princípios têm um *peso* diferente nos *casos concretos*, prevalecendo o que apresenta maior peso em dada circunstância (BONAVIDES, 1996, p. 251).

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, ao tratar da colisão de direitos fundamentais (*Grundrechtskollision*) nos limites da liberdade de imprensa e da liberdade artística, ensina:

“No processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. É o que se verificou na decisão acima referida, na qual restou íntegro o direito de noticiar sobre fatos criminosos, ainda que sub-

metida a eventuais restrições exigidas pela proteção do direito de personalidade” (1994, p. 297).

Karl Larenz aponta que a “ponderação de bens e interesses no caso concreto” (1983, p. 490) pressupõe a ausência de uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos. A técnica da ponderação aproxima-se antes de um método do que do arbítrio do aplicador da lei, pois, do contrário, tais soluções seriam desprovidas de parâmetros de racionalidade. Assim, a ponderação de bens jurídicos como o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental baseiam-se na ausência de hierarquia entre esses bens constitucionais.

Não se trata, simplesmente, da busca de denominador comum entre os bens jurídicos em determinado caso concreto, mas de proceder conforme os princípios da proporcionalidade, do meio mais idôneo ou da menor restrição possível, de modo que a lesão de um bem não deva ir além do necessário.

Desse modo, a ponderação de bens não permanece no campo do sentimento jurídico, configurando processo racional que não há de se fazer, em absoluto, unilateralmente, mas que, ao menos, em certo grau, segue princípios identificáveis, tornando-se, portanto, comprovável (1983, p. 490-501).

Especificamente sobre essa ponderação de bens jurídicos no campo ambiental, esclarece Paulo Castro Rangel (1994, p. 22):

Os valores ambientais, ecológicos, de qualidade de vida, não são, no quadro da hipótese do Estado de Direito Ambiental, valores exclusivos nem excludentes, necessariamente prevalecentes, com dignidade hierárquica superior a qualquer outro objetivo fundamental constitucionalmente recebido. Serão antes tarefas prioritárias, sim, mas plasmadas em normas constitucionais, que terão de ser integradas num horizonte plural (diversificado e intrinsecamente concorrente ou conflituante) de princípios diretrizes e de outras normas-fim, segundo um princípio de concordância prá-

tica, não compatível com quaisquer formas de reducionismo (grifo nosso).

Sob o prisma de ponderação de bens constitucionais, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de se interpretar a norma inscrita no art. 225 da Constituição Federal de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, dando relevo à interdependência das normas constitucionais protetivas com o direito de propriedade (art. 5º, XXII), *verbis*:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ESTAÇÃO ECOLÓGICA – RESERVA FLORESTAL NA SERRA DO MAR – PATRIMÔNIO NACIONAL (C.F., ART. 225, § 4º) – LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE AFETA O CONTEÚDO ECONÔMICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE – DIREITO DO PROPRIETÁRIO DE INDENIZAÇÃO – DEVER ESTATAL DE RESSARCIR OS PREJUÍZOS DE ORDEM PATRIMÔNIAL SOFRIDOS PELO PARTICULAR – RE NÃO CONHECIDO.

– Incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental. Esse encargo, contudo, não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública.

– A proteção jurídica dispensada às coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias não impede que o *dominus* venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nelas existentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais em geral, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade, fir-

mou-se no sentido de proclamar a plena indenizabilidade das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas, objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público. Precedentes.

– A circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, só por si, considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário.

– A norma inscrita no art. 225, § 4º, da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5º, XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis à atividade estatal.

– O preceito consubstanciado no art. 225, § 4º, da Carta da República, além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização, pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias à preservação ambiental.

– A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (C.F./88, art. 5º, XXII). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do *dominus*, da garantia de compensação financeira, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, § 4º, da Constituição.

– Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (CF., art. 225, *caput*)”.

No referido acórdão, o Rel. Min. Celso de Mello ressalta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de garantir a plena ressarcibilidade dos prejuízos materiais decorrentes das limitações administrativas ao direito de propriedade, ao se referir ao direito do poder público de constituir reservas florestais em seu território, desde que não as constitua gratuitamente³.

E continua, *verbis*:

“(…) O Estado de São Paulo sustenta, ainda, a partir das regras inscritas no art. 225, § 1º, inciso VII, e § 4º, da Carta Política, que o novo ordenamento constitucional promulgado em 1988 introduziu profundas alterações no sistema de direito positivo brasileiro, consagrando a *inexigibilidade de qualquer indenização pelos atos administrativos de intervenção estatal na esfera dominal privada*, desde que, praticados com finalidade de proteção ambiental, venham a incidir em imóveis situados na Serra do Mar (fls. 900).

Não assiste, também neste ponto, qualquer razão ao recorrente, eis que o acolhi-

*mento da tese ora sustentada implicaria virtual nulificação do direito de propriedade, com todas as graves conseqüências jurídicas que desse fato adiviriam*⁷⁴.

Por outro lado, assinalando a *índole comum da proteção ambiental* (ser assegurada não só pela sociedade, mas também pelo Estado), explica que seria *inadequado* impor somente ao particular tal ônus, *verbis*:

“É de ter presente, neste ponto, que, *sendo de índole comum o direito à preservação da integridade ambiental*, não se pode impor *apenas aos proprietários* de áreas localizadas na Serra do Mar – que venham a sofrer as conseqüências derivadas das limitações administrativas incidentes sobre os seus imóveis – *os ônus concernentes à concretização, pelo Estado*, de seu dever jurídico-social de velar pela conservação, *em benefício de todos*, de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por tal razão, as normas inscritas no art. 225 da Constituição hão de ser interpretadas de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5º, XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em *todas* as suas projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis à atividade estatal⁷⁵ (grifo nosso).

Benjamim, em contundente crítica ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da necessidade de indenizar a área, destaca que “*não cabe indenização, tout court*, quando o Poder Público, procedendo em conformidade com o suporte constitucional da função sócio-ambiental, regrar a forma do uso, privilegiar – ou mesmo interditar – usança em detrimento de outras” (1998, p. 73).

Assim, ressalta que a ponderação do direito de propriedade com a proteção ambiental não enseja no caso concreto a prevalên-

cia do direito de propriedade em face do disposto nos arts. 5º, 170, inciso VI, 184, § 2º, 186, inciso II, e 225 da Constituição Federal, *verbis*:

“*A Constituição não confere a ninguém o direito de beneficiar-se de todos os usos possíveis e imagináveis de sua propriedade. De outra parte, nenhum imóvel, especialmente os rurais, tem, como única forma de utilização, a exploração madeireira ou o sacrifício integral de sua cobertura vegetal, remanescendo apenas a terra-nua (ou, melhor, a terra arrasada!). Só muito excepcionalmente, no mundo atual – com seu crescente mercado de plantas ornamentais, psicultura, essências e ecoturismo – vamos nos deparar com áreas em que a única possibilidade de exploração é o desmatamento integral e rasteiro, como forma de viabilizar a agricultura e a pecuária.*

Além disso, se é certo que a ordem jurídica reconhece ao proprietário o direito de usar sua propriedade, nem por isso assegura-lhe, sempre e necessariamente, o melhor, o mais lucrativo ou mesmo o mais aprazível uso possível. No caso da propriedade rural, o “direito de exploração econômica” só é chancelado quando respeita o meio ambiente, nos termos dos arts. 170, inciso VI, 186, inciso II, e 225, todos da Constituição Federal. É com base no mesmo art. 170 que o legislador limita a construção de edifícios, condomínios e loteamentos, proíbe a usura, regrar a relação locatícia, chegando mesmo a negar o importantíssimo direito de alienação (p.ex., na venda ao tutor), e restringe o direito de testar”.

Destacando a íntima relação entre a proteção ambiental e o direito de propriedade, Michael Pagano, professor da Universidade de Miami, e Ann Bowman, professora da Universidade da Carolina do Sul, ao tratarem do federalismo americano e da proteção ambiental na década de noventa, ressaltam, também, a ponderação entre as normas ambientais restritivas e o uso da propriedade, destacando a necessidade de os

órgãos estatais americanos compensarem financeiramente os proprietários atingidos pelas normas restritivas, *verbis* (1995, p. 8):

“(…) By July, 1995, several regulatory reform bills were making their way through the legislative thicket. The primary proposal would require *federal agencies to undertake a rigorous series of risk assessments and cost-benefit analyses to justify new and extant regulations*. A related measure would require *the federal government to compensate a property owner* if a federal regulatory action caused *even a modest diminution in the fair market value of the property*” (grifo nosso).

Entretanto, a configuração normativa sintética e omissa da Constituição Americana de tratar a questão ambiental é distinta da nossa. Desse modo, procede a crítica de Benjamim no citado acórdão do Supremo Tribunal Federal.

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da doutrina americana apresentadas, portanto, trazem à colação a unidade do texto constitucional. Segundo Konrad Hesse, “(…) a Constituição somente pode ser compreendida e interpretada corretamente quando é entendida, nesse sentido, como unidade” (1983, p. 18). Assim, as normas encontram-se em uma relação de interdependência no ordenamento jurídico. Subjaz a essa interdependência a idéia de sistema formal que obriga a não compreender “em nenhum caso somente a Norma isolada senão sempre no conjunto em que deve ser situada: todas as normas constitucionais têm de ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais” (1983, p. 48).

Deve, pois, haver ponderação entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental no contexto do ordenamento jurídico como um todo, não comportando antinomias entre normas definitivas. Assim, a contradição entre conteúdos de normas abertas, a valoração, não importa eliminação de uma delas do texto da Constituição, mas

apenas harmonização de interesses em um determinado caso concreto.

Consoante ensinamento de Canotilho (1993, p. 197): “Não há normas só formais”. Nessa mensagem perspectiva, a solução de problema constitucional, *como a proteção ambiental*, deve guardar coerência com o princípio da unidade, de modo a harmonizar a possível divergência entre os preceitos.

No mesmo sentido, aplica-se o princípio da *interpretação das leis em conformidade com a Constituição*. Tal princípio, segundo Canotilho (1993, p. 229):

“(…) é fundamentalmente um princípio de controle (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco entre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissêmicas ou plurisignificativas, deve dar-se preferência à *interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição*. Esta formulação comporta várias dimensões: (1) o princípio da prevalência da Constituição impõe que, entre as várias possibilidades de interpretação, *só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais*” (grifo nosso).

A partir da “idéia do igual valor dos bens constitucionais” e do “princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição”, segue-se a necessidade de harmonização dos bens constitucionais tutelados, no caso concreto. Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e a combinação dos bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

Esse princípio de hermenêutica constitucional, também conhecido como princípio da harmonização, consoante assinala Canotilho, embora divulgado por Hesse, “há

muito constitui um *canon of constitutional construction* da jurisprudência americana” (1993, p. 234).

Tal princípio da harmonização fornece-nos a indicação de que cada valor constitucional deve ser ponderado na circunstância específica; portanto, com tal metodologia, cada valor constitucional variará conforme a necessidade fática da solução do problema. A solução do conflito de direitos ou de valores deve passar sempre por um juízo de ponderação, procurando ajustá-los à unidade da Constituição. Pode-se caracterizar, dependendo do caso concreto, em interpretação restritiva que deve ser verificada, para que não valha para dois bens constitucionais a regra do tudo ou nada.

É o que ocorre na espécie, pois a coexistência do desenvolvimento econômico e da proteção ambiental se resolvem pela noção de desenvolvimento sustentável. Portanto, é viável compatibilizar desenvolvimento e preservação ambiental, desde que se considerem os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo-se adequadamente as exigências de ambos os bens jurídicos e observando-se as suas inter-relações particulares a cada contexto sócio-cultural, político, econômico e ecológico, dentro de uma dimensão tempo/espaço. Em outras palavras, a política ambiental não se deve constituir em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim em um de seus instrumentos, ao proporcionar a gestão racional dos recursos que constituem sua base material.

4. O caráter dinâmico do controle judicial na ponderação dos princípios jurídicos e sua função protetiva do meio ambiente

4.1 A função sistêmica da dogmática jurídica no processo de decisão na visão de Niklas Luhmann

Como conseqüência da utilização da noção de sistema, a dogmática não é definida por Luhmann como conceito, mas por

sua função dentro do sistema jurídico na aplicação do direito.

Luhmann não ignora o aspecto distintivo da dogmática, definido por ele como a proibição de negação (não-negabilidade) dos pressupostos de uma cadeia de argumentação (1983, p. 27). Mas o autor considera insuficiente esta perspectiva da dogmática, devendo-se buscar as funções positivas da dogmática para o sistema na aplicação do direito. Num processo de decisão, o aspecto distintivo são as possibilidades de decisão, material básico sobre o qual atuarão os critérios que elegerão a alternativa lícita em contraste com a ilícita. Só pode haver decisão quando houver possibilidades que ofereçam uma margem de liberdade e flexibilidade mínimas.

Por isso, Luhmann destaca como aspecto distintivo da dogmática, não o que ela coloca como fixo – o dogma – mas permitir uma margem de variabilidade controlada na elaboração do material jurídico, visando à sua aplicação (função positiva).

Durante a Idade Média, a Igreja exerceu uma dominação política forte baseada em um dogmatismo e hierarquia muito rígidos. O contexto social que possibilitou esse domínio foi uma sociedade estática e não complexa, que acatava completamente os dogmas católicos. Não foi por coincidência que a Reforma Protestante foi a negação da não-negabilidade dos dogmas católicos, representando os interesses econômicos e políticos que efetuavam um processo de dinamização na sociedade européia. Esse é um exemplo a contrário da realidade que se desenvolve no século XX. A partir da crise do modelo liberal, em função do alto nível de crescimento da complexidade no meio social, a dogmática diminui a rigidez de seus conceitos ao absorver níveis de incerteza e variabilidade toleráveis e necessários no trato com textos legais.

Para explicar a tendência atual da dogmática jurídica, Luhmann utiliza-se das categorias “programas de decisão” e decisão. Os programas de decisão são o conjunto de

símbolos que orientam o processo de decisão: as normas de direito vigente e a dogmática jurídica. A relação entre os programas de decisão, isto é, poderia ter sido decidido de um modo ou de outro. Mas ambos os pólos são variáveis, ou seja, se além da variabilidade de possibilidades de decisão as próprias leis são de conteúdo, interpretação ou fixação variáveis, então a dogmática exerce a função de limitar essa variabilidade. Por isso, a função dogmática não se refere a um caso isolado, pois ela não fornece diferenciação entre o lícito e o ilícito, mas se refere à determinação do campo do juridicamente possível em função de uma perspectiva seqüencial de decisões.

Porém, a dogmática depende de valores externos e internos ao sistema. “A justiça... se refere às exigências impostas ao direito pela sociedade em sua totalidade, e a dogmática representa o plano interno ao sistema jurídico no qual se reespecificam e operacionalizam tais exigências” (1983, p. 37). Deve-se considerar a justiça como expressão da adequação entre a complexidade do sistema jurídico e a necessidade de tratar o igual e o desigual de forma correspondente.

O sistema não absorve o *input* em toda a sua complexidade, sendo necessário que a dogmática jurídica traduza ou transforme a problemática oriunda do meio em conceitos jurídicos que serão processados pelo sistema. Essa passagem do conflito ao sistema é influenciada pela capacidade da dogmática em permitir uma melhor relação de adequação entre as informações, isto é, fornece conceitos socialmente adequados, de modo a direcionar em um nível maior de abstração as exigências contidas na demanda.

A diferenciação e a complexidade da dogmática se revelam na tendência contínua de harmonizar as interdependências no horizonte social do futuro e os conceitos jurídicos pelos quais as estruturas juridicamente relevantes no meio social se expressarão. Contudo, a formulação de conceitos adequados enfrenta a dificuldade de não haver perfeita identidade na correspondên-

cia entre o abstrato e o concreto. Outra dificuldade se refere à descontinuidade do direito positivo, em vista da produção das novas normas na substituição de direito vigente pela inserção de direito novo no ordenamento. Segundo Luhmann, o caráter auto-substitutivo do ordenamento e a conseqüente descontinuidade produzem “estados de fluidez” que devem ser controlados pela dogmática ao compatibilizar as possibilidades de mudança com a vigência do ordenamento.

Finalmente, Luhmann salienta que a teoria do sistema jurídico deve ser definida na relação entre sistema e meio social, isto é, nas influências e modificações recíprocas entre ambos, a adequação social dos conceitos não garante que a produção de *outputs* satisfaça efetivamente às demandas oferecidas, mas permite a criação de condições para que isso ocorra.

4.2. Os princípios como fatores de mobilidade do sistema jurídico

Consoante ensinamento de Canaris, “a mobilidade do sistema é, muitas vezes, confundida com a sua abertura” (1989, p. 127). Entretanto, o conceito de mobilidade do sistema deve ser extraído do conceito formulado por Wilburg. Assim, mobilidade e abertura são conceitos distintos, embora inter-relacionados, em determinados momentos.

Faz-se, pois, necessária, para apreensão do conceito de mobilidade sistêmica, a análise das características essenciais para o conceito de sistema de Wilburg.

Na teoria da responsabilidade civil, Wilburg desenvolve esse conceito, na medida em que procura recusar um *princípio unitário* que solucione todas as questões da responsabilidade indenizatória e coloca, nesse lugar, uma multiplicidade de pontos de vista (PRINCÍPIOS) que ele caracteriza como elementos ou como forças móveis, a saber:

“1. Uma falta causal para o acontecimento danoso, que se situe do lado do responsável. Esta falta tem peso di-

verso consoante seja provocada pelo responsável ou pelos auxiliares ou tenha até surgido sem culpa, como, por exemplo, por uma falha material irremediável de uma máquina;

2. Um perigo que o autor do dano tenha originado, através de uma acção ou da posse de uma coisa e que tenha levado ao dano;

3. A proximidade do nexo de causalidade, que existe entre as causas provocadoras e o dano verificado;

4. A ponderação social da situação patrimonial do prejudicado e do autor do prejuízo” (1989, p. 128).

A consequência jurídica – responsabilidade patrimonial – só se concretiza – a partir da concatenação desses elementos, segundo o seu número e peso, sendo determinada pelo juiz segundo a discricionariedade orientada por esses princípios basilares da responsabilidade civil.

Nesse sentido, Larenz afirma:

“O ‘jogo concertado’ de diferentes princípios em diferentes graus de concretização é, uma vez mais, afim da ideia do modelo imaginado por Wilburg de um ‘sistema móvel’. Wilburg quis fundamentar a responsabilidade extracontratual por danos em quatro elementos, que podem surgir com diferente intensidade de caso para caso. Actuam, em regra, conjuntamente, podendo, todavia, um deles, se apresentar com especial intensidade, substituindo também os outros. Como elementos que fundamentam a responsabilidade, referiu Wilburg: um actuar que interfere numa ‘área jurídica alheia ou que põe em perigo, ou dar origem ao caso danoso através de circunstâncias da esfera do responsável, a censura de uma falha na esfera do responsável’ e, finalmente, ‘o poder económico do responsável ou a exigibilidade de se segurar’... Na avaliação de cada elemento, Wilburg quer

deixar ao juiz uma ‘ampla margem de discricionariedade’. O legislador deveria apenas estabelecer algumas linhas directivas gerais com vista à fundamentação dos deveres legais de indemnização por danos, deixando porém à resolução do juiz, em ampla escala, a ponderação no caso particular. Certamente que o juiz, segundo a ideia de Wilburg, não deve simplesmente achar uma resolução equitativa incontrolável, mas orientar a sua resolução pelos princípios por ele indicados e fundamentá-la no caso particular” (1983, p. 582).

Assim, no conceito de mobilidade do sistema, há a característica de ponderação de princípios que orientarão a discricionariedade judicial. Assim, verifica-se que na ideia de mobilidade está implícita a utilização de princípios que, conforme já visto, não se sujeitam à ideia de “tudo ou nada” e sim à ponderação.

Verifica-se, pois, que a noção de mobilidade vincula-se à discricionariedade judicial que, por sua vez, prende-se a atividade de atribuição de pesos a princípios, harmonizando-os com vistas a busca da solução correta (ou mais correta) ao caso em debate.

A correlação do conceito de sistema móvel e dos princípios mostra-se fundamental para a noção de que os princípios constituem mecanismo da porosidade do sistema ao meio externo.

Bertalanffy (1973, p. 203), ao ressaltar características dos sistemas abertos, obtém resposta assemelhada à de Wilburg, *verbis*:

“Aparece aqui a importante questão da relação da teoria geral dos sistemas com a cibernética, dos sistemas abertos com os mecanismos reguladores (cf. p. 217 ss). No presente contexto bastarão algumas poucas observações.

A base do modelo do sistema aberto é a interação dinâmica de seus componentes. A base do modelo cibernético é o ciclo de retroação (Figura 1.1)

no qual, por via da retroação da informação, mantém-se um valor desejado (*Sollwert*), atinge-se um alvo, etc. A teoria dos sistemas abertos é uma cinética e uma termodinâmica generalizadas. A teoria cibernética baseia-se na retroação e na informação. Os dois modelos foram aplicados com êxito em seus respectivos campos. No entanto, devemos ter a noção de suas diferenças e limitações.

O modelo do sistema aberto na formulação cinética e termodinâmica não fala de informação. Por outro lado, um sistema de retroação do ponto de vista termodinâmico e cinético é fechado, não possuindo metabolismo.

Em um sistema aberto é possível termodinamicamente o aumento da ordem e a diminuição da entropia. A grandeza “informação” é definida por uma expressão formalmente idêntica à entropia negativa. No entanto, em um mecanismo de retroação fechado, a informação só pode diminuir e nunca aumentar, isto é, a informação pode ser transformada em ‘ruído’ mas não vice-versa.

Um sistema aberto pode tender ‘ativamente’ para um estado de organização superior, isto é, pode passar de um estado inferior de ordem a um estado superior de ordem, devido às condições do sistema. Um mecanismo de retroação pode alcançar ‘reativamente’ um estado de organização superior devido à ‘aprendizagem’, isto é, à informação introduzida no sistema.

Em resumo, o modelo de retroação aplica-se eminentemente às regulações ‘secundárias’, isto é, regulações baseadas em arranjos estruturais no sentido amplo da palavra. Como porém as estruturas do organismo são mantidas em metabolismo e troca de componentes, as regulações ‘primárias’ devem evoluir da dinâmica num sistema aberto. O organismo torna-se

crescentemente ‘mecanizado’ no curso do desenvolvimento, e por isso é que as regulações posteriores correspondem particularmente a mecanismos de retroação (homeostase, comportamento dirigido para um fim, etc.).

O modelo do sistema aberto representa assim uma fértil hipótese de trabalho que permite novos discernimentos, novos enunciados quantitativos e verificação experimental”.

4.3. A abertura do sistema jurídico mediante a utilização dos princípios

Na base dos códigos está o pensamento jusracionalista, na acepção de que o Direito é formulado como um sistema fechado de verdades da razão, um sistema de regras que são o resultado de uma rigorosa construção lógico-matemática, a qual parte de regras gerais deduzidas pelo raciocínio que abarcaram todas as espécies de problemas imagináveis.

Os códigos representavam, portanto, a manifestação máxima de um desejável sistema jurídico do tipo fechado. Como consequência dessa perspectiva, também a atividade interpretativa se ressentia, restando a jurisprudência à estrita aplicação da lei dentro da legalidade mais estrita: “*que la loi soit claire, uniforme et précise: l’interpréter, c’est presque toujours la corrompre*”, afirmou Voltaire (apud WIEACKER, 1980, p. 528) expressando com vigor a idéia de plenitude do império da lei.

Tais concepções vão ser postas em causa já no final do século XIX, lembrando Winifried Hassemer, Karl Larnz e Joseph Esser, entre outros, que, desde o início do século XX, a Teoria do Direito, em especial na Alemanha, vem sendo compreendida como “o debate da polaridade da norma legal, de um lado, e da sentença judicial, de outro”⁶.

Esse debate introduz o que se convencionou chamar de “a crise da teoria das fontes”⁷, a qual resulta, basicamente, que “a idéia de que a sentença do Juiz surge claramente e sem vacilação da norma codificada

tornou-se, todavia, nos tempos atuais, um pensamento superado. Cedeu seu lugar ao reconhecimento de que o Juiz atua como criador do direito⁸ porquanto se passa a compreender que “a conclusão mais cautelosa que se pode retirar deste reconhecimento de que a lei codificada não pode determinar completamente a sentença judicial do ponto de vista fático é a de que a codificação ainda desempenha um papel dominante em relação à sentença do Juiz. Concede-se que o texto expresso da lei nem sempre fornece instruções claras; concede-se ainda que a lei, a codificação, às vezes, ‘necessita de preenchimento ou enchimento valorativo’, que a lei no seu texto é ‘vaga’ ou ‘porosa’. Estando em retirada os adeptos da teoria da estrita vinculação do Juiz à lei, constroem, contudo, novas linhas de defesa para a continuada validade da sua posição. O ‘significado dos conceitos legais’ passa a ser o limite da interpretação”⁹.

Com efeito, na tarefa incessantemente exercida pela Ciência Jurídica, desde pelo menos o século XII, de adaptar o direito ao dinamismo das relações sociais, leva-se em conta, agora, que o sistema jurídico deve considerar também, ao lado da norma de direito escrito, princípios, máximas, regras da experiência.

O sistema jurídico, assim considerado, volta a ser tido como um “sistema aberto”, porquanto a sujeição ao ordenamento já não mais se revela como mera servidão à lei, formalmente caracterizada: “Com a formulação de princípios de direito, embutidos em codificações, cria-se, finalmente, uma condição fundamental para o surgimento de um fenômeno que Luhmann denomina de ‘positivação do direito’, isto é, a modificação estrutural do sistema jurídico de um direito natural estático e não variável, para um direito, em princípio variável, um direito legislado. O reinado e a denominação do ‘velho’ e, por isso mesmo, ‘certo’ direito é sucedido pela experiência das regras de direito contingentes, experiência essa que considera a legislação – o dar das leis – um assunto

rotineiro da vida estatal, e que fornece tais normas jurídicas contingentes e mutáveis para a solução de novos problemas de regulamentação”¹⁰, afastando-se, por consequência, a idéia de que o Direito possa ser aplicado, interpretado e desenvolvido a partir de si mesmo – seja por meio das representações do legislador, seja por intermédio de um suposto “sentido imanente” (AGUIAR JÚNIOR, 1989, p. 7-20).

Por outro lado, é preciso atentar para o fato de que a abertura do sistema não conduz a seu desaparecimento, porquanto tal caminho levaria a um estado de incerteza jurídica inconciliável com os próprios postulados da democracia: é preciso manter um determinado patamar de segurança nas relações jurídicas, seja na relação dos privados entre si, seja na relação entre estes e o Estado, sob pena de ser instaurada a lei do mais forte, assentado que o princípio da certeza jurídica é essencial às funções de tutela e garantia às quais o Direito se opõe. Entretanto, conforme já visto, cabe às regras, em maior grau, a tarefa de garantia da certeza jurídica.

Quais serão, então, os *mecanismos* de que a ordem jurídica dispõe para que o sistema, devidamente flexibilizado, possa continuamente ajustar-se às novas realidades, às novas idéias, em busca da efetivação de um *direito justo*? Quais serão os pontos de referência a permitir tal necessária plasticidade?

A resposta a tais indagações pode ser obtida mediante o estudo dos princípios, que, em diferentes ordenamentos, têm-se mostrado meios hábeis à flexibilização dos sistemas que os adotaram.

4.4. O perfil dinâmico dos princípios e a atividade judicial de controle

No exame das normas, técnicas e institutos integrantes de determinado sistema jurídico, uma atitude metodologicamente adequada é a que se volta ao exame de sua estrutura, para assim alcançar o perfil particularizado do tema que se tem como objeto da pesquisa.

Integrando o Ordenamento Jurídico, ao lado das regras corporificadas, entre outros, nos códigos, os princípios apresentam, como primeira particularidade, o fato de não possuírem qualquer estrutura própria que os diferenciem, de plano, dos conceitos jurídicos indeterminados.

O conceito de Karl Larenz, nessa análise, mostra-se fundamental. Assim, princípios jurídicos são os pensamentos diretores de uma regulação jurídica *existente* ou *possível*, não constituindo, por si mesmos, regras suscetíveis de aplicação, embora possam transformar-se posteriormente em regras jurídicas, por via de interpretação (1983, p. 166).

Enquanto “pensamentos diretores” ou “fórmulas gerais”, os princípios podem-se encontrar expressamente manifestados na lei (positivados) e, em especial, no plano constitucional, nas normas que tutelam os direitos e garantias individuais, como são exemplos, no sistema brasileiro, o princípio da igualdade perante a lei (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), o da liberdade do exercício profissional (art. 5º, XIII) e o da função social da propriedade (art. 5º, XXIII). Muitos outros encontram-se dispersos pelo *corpus* constitucional – como é o caso do princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*) –, ou ainda pelos diversos estatutos infraconstitucionais, aí se alinhando, por exemplo, o princípio da liberdade de forma dos atos jurídicos de que trata o art. 129 do Código Civil.

No entanto, existem outros princípios que se situam no plano pré-positivo, vigindo independentemente da existência de uma regra de direito nesse sentido, porquanto pertencem à categoria dos princípios que se colocam no ordenamento jurídico antes mesmo, ou independentemente, de sua expressa adoção por uma regra de direito positivo.

É que se tem por assente, pelo menos desde a obra de Joseph Esser (Princípio e Norma na Elaboração Jurisprudencial do Direito), que a aplicação desses princípios, eficazes, como se viu, independentemente do texto legal, encontra sua justificação na

“natureza das coisas ou da instituição respectiva” uma vez constituírem “uma peça funcionalmente necessária de toda a solução concreta” (1961, p. 7) que entre no círculo comum de problemas passíveis de serem enfrentados mediante o recurso àquele pensamento.

Nesses termos, Esser ressalta:

“Su justificación les viene de la naturaleza de la cosa e de la institución respectiva, y constituyen una pieza funcionalmente necesaria de toda solución concreta que entre en este círculo común de problemas. De ahí que, dadas unas circunstancias análogas, sean igualmente bien conocidos en todos los sistemas jurídicos, incluso allí donde ninguna ley los ‘conoce’” (p.7).

É o que ocorre no direito civil brasileiro com o princípio da *boa-fé*¹¹. Não temos, em nosso Código Civil, uma disposição que o adote expressamente, como ocorre no direito alemão, parágrafo 242 do BGB.

Presente, todavia, sua indiscutível importância, conatural à própria idéia de “Direito”, a boa-fé é entre nós positivamente considerada, funcionando como *critério orientador* para a solução judicial de casos concretos, dele derivando muitos outros “deveres anexos” ou “secundários”, como *o dever de informar com correção na publicidade comercial*, por exemplo, ou *o dever de atuar com lealdade no período anterior à efetiva contratação*. Nesse sentido, assim se posicionou a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, interpretando um contrato de compra e venda no qual a vendedora, após a entrega da loja e das mercadorias – objeto da avença – cancelou pedidos de mercadorias anteriormente feitos, ferindo a justa expectativa do comprador. Decidiu o Tribunal, por unanimidade, que “o princípio da boa-fé supõe deveres anexos, de acordo com a natureza do negócio e a finalidade pretendida pelas partes”, de modo que “entre eles, se encontra a obrigação da vendedora de pequena loja de vestuários não cancelar pedidos já feitos, com o que inviabilizaria o negócio e frustraria a justa expectativa do

comprador”¹², baseando-se pois a decisão no *venire contra factum proprium*, aplicável em razão do dever de lealdade que ocorre da boa-fé.

Todos os princípios, positivados ou não, necessitam de concreção. As cláusulas gerais atuam instrumentalmente como meios para essa concreção em termos de grande generalidade, abrangem e submetem a tratamento jurídico todo um domínio de casos (ENGLISH, 1977, p. 232). Por essa via, idéias genéricas e alheadas de uma elaboração acabada e casuística – como as de boa-fé, bons costumes, uso abusivo de direito, usos do tráfico jurídico e outras similares, que só produzem frutos quando animadas por problemas reais –, passam a funcionar como “pontos de partida para a formação concreta de normas jurídicas” (ESSER, 1961, p. 195).

Tais cláusulas, pelas peculiaridades de sua formulação legislativa, não apenas consubstanciam princípios, mas permitem a sua efetiva inserção nos casos concretos. *Cláusula geral, portanto, não é princípio - é regra*. Mas é norma especial na medida em que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição dos poderes do Estado e no direito escrito permite ao Juiz “a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, controlada apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais – mas em todo o caso convencionais – de base e de densidade empírica variáveis. Não são direito material posto pelo legislador, mas, simplesmente, *standing points* ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto” (ESSER, 1961, p. 193-194).

A grande diferença entre princípio e cláusulas gerais, do ponto de vista da atividade judicial, está, pois, em que estas permitem a formação da norma não por meio da interpretação do princípio, mas pela criação, por meio da síntese judicial (ESSER, 1961, p. 195), em que encontram como elemento de atuação fatos ou valores éticos, sociológicos, históricos, psicológicos, ou até mesmo soluções advindas da análise comparativista, atuando tais critérios tradi-

cionalmente tidos como extralegais através das verdadeiras “janelas” consubstanciadas em tais cláusulas.

Como se sabe, num sistema jurídico do tipo fechado, a atividade judicial não é complexa. Na gênese do espírito codificador está o *mos geometricus*, a pretensão da plenitude, a estrutura piramidal, coerente e completa das leis, segundo ordem de escalonamento hierárquico no qual os princípios pré-positivados de nada contam, relegados que estão ao universo escuro do “não-Direito”.

Por muito tempo se acreditou na ilusão codificadora, mas, neste século, tal ilusão caiu por terra. Sob o influxo das experiências vividas em outros sistemas jurídicos, em especial o da *common law*, a questão da rígida fidelidade à lei e aos vínculos conceituais típicos ao modelo de interpretação axiomática é afastada, permitindo-se hoje a admissão, também nos sistemas jurídicos integrantes da “família” romano-germânica, da possibilidade da aplicação judicial do direito por via da concreção¹³.

É assente que, nos ordenamentos do sistema romano-germânico, não é função primária do juiz converter-se em fonte do direito. Todavia, bem alertou Helmut Coing para a circunstância de que, inobstante “não entre primariamente na missão do juiz converter-se em fonte do direito, esta é uma coisa que em todos os tempos acaba acontecendo”¹⁴.

Tal modelo de aplicação judicial do direito nos mostra que a experiência de outros países do *Comom Law* não é, por si só, antagônica à idéia de codificação. Mais do que isso, permite a visualização de uma *nova noção de sistema jurídico* se conseguirmos afastar de nosso raciocínio as armadilhas da ilusão codificadora e admitirmos a possibilidade da convivência entre o código, as variadas leis especiais e um modelo de interpretação judicial que não dispense a utilização do raciocínio problemático de que tratou Viehweg em sua *Tópica*. Assim, poderá a codificação sobreviver como “eixo central” de cada sistema e subsistema indi-

vidualmente considerado, entendidos esses, por óbvio, não mais à base de concepção típica às ciências exatas (tais como as regras do silogismo), mas de um modo aberto.

Nesse sentido, o direito positivado, tido como “centro” do sistema, apresentar-se-á como um modelo amplo e abrangente de valores metajurídicos, *flexível e sensível à dinâmica social, em razão, basicamente, de sua linguagem compreensiva da interferência dos princípios na sua concreção*. Estes têm, na verdade, papel decisivo a desempenhar, sendo notável, nesse sentido, a experiência alemã, de contínua leitura do texto expresso no parágrafo 242 do Código Civil, notadamente no que diz respeito à construção de um “direito justo em matéria contratual”¹⁵.

Do mesmo modo, o Judiciário terá, por meio da decisão judicial, uma importante função protetiva do meio ambiente. Deverá lembrar-se da função de otimização dos “princípios ambientais”¹⁶.

4.5. A função judicial e a tarefa protetiva do meio ambiente

4.5.1. O papel educativo do Judiciário na resolução das lides ambientais

Em face da maleabilidade do ordenamento jurídico, propiciada pelos princípios e cláusulas gerais de direito, o Poder Judiciário tem um papel fundamental na proteção ambiental.

A sentença judicial constitui-se uma fonte relevante do direito ambiental, ao conformar e ponderar princípios no caso concreto. Até antes dessa conformação fática, não há direito posto, e, sim, direito proposto.

O juiz tradicional, para ser considerado imparcial e fazer justiça, limitava-se à mera aplicação da lei ao caso concreto, posto que era entendimento corrente de que competia ao Poder Legislativo a função precípua de fixar os parâmetros da Justiça.

Assim, a lei, conforme posta no ordenamento jurídico, devia ser cumprida, a despeito do resultado justo ou injusto, posto que, na sistemática anterior, o Juiz não pas-

sava de simples instrumento neutro de aplicação do direito material à hipótese submetida ao seu conhecimento e julgamento.

Esse mecanismo implicava a possibilidade de que, muitas vezes, ao dirimir os conflitos, o Juiz, ao invés de praticar a almejada Justiça, dando a cada um o que é seu, ocasionava verdadeiras injustiças.

No mundo contemporâneo, os fatos (mundo do ser) ocorrem e se desenvolvem de modo infinitamente mais rápido que no âmbito da produção normativa (mundo do dever-ser), de sorte que o legislador, em geral, atua a reboque dos acontecimentos, vindo a regular controvérsias só após o seu surgimento. Assim, compete aos Juízes, muitas vezes, adiantar-se em relação ao legislador e fazer justiça, quando não há disposição legal para a situação em exame, ou quando há, mas a normatividade é insuficiente para o fim almejado pelas partes¹⁷.

Na lide ambiental, consolida-se, conforme já vimos, o caráter difuso e transindividual dos conflitos, que devem ser concretizados à luz do fato. Abre-se, pois, espaço para que uma decisão favorável ou desfavorável ao meio ambiente ocasione outras inúmeras fundamentadas naquela específica decisão judicial (“leading case”).

Nesse sentido, Nalini (1996, p. 14) afirma que:

“Reclama-se a esse Juiz moderno postura diversa da tradicional, como ser ascético, distanciando da realidade, formulador de soluções hauridas na dogmática. O Juiz é hoje um solucionador de conflitos, um produtor de justiça, atuando como intérprete dos valores tutelados pelo pacto fundante”.

Conforme afirma Cândido Dinamarco (1988, p. 22-26), a Lei nº 6.938/81, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, inovou e modificou a estrutura judicial de resolver conflitos ao identificar a lesão ambiental como transindividual e “de massa”.

Portanto, como afirma Dinamarco, na seara ambiental espera-se dos Magistrados uma “sensibilidade a esses valores e à gra-

vidade da missão que lhes dá a ordem jurídica, de dizer a última palavra em casos de alegada lesão” (p. 28).

No mesmo sentido, Vera Jucovsky (2000, p. 43), *verbis*:

“Não se pode olvidar que o Juiz deve estar consciente de que o poder estatal que detém deve estar voltado ao serviço do povo, posto que todo o poder deste emana (art. 1º, parágrafo único, CF).

Uma vez que o texto constitucional preceitua que todos têm direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, tendo sido ordenado ao Poder Público e à coletividade o dever de sua defesa e preservação para a atual e as futuras gerações (art. 225, CF), essa norma fundamental é também dirigida ao Juiz, a fim de que cumpra as obrigações impostas no art. 225, § 1º e incisos, da Carta, mormente o de promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública da preservação ambiental” (art. 225, § 1º, VI, CF).

José Renato Nalini destaca que o Juiz, no âmbito da legislação ambiental aplicada, torna-se um docente. A sentença judicial ambiental educa a sociedade e conscientiza o público no sentido da preservação do meio ambiente (1996, p. 11).

Deve-se destacar, também, que, ao decidir a lide ambiental, o Juiz não estará substituindo ao parlamento ou ao governo. Estará, sim, aplicando a norma, não na sua mera literalidade, mas sim no seu trabalho de torná-la concreta no caso apresentado.

Na doutrina estrangeira, são inúmeros os estudiosos que se debruçaram sobre o tema. Deve-se, entretanto, destacar o trabalho de Mauro Cappelletti – “Juizes Legisladores” – principalmente por tratar-se de estudo de direito comparado.

Assim, Cappelletti afirma que, “quando se fala dos juizes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma ‘óbvia banalidade’” (1993, p. 25).

O que se deve analisar, segundo Cappelletti, é o grau da criação judicial, seus modos e limites. Desse modo, afirma que a única diferença possível entre o juiz e o legislador não é de natureza, mas de grau (p. 27).

Na matéria ambiental, a legitimidade da criação judicial vincula-se, conforme já visto, à sua natureza de normas-princípios.

Portanto, ressalta-se, em face das características das lides ambientais, o papel educativo do Judiciário de delimitar as condutas ambientais socialmente corretas.

4.5.2. *O papel de controle do Judiciário sobre as ações do Poder Público no meio ambiente*

Conforme já visto, o meio ambiente é um macrobem que pertence à coletividade. Portanto, mostra-se insuscetível de apropriação por quem quer que seja.

O Estado, assim como o particular, mostra-se como simples administrador de um bem que pertence a outrem.

A radical transformação por que passa a doutrina do Direito Administrativo, conforme indica o Professor Menelick de Carvalho Neto da UFMG (2001, p. 11), contribui, também, para que a coisa pública não seja tratada, de forma exclusiva, somente pelo Administrador ou pelo Poder Executivo, *verbis*:

“Hoje nos é dado ver claramente que o público não se reduz ao estatal, pelo contrário, sabemos que sempre que essa redução ocorre, estaremos diante de uma privatização do público, passível de ser objeto do controle de constitucionalidade. *Os denominados conceitos abertos ou indeterminados levaram-nos, com Garcia de Enterría, por exemplo, a ver que o poder discricionário da Administração não é sinônimo de uma autorização em branco* dos administrados dada à mesma, mas que, ao contrário, *tratam-se de conceitos determináveis, que sempre são aplicados em uma certa situação concreta dada*, e que as especificidades da situação de aplicação exigem, a cada caso, uma única e determi-

nada postura ou ação jurídica e constitucionalmente vinculada da Administração. Daí fomos capazes de ver sob o foco da luz do melhor Direito, com Ronald Dworkin, a tessitura aberta ou indeterminada, principiológica, de todo o ordenamento que, como demonstra Friedrich Müller, só se dá a conhecer pela mediação dos textos normativos, requerendo de modo inafastável a concretude e a singularidade das situações de aplicação” (grifo nosso).

Papel, pois, fundamental o do Judiciário de possibilitar à sociedade o questionamento de decisões do Poder Público que sejam fundadas em critérios que afrontem a proteção ambiental.

Na atuação estatal na área ambiental, muitas vezes é necessário apreciar-se em juízo a eficiência, a oportunidade, a conveniência e a adequação de certas escolhas ligadas à tomada de decisões e a prática de atos do Poder Público.

Álvaro Mirra (1999, p. 44), nesse sentido, ilustra que, se a Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN) decidisse depositar resíduos nucleares em determinada área, não obstante tenha competência para tal decisão, a questão poderia ser debatida no Judiciário por provocação de uma associação, por meio de ação civil pública, na qual poder-se-ia provar que a solução adotada, conquanto legal, não é a melhor para o caso concreto.

Nesse sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Sidney Sanches assinala que “é de todo imprescindível que os juízes se compenetrem de que interesses coletivos são tão ou mais importantes que os individuais” (1998, p. 95).

Nesse mesmo sentido a abordagem de Menelick de Carvalho Netto: “a ótica do administrado, do cidadão, requer que enfoquemos a esfera pública como algo bem mais amplo do que o mero estado que se encontra, sem dúvida, em seu centro” (2001, p. 11).

Assim, fica bem caracterizada a necessidade de conscientização da magistratura brasileira de sua função protetiva-ecológi-

ca criativa na decisão judicial das lides ambientais. Enfatiza-se, nesse caso, menos a separação de poderes e mais a função essencial dos juízes de concretizar os princípios e proteger os direitos fundamentais, esfera pública que transcende ao Poder Executivo e ao Estado.

Notas

Peter Härbele, em *Die offene Gesellschaft der Verfassunginterpreten*, traduzida recentemente pelo professor Gilmar Ferreira Mendes sob o título *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição*, deixa claro que “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (1997, p. 13).

² STF – Recurso Extraordinário nº 134.297-8-SP, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no Diário de Justiça de 22/09/95.

³ STF – Recurso Extraordinário nº 134.297-8-SP, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no Diário de Justiça de 22/09/95, trecho do voto do Relator extraído da cópia do texto integral do acórdão, p. 686 a 687.

⁴ STF – Recurso Extraordinário nº 134.297-8-SP, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no Diário de Justiça de 22/09/95, trecho do voto do Relator extraído da cópia do texto integral do acórdão, p. 688 a 689.

⁵ STF – Recurso Extraordinário nº 134.297-8-SP, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no Diário de Justiça de 22/09/95, trecho do voto do Relator extraído da cópia do texto integral do acórdão, p. 692 a 693.

⁶ Winfried Hassemer, professor de Sociologia do Direito e de Direito Penal da Universidade de Frankfurt, em apontamentos de palestra proferida em Porto Alegre em outubro de 1984 e publicada na Revista AJURIS:

“Desde o início do Séc. XX, a teoria do direito e o ensino metodológico na Alemanha compreendem-se como sendo, preponderantemente, o debate da polaridade da norma legal de um lado e da sentença judicial do outro” (p. 180).

⁷ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A obrigação como processo. São Paulo: Bushatsky, 1976. Nessa obra, com a expressão “obrigação como processo”, o autor tenciona sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desen-

volvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência. Ao tratar da “crise da teoria das fontes”, o autor afirma, p. 74, verbis:

“A crise da teoria das fontes resulta da admisão de princípios tradicionalmente considerados meta-jurídicos no campo da ciência do Direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo. Em verdade, outros fatores passaram a influir poderosamente no nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional, fatores esses decorrentes da cultura e da imersão dos valores que os Códigos revelam no campo social e das transformações e modificações que produzem. A crise decorre da concepção de que um código por mais amplo que seja não esgota o *corpus juris* vigente, o qual se manifesta através de princípios, máximas, usos, diretivas, não apenas na interpretação judicial, como também na doutrinação”.

⁸ Idem, p. 181.

⁹ Ibidem, p. 182-183.

¹⁰ Idem, ibidem, p. 187.

¹¹ Consoante ensinamentos de Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, vol. I, p. 142: “A boa fé possui múltiplas significações dentro do Direito. Refere-se, por vezes, a um estado subjetivo decorrente do conhecimento de certas circunstâncias, em outras, diz respeito à aquisição de determinados direitos como o de perceber frutos”.

¹² Ap. Civ. nº 589073956, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 19-12-89. Na fundamentação do voto, o Des. Relator expressou que “o princípio da boa-fé, com alcance geral, vigora no Brasil, apesar de não constar no nosso Código Civil dispositivo semelhante ao § 242 do BGB” (grifamos).

¹³ Tais concepções surgem da aceitação, no sistema codificado, da idéia de “legislação judicial” exposta por W. Holmes na obra *The Common Law* (1938), que foi aceita, principalmente, na Alemanha, na medida em que se ressalta o papel da jurisprudência como fonte de direito, ao lado da lei. Com tal posicionamento, na verdade está-se transpondo, *mutatis mutandi*, o modelo dos precedentes para o âmbito do *Civil Law*.

¹⁴ In *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1949, § 254, (apud ESSER, 1961, p. 30).

¹⁵ A idéia de “direito justo” é tratada desde Aristóteles que, na *Ética de Nicômaco*, escreveu páginas todavia atuais em nossos dias, Em Platão, igualmente, o tema dos conteúdos da justiça ou ordenação “justa” da convivência humana é também uma questão central da *Ética*. Modernamente, na ultrapassagem do positivismo legalista, o tema foi retomado com vigor – é matéria recorrente dos estudos de Michel Villey, na França, assinalando, na Alemanha, Karl Larenz que “conciene a los juristas, porque, si bien es cierto que los juristas pueden limitarse a cumplir las normas de un concreto Derecho positivo, o las decisiones judiciales que en

ese derecho positivo sean vinculantes, no pueden evitar que se les coloque incesantemente ante el problema de saber si lo que hacen es o no ‘justo’, sobre todo cuando las relaciones vitales cambian y los casos no se plantean ya de un modo igual” (*Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*, p. 19). Essa noção não está restrita à civilística. No direito administrativo, a boa-fé – princípio fundamental no tema de “direito justo” – tem relevantíssimas consequências, em especial no que concerne aos efeitos da nulidade de certos atos. O “direito justo”, no direito constitucional, conduzirá às idéias de igualdade, proporcionalidade, razoabilidade e controle; no direito processual, levará às noções de imparcialidade do juiz, refletindo, ainda, no amplo espaço reservado à tutela do contraditório; em matéria penal, conduzirá à percepção de que a pena deve ser recebida como justa no caso concreto, iluminando, pois, o antigo debate acerca da proporcionalidade das penas.

¹⁶ “Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos” (ALEXY, 1993, p. 86-87).

¹⁷ “A constitucionalização dos princípios gerais de Direito ocasionou o declínio da hegemonia do princípio da legalidade, que durante muito tempo reinou sozinho e absoluto, ao passo em que propiciou ascensão do princípio da juridicidade da Administração, o que conduziu à substituição da idéia do Direito reduzido à legalidade pela noção de juridicidade, não sendo mais possível solucionar os conflitos com a Administração Pública apenas à luz da legalidade estrita” (MORAES, 1999, p. 23-24).

Bibliografia

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

AGGELEN, Johames van. The right to life and environmental protection: preliminary reflections. In: TRINDADE, Antônio Augusto C. (Ed.). *Direitos humanos, desenvolvimento sustentável e meio ambiente*. San José: IIDA, 1995. (Coletânea).

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Interpretação. A juris*, v. 16, n. 45, p. 7-20, mar. 1989.

ALEXANDRE KISS, “Sustainable Development and Human Rights”, *Direitos Humanos, Desenvolvimento*

- Sustentável e Meio Ambiente*. San José: IIDH, editada por Antônio Augusto Cançado Trindade, 1995.
- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução de Miguel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Instalação de Assembléia Nacional Constituinte*. *Revista de Informação Legislativa*, ano 24, n. 93, jun./mar. 1987.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.
- BENJAMIM, Antônio Herman V. Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente. In: FIGUEIREDO, Guilherme J. Purvin de (Coord.). *Temas de direito ambiental e urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- _____. *Função ambiental*. In: _____. *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. *O princípio do poluidor pagador e a reparação do dano ambiental*. In: _____. *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*. Tradução de Francisco M. Guimarães, Petrópolis: Vozes, 1973.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. revista e ampliada por Caio Mario da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Fernando Alves, 1980.
- _____. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1975.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, Coimbra: Coimbra, 1982.
- _____. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. *Proteção do ambiente e direito de propriedade: crítica de jurisprudência ambiental*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- CARRIO, Genaro R. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.
- CARVALHO NETO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição. *Fórum Administrativo*, ano 1, n. 1, mar. 2001.
- CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O direito ambiental e o novo humanismo ecológico*. *Revista Forense*, v. 317, 1992.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.
- DINAMARCO, R. Cândido. *O poder judiciário e o meio ambiente*. *Revista dos Tribunais*, n. 631, ano 77, p. 24-28, maio, 1988.
- DOTTI, René Ariel. *Enciclopédia saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.
- EASTON, David. *A framework for political analysis*. New Jersey: Prentice Hall, 1965.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. [S.l.] Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Casa Bosch, 1961.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*, Atlas, 1996.
- _____. A validade das normas jurídicas. *Revista Seqüência*, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, n. 28, 1994.
- FUSTEL DE COULANGES. *A cidade antiga*. Tradução de Souza Costa. Lisboa: Livraria Clássica, 1929.

- GARMENDIA, José. *Dicionário de ciências sociais*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- _____. *Proteção do meio ambiente: caso do parque do povo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 83, n. 702, p. 247-260, abr. 1994.
- HÄRBELE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- HASSEMER, Winfried. *O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei*. *AJURIS*, n. 36, [s.d.].
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional: selección*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. O papel do juiz na defesa do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, n. 19, ano 5, jul./set. 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Tradução João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1987.
- KISS, Alexandre. Sustainable development and human rights. In: TRINDADE, Antônio Augusto C. (Ed.). *Direitos humanos, desenvolvimento sustentável e meio ambiente*. San José: IIDA, 1995.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- _____. *La filosofía contemporánea del derecho y del Estado*. Tradução de E. Galán Gutiérrez e Truyol Serra. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.
- _____. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Tradução de Luiz Diez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo. *Introdução ao pensamento e à obra jurídica de Karl Larenz*. Livraria do Advogado, Porto Alegre: 1995.
- LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- _____. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. *Seqüência*, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, n. 28, 1994.
- _____. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UnB, 1980.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Estudos de direito ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. *Direito ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MATEO, Ramón Martín. *Derecho ambiental*. Madrid: Instituto de Estudio de Administración Local, 1977.
- _____. *Tratado de derecho ambiental*. Madrid: Trivium, 1991.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, n. 122, abr./jun. 1994.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Bosch, 1972. t. 4.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra, 1987.
- _____. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1988. t. 4.
- MIRRA, Álvaro Luiz V. A defesa do meio ambiente em juízo: o papel das associações e o problema dos resíduos nucleares e perigosos. *Revista dos Tribunais*, n. 645, n. 78, p. 41-44, 1999.
- _____. Fundamentos do direito ambiental no Brasil. *Revista dos Tribunais*, v. 706, 1994.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.
- NALINI, José Renato. Magistratura e meio ambiente. *LEX: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, n. 83, ano 8, p. 9-21. jul. 1996.
- NECKER, Tyll. A responsabilidade ecológica dos empresários. In: *BONUS, Holger. A política ambiental da Alemanha a caminho da agenda 21*. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1992. [Traduções n. 2].
- PAGANO, Michael; BOWMAN, Ann. The state of american federalism: 1994-1995. *Journal of Federalism*. Easton: Meyner Center for the Study of Federalism, v. 25, n. 3, 1995.
- PARSONS, Talcott. *The social system*. Glencoe: Five, 1951.
- PENDERGRASS, John. Direito ambiental nos Estados Unidos da América. *Revista de Direito Ambiental*, ano 1, jan./mar. 1996.

- PRADO, Luiz Regis. A tutela constitucional do ambiente. *Unimar*, ano 10, n. 12, 1992.
- RANGEL, Paulo Castro. *Concertação, programação e direito do ambiente*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- REALE, Miguel. O poder na democracia. In: _____. *Pluralismo e liberdade*, São Paulo: Saraiva, 1963.
- _____. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963.
- SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. O direito ambiental e a participação da sociedade. *Revista de Direito Ambiental*, ano 1, n. 3, jul./set. 1996.
- SANCHES, Sydney. *O poder judiciário e a tutela do meio ambiente*. *Revista de Processo*, n. 50, ano 13, abr./jun. 1998.
- SANCHIS, Luis Prieto. *Sobre principios y normas problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- TÖPFER, Klaus. Solidariedade e responsabilidade global pelo meio ambiente e pelo desenvolvimento. In: BONUS, Holger. *A política ambiental da Alemanha a caminho da agenda 21*. Konrad-Adenauer-Stiftung, 1992. [Traduções n. 2].
- WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito—alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes. *Seqüência*, set. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, n. 29, 1994.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespasla. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

Sistema eleitoral brasileiro - a técnica de representação proporcional vigente e as propostas de alteração: breves apontamentos

Vandré Augusto Búrigo

Sumário

1. Disposições legais. 2. Abordagem teórica. 2.1. As fórmulas utilizadas. 2.2. Abordagem crítica. 2.2.1. A fórmula brasileira. 2.2.1.1. A cláusula de exclusão. 2.2.1.2. A disputa interna nos partidos. 2.2.2. O problema da magnitude dos distritos. 3. A necessidade de alterações e a proposta do “sistema misto”. 3.1. Outras alternativas. 4. Considerações finais.

1. Disposições legais

Estabelece o art. 45 da Constituição da República -1988, que trata da ‘Organização dos Poderes, do Poder Legislativo e do Congresso Nacional’: “A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, *pelo sistema proporcional*, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal” (grifou-se).

O § 1º do art. 27 do mesmo diploma, ao dispor sobre os Estados Federados, estipula: “Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre *sistema eleitoral*, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas” (grifou-se).

Como visto, Deputados Federais e Estaduais (assim como os Vereadores, dado o princípio federativo¹) são eleitos pelo sistema proporcional de representação, regulamentado pelos artigos 106 a 111 do Código Eleitoral Brasileiro².

Vandré Augusto Búrigo é Procurador da Fazenda Nacional.

Dos citados artigos, é possível extrair as fórmulas para a distribuição das cadeiras legislativas nos três níveis da federação, a saber:

$$Qe = (n^{\circ} \text{ de v.}) / (n^{\circ} \text{ de c.l.});$$

$$Qp = (n^{\circ} \text{ de v.p.}) / (Qe);$$

Em que:

Qe = quociente eleitoral;

n° de v. = número de *votos válidos* (excluindo-se, portanto, os nulos e os brancos³);

n° de c.l. = número de cadeiras legislativas;

Qp = quociente partidário;

n° de v.p. = número de votos válidos por partido ou coligação⁴.

2. Abordagem teórica

De particular técnica, o sistema adotado por nosso país encontra paridade em outros poucos países⁵. Trata-se, em verdade, de uma combinação de duas fórmulas aplicadas seqüencialmente, concebidas no século XIX e que, por seus desempenhos, receberam acolhida nas mais diversas nações, apenas adaptadas, evidentemente, às peculiaridades de cada uma delas.

No caso do Brasil, apesar de proposta semelhante ter sido levantada ainda em 1893 pelo então Deputado Assis Brasil, o sistema vigente remonta, basicamente, ao advento do primeiro Código Eleitoral brasileiro, de 1932⁶.

De acordo com Tavares, o sistema se caracteriza pelo voto pessoal único em candidatura individual no qual não há proposição de listas, mas sim de várias candidaturas individuais das quais o eleitor escolhe uma só. Os votos proferidos a candidatos de um mesmo partido definem o quociente partidário – Qp , com a transferência dos votos excedentes ao quociente eleitoral – Qe dos já eleitos e dos candidatos que não atingiram o quociente eleitoral para os demais do mesmo partido ou coligação.

“O voto pessoal único e transferível em candidaturas individuais alternativas, hierarquizadas segundo a ordem de preferência do eleitor, se

materializa, contudo, numa lista contendo os nomes de candidatos que cabe àquele ordenar” (1994, p. 126).

Na avaliação do autor, o voto uninominal quando contabilizado para a legenda, equivale ao “voto numa lista partidária virtual cuja ordenação se faz como resultado das escolhas de todos os eleitores”. Sobre ela, nem eleitores nem os partidos têm controle tanto sobre qual o destino do voto como sobre a ordem da lista virtual, que ocorre aleatoriamente, constituindo, no dizer de Andrae, um “escrutínio de lista com voto transferível” (Apud. TAVARES, 1994, p. 126, 128).

Em outras palavras, com o sistema vigente, o eleitor brasileiro, ao votar em determinado candidato nas eleições proporcionais, na verdade dá à Justiça Eleitoral, em suma, a mensagem de que deseja ser representado pelo partido ou coligação escolhidos, mais precisamente pelo candidato que indicou; acaso o mesmo não consiga ser eleito ou mesmo já tenha obtido votos suficientes para tanto, fica a Justiça Eleitoral autorizada a transferir seu voto para o candidato do mesmo partido ou coligação que esteja mais próximo de obter vitória.

2.1. As fórmulas utilizadas

Segundo Tavares, a fórmula destinada à atribuição do quociente eleitoral – Qe (prevista no art. 106 do Código Eleitoral) foi concebida pelo matemático Carl Cristoph Andrae em 1855 para regular as eleições à Câmara Alta da Dinamarca. Mais tarde, em 1957, o inglês Thomas Hare, incorporando a idéia de Andrae, associou a concepção do quociente eleitoral ao voto único transferível, surgindo assim a chamada “Quota Hare” (Apud TAVARES, 1994, p. 127).

Conforme o texto legal brasileiro, o partido ou coligação que atinge a “Quota Hare” tem assegurado um número de cadeiras legislativas de tantas vezes quantas forem as que o total de votos perfizer tal quota, número sujeito ainda a acréscimos, num segundo momento, com a aplicação do meca-

nismo de distribuição das cadeiras que permaneceram vagas nessa primeira divisão.

Esse mecanismo de sobras, que na realidade se constitui em nada mais que um divisor, explicitado pelo art. 109 em seus incisos e parágrafos, denomina-se, conforme Nicolau (Apud LIMA JÚNIOR, 1991, p. 117) “fórmula D’Hondt de maiores médias” e fora introduzido pela Lei nº 1.164/50, que instituiu o Código Eleitoral de então. Criado por Victor D’Hondt, o método foi adotado pela primeira vez na Bélgica em 1899 e, de acordo com Tavares (1994, p. 171),

“(…) produz um padrão de distribuição da representação parlamentar entre os partidos muito próximo, e não raro, idêntico àquele produzido pelo sistema de cociente eleitoral de Hare e de cociente partidário *no qual a distribuição dos assentos remanescentes se opera segundo a fórmula da mais forte média*, mas em regra tende a reduzir um pouco a desproporcionalidade” (grifou-se).

A fórmula da mais forte média para a adjudicação das cadeiras não destinadas pelo quociente partidário estipula o segundo procedimento, que consiste na divisão do número de votos que cada partido ou coligação recebeu pelo número de cadeiras até então obtidas pelo partido, apenas somado a uma unidade⁷.

Porém, confere a legislação brasileira uma particularidade à referida fórmula. Trata-se da polêmica “cláusula de exclusão” (ou “cláusula de barreira”), que impede de concorrer à segunda distribuição dos assentos os partidos ou coligações que não atingem o quociente eleitoral – *Qe* (a quota Hare).

Ainda sobre a nomenclatura do sistema, divergem os autores brasileiros pois ora particularizam o método D’Hondt pela fórmula “das médias mais elevadas”, ora “das mais fortes médias”. Sucede que, conforme Tavares, pela primeira, há a cláusula de exclusão, o que não ocorre com a segunda (1994, p. 138-139). Porém, o sistema brasileiro, como se poderia pensar num primeiro

instante, não é o “das médias mais elevadas”, porque nesse mecanismo não há o acréscimo ao número de representantes eleitos na primeira distribuição a uma unidade, como ocorre, contudo, no mecanismo “das mais fortes médias”. Por isso, parece mais acertada a definição de Nicolau, que, como já citado anteriormente, classifica o mecanismo de distribuição dos votos restantes como “fórmula D’Hondt de maiores médias” (Apud LIMA JÚNIOR, 1991, p. 123).

Outra denominação, equivocada, mas muito comum, que recebe o sistema posto pelo *codex* é a de “fórmula Agamemnon”. Sucede que, por esse mecanismo, as cadeiras remanescentes não são distribuídas entre os vários partidos que obtêm o *Qe*, mas sim àquele somente que obtiver a maior média de votos por candidato após a definição do quociente partidário – *Qp*, o que não ocorre no sistema em vigor.

2.2. Abordagem crítica

Conforme Tavares, a representação política é a relação entre um conjunto de cidadãos que integram uma nação e seus representantes, à medida que estes são autorizados pelos primeiros a decidirem em nome daqueles, obrigando a todos que, diante da possibilidade de escolherem seus representantes, subordinam-se a essas decisões como se as tivessem adotado pessoalmente. Além disso, é decorrência natural que esses representantes devam, por obra dessa relação, incorporar as concepções e valores particulares a respeito do interesse e bem público do conjunto que o elegera.

Já por sistema eleitoral, segundo o citado autor, deve-se entender toda construção institucional concebida politicamente, de forma estratégica e realizada com técnica capaz de viabilizar a representação política (1994, p. 33).

Assim, pode-se extrair que a representação proporcional, como regime de um sistema eleitoral de representação política, conforme Lima Júnior e Abranches, deve ter por *munus* “(...) conferir aos partidos representação parlamentar equivalente à proporção

dos votos válidos obtidos numa dada unidade eleitoral” (1983, p. 126). Ou, no dizer de Kelsen, a representação proporcional existe “quando a distribuição de mandatos se realiza de modo que o número de representantes de cada circunscrição eleitoral seja dividido numa relação com os cidadãos, de sorte que resulte numa proporção” (Apud FERREIRA, 1991, p. 153).

Pinto Ferreira, a propósito, reputa à representação proporcional em si grande valor, já que procura fazer, na medida do possível, “(...) do Parlamento, um sistema fiel da opinião pública partidária”, assegurando-se assim a representação de forças minoritárias:

“A representação proporcional é assim a consequência de uma justiça na representação política. Diversas objeções são trazidas contra tal representação, entre elas se salientando as dificuldades técnicas e complicações do sistema, a restrição à liberdade de escolha dos eleitores e os obstáculos que traria à formação de uma maioria parlamentar sólida. Entretanto, tais dificuldades podem ser superadas, pois as complicações técnicas são resolvidas pela ciência, a liberdade de escolha dos eleitores pode ser parcialmente concedida através do voto preferencial, a estabilidade governamental amparada por uma proteção aos maiores partidos políticos” (1991, p. 159).

À vista dessas colocações, pode-se dizer que um dado sistema eleitoral é mais ou menos proporcional quando verificado com que grau de proporcionalidade distribui a representação parlamentar entre os partidos, levado em conta o volume de votos obtidos. Mas interessa destacar que a variação eventualmente ocorrida costuma decorrer principalmente de dois aspectos: a fórmula eleitoral empregada (que relaciona votos com cadeiras legislativas) e também a magnitude dos distritos, ou seja, o número de representantes que cabe a cada distrito eleger, isso porque uma mesma forma apli-

cada em eleições de distritos com diferentes magnitudes pode converter-se em resultados muito distintos.

A partir da análise dessas duas variantes é que se pode apontar, segundo a expressão de alguns autores nacionais e internacionais, as vantagens e desvantagens, por exemplo, do sistema adotado em nosso país.

Para Blondel, segundo Costa Posto, nosso sistema permite ao eleitor proferir sua escolha entre vários nomes do mesmo partido, podendo, se desejar, votar apenas numa tendência, configurando-se num sistema majoritário dentro de uma representação proporcional (DIREITO eleitoral, 1996, p. 72).

Para Cabral, as vantagens do sistema vigente primordialmente são:

A - Tem ele a simplicidade, reunindo num só escrutínio o processo pelo qual se apuram os candidatos eleitos por terem atingido o quociente em votação uninominal, e o da apuração dos quais devem completar o número de representantes, por maioria relativa, no escrutínio de lista.

B - Não exige dos partidos cálculo algum complicado para disporem de suas forças.

C - Garante às opiniões em minoria a possibilidade de representação, desde que atinjam seus votos o quociente resultante da divisão do número de votantes pelo dos representantes a eleger. E tantas vezes o atinjam, tantos representantes elegerão, só dependendo isso da boa distribuição de seus votos” (Apud FERREIRA, 1991, p. 157).

Todavia, como já assinalado, no sistema proporcional, tudo pode variar em função da fórmula empregada e da magnitude dos distritos. Vejamos.

2.2.1. A fórmula brasileira

No tocante à fórmula, o sistema proporcional brasileiro detém, basicamente, duas grandes especificidades: uma diz respeito à “cláusula de exclusão” – correspondente ao comando normativo previsto no § 2º do art. 109 – e a outra se relaciona à disputa que acaba por provocar entre os candidatos de um mesmo partido. Vejamos uma a uma.

2.2.1.1. A cláusula de exclusão

Também conhecida como “cláusula de barreira”, esse dispositivo nada mais é do que a restrição à participação dos partidos cuja votação não alcança o quociente eleitoral – *Qe* na distribuição das cadeiras não preenchidas. No entender de Ribeiro, cita da cláusula desnatura a regra da proporcionalidade e compromete a coerência do sistema, porque

“(…) se o cociente não é o elemento intransponível da distribuição de vagas, não deveria prevalecer o impedimento sobre as sobras acima focalizado, como princípio de justiça na aritmética eleitoral”(1996, p. 92).

Em contraponto, no entender de alguns, ela se faz necessária justamente para não haver a pulverização dos representantes em um número elevado de partidos políticos, o que de certa forma poderia contribuir para o enfraquecimento das agremiações partidárias, à medida que seria tacitamente estimulado o surgimento e funcionamento de muitos partidos, afetando, em última análise, a ‘governabilidade’.

Considerando-se o fenômeno quanto à existência de muitos ou poucos partidos, o elogio à existência e importância do impedimento acaba por encontrar forte apoio junto a setor preponderante da Imprensa brasileira, sob o argumento de que a existência de muitos partidos sempre resulta em dificuldade no trabalho de cobertura e divulgação das candidaturas majoritárias, principalmente debates, dadas as restrições impostas pela legislação eleitoral, que protege a isonomia quanto ao tempo de exposição não-obrigatória dos candidatos na mídia (art. 46 da Lei nº 9.504/97).

2.2.1.2. A disputa interna nos partidos

É certo que, conforme correlacionou Duverger em 1951 em seu tratado “Os Partidos Políticos”, a representação proporcional tende a um sistema de partidos múltiplos (Apud LIMA JUNIOR, 1991, p. 63).

Sucedem que, pelo sistema nacional, paradoxalmente, é no interior das agremiações que o sistema causa verdadeira autofagia justamente em função da corrida dos candidatos pelos eleitores do próprio partido. Isso porque, uma vez atingida a quota Hare pela agremiação (repita-se, obtida pela soma dos votos dados a todos os candidatos inscritos pelo partido, acrescida daqueles dados à legenda propriamente), a disputa ocorre entre candidatos, sendo que somente os mais votados da lista é que são eleitos. Nessa medida, como já salientado, a disputa maior se verifica, para os candidatos do partido, na busca pelo voto do eleitor simpatizante do partido, já que somente os mais votados é que se aproveitarão da universalidade dos votos recebidos. Tavares identifica o problema:

“Inconsistente com o espírito e com a técnica da representação proporcional, o voto único em candidatura individual tem sido o responsável pela competição voraz entre os candidatos de um mesmo partido que tão profundamente compromete, precisamente nos processos eleitorais, a identidade, a coesão e a disciplina internas dos partidos políticos na república brasileira”(1994, p. 127).

Costa Porto, por sua vez alerta:

“A mais grave consequência, no entanto, da escolha uninominal pelos eleitores é que, a partir da competição no interior das agremiações, e de não terem seus dirigentes o poder de ordenação das listas, não merecem, afinal, os partidos, no Brasil, a importância e a consideração devidas. Analisando os fatores que levam à fragilidade do quadro partidário no País, Oliveira Vianna apontou nossa carência de organização, de consciência coletiva, aquilo que nossa formação histórica ainda não pode nos dar” (DIREITO eleitoral, 1996, p. 78).

De toda forma, inegável reconhecer que é absoluta a importância dos partidos polí-

ticos na participação efetiva dos cidadãos nas decisões governamentais. Isso se verifica à medida que, sem dúvida alguma, a maturidade de uma nação organizada sob a forma de Estado Democrático de Direito pode ser avaliada mediante a constatação acerca da (in)existência de partidos políticos fortes e estruturados na sintonia do pensamento das diversas correntes (partes) da Sociedade em que figuram. A propósito, Duverger, certa vez, externou:

“O Brasil só será uma grande potência no dia em que for uma grande democracia. E só será uma grande democracia no dia em que tiver partidos e um sistema partidário forte e estruturado”(Apud LIMA JÚNIOR, 1991, p. 88).

2.2.2. *O problema da magnitude dos distritos*

Como segunda variante relativa à eficiência do sistema de representação proporcional brasileiro está a magnitude dos distritos, ou seja, o número que cabe a cada circunscrição eleitoral eleger⁸.

Observa-se que quanto maior a magnitude, maior o grau de proporcionalidade alcançado; reduzindo-se o número de assentos a preencher, as eleições tornam-se praticamente majoritárias, visto que os eleitos quase sempre são apenas os mais votados, independentemente de listas ou partidos⁹.

O maior impacto dos efeitos da magnitude dos distritos ocorre no âmbito federal e resulta na desproporção da representatividade dos Estados-membros na Câmara Federal, ocasionando a super-representação de muitos Estados, sobretudo das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, com a conseqüente sub-representação, preponderantemente, dos Estados da região Sudeste. Para muitos, essa é, às escâncaras, a maior patologia do sistema eleitoral brasileiro.

O absurdo dessa disparidade é tamanho que, ilustrando-se, na comparação entre o candidato eleito menos votado da região Norte – e do país – e o menos votado mas

também eleito da região Sudeste nas eleições para o parlamento nacional em 1994, tem-se que este último precisou receber votação superior a 1.000% (mil por cento) do que aquele (Revista Carta Capital, n. 13, 1995, p. 57).

Dessa maneira, o velho e consagrado brocardo eleitoral, corolário do princípio constitucional da igualdade, *one man, one vote* cai por terra na medida em que o voto do eleitor de Sergipe ou Roraima, por exemplo, vale muitas vezes o de São Paulo, resultando assim, nas palavras de Reale, num verdadeiro “desrespeito ao princípio da representação proporcional” (1959, p. 9).

A partir de então, o efeito que se tem dessa distorção é perverso, dado o peso das bancadas dos Estados super-representados no Congresso Nacional. Mesmo assim, pouco se alenta em perspectivas de mudanças já que estes detêm a maioria dos votos na Câmara dos Deputados, canal obrigatório das alterações institucionais. Sobre esse problema, Nicolau assevera que

“Atualmente, a distribuição de cadeiras entre os estados é uma das mais desproporcionais do período republicano, considerando a relação entre o percentual de cadeiras de cada estado e o percentual de habitantes sobre a população total. Isso se deve aos seguintes fatores: à transformação dos pequenos territórios em estados e à criação do Estado de Tocantins, acompanhada da atribuição a alguns estados da bancada mínima de oito deputados apesar de sua diminuta população; ao estabelecimento de um teto máximo de 70 representantes por estado, que pune o Estado de São Paulo; a não redução da bancada de Goiás, apesar da criação do Estado de Tocantins; e a super-representação do Estado do Maranhão” (Apud LIMA JÚNIOR, 1991, p. 127).

Ademais, patente é a impropriedade da magnitude dos Estados-membros tendo-se em vista que o Brasil adota o sistema bica-

meral, afinal, conforme Martins, não é a Câmara Federal como instituição democrática a responsável pelo princípio da igualdade entre os Estados e sim o Senado como instituição federativa.

“Reduzidos a bancadas ínfimas, não ficariam mal representados os estados pequenos? Não seria isso antidemocrático? De modo algum. A representação é o cidadão e a igualdade exigida é a que se verifica entre os cidadãos: muitos cidadãos elegem muitos representantes, poucos cidadãos elegem poucos representantes” (1983, p. 169).

3. A necessidade de alterações e a proposta do “sistema misto”¹⁰

Como visto, alguns dos pontos polêmicos quanto à técnica de representação proporcional utilizada no Brasil são:

- a) restrição aos partidos que não atingem o *Quota* na distribuição dos lugares remanescentes;
- b) a disputa interna nos partidos;
- c) o problema da magnitude das circunscrições eleitorais, infringindo muitas vezes o princípio da proporcionalidade¹¹.

Mesmo diante do discreto debate que se suscita sobre tais questões, parece haver hoje a condenação absoluta dos paradigmas vigentes, tendo-se certa impressão que um aperfeiçoamento não seja possível.

É justamente nesse ambiente que o sistema misto, que mescla representação majoritária e proporcional, parece estar vencendo barreiras e avançando no sentido de se consolidar como a futura técnica de representação utilizada no Brasil, com proposta para vigorar nas eleições de 2006. O que vem a ser esse instituto, quais as implicações práticas e políticas e por que se defende esse regime em contraposição ao vigente é o que adiante se passa a abordar brevemente, dadas as limitações próprias do presente estudo.

O projeto que tramita no Congresso Nacional tocante à alteração do regime eleito-

ral é um dos que integra a chamada Reforma Política, que congrega propostas de emendas constitucionais (como é o caso do sistema misto¹²) e alterações legislativas pertinentes ao financiamento público das campanhas, à fidelidade partidária, ao voto facultativo, às suplências, do mandato de Senador, entre outros.

Tomando-se, por exemplo, a eleição para a Câmara dos Deputados, a técnica sugerida desenvolver-se-ia da seguinte forma:

Primeiramente, os Estados seriam divididos em um número de distritos (com aproximado número de eleitores) igual à metade do número de representantes que têm hoje a eleger, procurando sempre preservar a contigüidade dos municípios e sua população.

Vedadas as coligações, em cada um desses distritos, os partidos lançariam apenas um candidato, que concorreria pelo sistema majoritário de turno único. Além desse candidato, seria lançada também uma lista fechada cuja ordem de nomes seria estipulada pelos próprios partidos em convenções partidárias, especialmente organizadas para tanto.

Para o mesmo cargo, no caso o de Deputado Federal, cada eleitor teria à sua disposição dois votos, independentes entre si: o primeiro, de caráter uninominal, a ser dado ao candidato de sua escolha; o segundo, à lista do partido de sua preferência.

O número de candidatos a que cada partido teria direito de conduzir ao Congresso seria então aquele equivalente à proporção obtida na votação em sua lista. Assim, se dado partido obtivesse 35% dos votos à sua lista, teria direito a ocupar 35% de todas as vagas disponíveis para o Estado, elegendo o número de candidatos equivalente a quanto essa proporção significasse. Desse número, seria descontado o de candidatos eleitos pelo mesmo partido por votação uninominal, majoritária; acaso os eleitos dessa forma fossem em número maior que a proporção dos votos obtidos pelo partido na votação das listas, todos considerar-se-iam eleitos, acrescentando-se esse número excedente (ao

que a proporção denunciaria) de vagas ao total das cadeiras a quem tenha direito o Estado. Assim, se pela votação dada à lista, pela proporção, dado partido tivesse direito a eleger sete deputados e já tivesse elegido quatro nos distritos, os três primeiros integrantes da lista elaborada pelo partido sagrar-se-iam eleitos. Já se tivesse o partido direito a apenas três vagas mas obtivesse vitória em quatro distritos, uma vaga seria acrescentada ao número total de cadeiras em favor do Estado. De outro lado, evidente que, se esse mesmo partido fizesse jus a quatro vagas e ao mesmo tempo não elegeesse nenhum pelo sistema majoritário, os quatro primeiros integrantes de sua lista seriam eleitos.

Confrontando agora esse sistema com os problemas identificados no início deste subtítulo, podemos retirar algumas impressões.

Quanto à problemática da cláusula de exclusão, que hoje significa a impossibilidade de os partidos que não tenham atingido a quota Hare *Qe* participarem da distribuição das cadeiras remanescentes, o projeto que tramita no Congresso nada disciplina. Apenas refere que os assentos legislativos serão distribuídos pelo 'princípio da proporcionalidade'. Ocorre que é muito comum haver o fracionamento (p. ex., um partido ter direito a 8,3 vagas); somadas todas as vagas obtidas por cada partido, em razão das frações sempre restam lugares a preencher.

No atual sistema, esse problema resolve-se com a aplicação "D'Hondt de maiores médias", mas com o sistema misto, pelo menos das alterações propostas pelo Relator da reforma, nada se pode perscrutar. Duas são as possibilidades: ou haveria aplicação da fórmula "D'Hondt de maiores médias" ou essas sobras (de assentos a eleger) seriam compensadas com eventual excesso de representação a que dado partido tenha direito em razão de eleger candidatos nos distritos em número maior ao qual faria jus pela votação dada à lista, o que parece a melhor solução¹³.

Mas é em razão da solução dada pelo sistema misto à problemática da disputa intrapartidária a que hoje assistimos que setor considerável de políticos e intelectuais julga esse sistema o ideal para o Brasil. Isso porque o fortalecimento do sistema partidário (uma das principais metas da reforma política e unanimemente reclamada) adviria à medida da proibição absoluta das coligações, do maior estímulo à participação interna dos filiados na elaboração das listas e da maior possibilidade propiciada aos vários candidatos em campanha de desenvolver postura bem coesa quanto aos interesses do seu partido. Possibilitaria também a eleição de pessoas que, apesar de não deterem a expressão e carisma necessários à disputa corpo-a-corpo em eleições, seriam dignas de integrarem o parlamento em função de seu conhecimento técnico específico em dado assunto, permitindo-se um incremento qualitativo entre os representantes do povo.

Outra fonte de elogios ao sistema misto seria a aproximação que causaria entre eleitos e eleitores, já que o voto seria dado dentro de um distrito, pressupondo maior conhecimento do perfil do candidato pelo eleitor e, em consequência, uma cobrança mais efetiva sobre o representante eleito pelo distrito.

Em contrapartida, Lima Júnior & Abranches (1983, p. 127) apontam como grave mal que contamina a técnica do voto distrital misto exatamente o matiz da votação majoritária.

"Contudo, é preciso notar, também, que a fórmula de maioria simples com apenas uma posição em disputa (como é o caso em distritos uninominais) é aquela que exacerba os efeitos de discriminação implícitos ao princípio majoritário. Agrava, ainda esse efeito, na medida em que aumenta, no agregado, o desperdício de votos válidos"¹⁴.

Esse desperdício ocorreria se, v.g., num distrito com mais de dois nomes na dispu-

ta, dado candidato fosse eleito com 34% da votação, deixando então 66% do eleitorado sem representação. Como o candidato eleito defenderia todo o distrito já que a maioria lhe negara apoio?

Para Comparato, a adoção do sistema misto poderia trazer graves conseqüências já que a busca da tão propalada identidade entre eleitos e eleitores desaguaria numa relação de clientelismo entre eleito e eleitor. Para ele, dita técnica

“(…) viria reforçar a nossa tradicional tendência em produzir parlamentares individualistas, que se estabelecem politicamente como meros provedores de soluções a problemas particulares da clientela. Ou seja, o oposto da verdadeira representação republicana democrática, fundada na soberania popular e na supremacia do bem comum sobre os interesses próprios de indivíduos, grupos ou classes” (DIREITO eleitoral, 1996, p. 65).

Em advertência interessante, Comparato lança os olhos ainda sobre o

“(…) possível não exercício maciço do “segundo voto” – isto é, do voto partidário, que é a chave do sistema de distribuição de postos parlamentares – falsearia todos os resultados. Saliente-se que essa distorção, no Brasil, seria mais de que provável, pois o nosso eleitor certamente seria levado a contentar-se com o voto uninominal, com o qual está desde sempre habituado” (DIREITO eleitoral, 1996, p. 66).

Já o dilema da magnitude dos distritos é ignorado pela alternativa proposta, problemática tão combatida pelos críticos do sistema proporcional, eis que a proposta mantém um mínimo de oito e o máximo de setenta candidatos para os menores e os maiores Estados em população.

3.1. Outras alternativas

Em contraponto ao mecanismo do voto distrital misto, supondo-se a manutenção

do sistema atual, algumas proposições, invocadas a título de aproximá-lo mais ainda ao princípio da justiça distributiva que rege o sistema proporcional, também merecem destaque.

Entendendo que a cláusula de exclusão hoje em vigor mitiga dito princípio, correntes ligadas aos partidos minoritários reclamam sua abolição, pleito que esbarra no entendimento que a proliferação de partidos (impulsionada com a desnecessidade de essas agremiações se coligarem nas eleições proporcionais, imposição a que hoje se sujeitam, resultando na falta de maior identificação político-ideológica) seria, paradoxalmente, contrária ao fortalecimento da democracia brasileira, dadas as suas características, hoje ainda na busca de maior consolidação.

No que tange à disputa interna nos partidos provocada pelo sistema atual, como medida de incentivo às atividades partidárias e o conseqüente aumento de importância dos partidos no cenário político atual, sustenta-se a adoção de listas fechadas propostas pelos partidos com a extinção do voto preferencial uninominal, em vez de abertas, hoje em vigor, cuja ordem é estabelecida pela votação obtida por cada candidato. Nesse sentido sugere Comparato (DIREITO eleitoral, 1996, p. 67), assim como Dirceu & Ianoi, para quem

“Tal medida salutar se oporia ao elitismo do sistema político brasileiro, pelo qual os parlamentares portam-se de maneira personalista e dão um caráter individualista à representação, em detrimento do fortalecimento programático dos partidos (afinal, eles não buscam governar?) e da agregação dos interesses, contribuindo muito, portanto, para a fragmentação e a atomização de interesses da sociedade civil e para o reforço da patronagem, do clientelismo, do patrimonialismo e da corrupção, do mercado de compra e venda de mandatos e assim por diante. (...). Concentrando-se nos partidos os vínculos de representação entre representantes e representados podem se

fortalecer, assim, como o sistema partidário” (1999, p. 27).

Já o problema da magnitude das circunscrições, uma vez vencida a natural e quase que intransponível recusa dos parlamentares das regiões super-representadas (NO, NE e CO) em detrimento dos Estados mais populosos (SP, RJ e MG), teria cabo se fosse atribuído a cada Estado o número de assentos correspondentes à proporção de eleitores no total nacional, podendo variar de eleição para eleição. Ou, de acordo com Tavares, se fosse estipulado um *Qe* aproximado em todos os distritos (Estados) ou um *Qe* e um *Qp* nacional único de forma a erradicar o problema, já que segundo o autor

“Qualquer das duas soluções seria consistente com o princípio subjacente à lógica do bicameralismo inerente ao Estado federativo, de acordo com o qual a Câmara dos Deputados representa proporcionalmente, quanto às suas clivagens partidárias, os cidadãos em seu conjunto, enquanto o Senado representa, em termos paritários ou não, a autonomia e a igualdade dos Estados membros” (1994, p. 137).

4. Considerações finais

De toda maneira, tendo em vista o alcance do tema, cabe enfim à Sociedade brasileira debater tais propostas e não se ausentar da discussão, o que, de certa forma, hoje se tem observado. Interessante destacar que, conforme anota Ribeiro (1996),

“A paralisia tem alcance mais dilatado uma vez que a verdadeira modernização da ordem política somente pode-se tornar efetiva depois de serem suplantados os anacronismos na organização dos sistemas de participação popular e implantadas corretas e vigorosas mudanças nas instituições eleitorais e partidárias, pois nelas devem ser fincados os alicerces em que devem ser erguidos os empreendimentos políticos fundamentais democráticos”¹⁵.

Por envolver questões complexas, infelizmente a discussão acerca do melhor sistema eleitoral para o Brasil às vezes parece ser encarada em termos estanques, como um problema meramente técnico e de impacto localizado sobre algumas estruturas institucionais apenas. Como se anotou alhures, o alcance é profundo.

Assim, se o debate e a participação social são imprescindíveis, para os quais este modesto estudo teve a intenção de contribuir modestamente, em nosso entender eis aí uma bela oportunidade para a realização de um Plebiscito nacional (apesar de esse instituto estar em injusto desuso na nossa República) a fim de que, com ampla veiculação das idéias concorrentes, possa o delicado tema ser decidido da forma mais democrática possível.

Notas

¹ Interessante assinalar que não há no texto constitucional nenhuma referência ao sistema de eleição dos Vereadores, ao invés do que sucede em relação aos Deputados Federais e Estaduais.

² “Art. 106. Determina-se o quociente eleitoral dividindo-se o número de votos válidos apurados pelos lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um se superior.

Parágrafo único: Revogado (art. 107 da Lei nº 9.504/97).

Art. 107. Determina-se para cada Partido ou coligação o quociente partidário, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração.

Art. 108. Estarão eleitos tantos candidatos registrados por um Partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido.

Art. 109. Os lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários serão distribuídos mediante observância das seguintes regras:

I - dividir-se-á o número de votos válidos atribuídos a cada Partido ou coligação dos partidos pelo número de lugares por ele obtido, mais um, cabendo ao Partido ou coligação que apresentar a maior média um dos lugares a preencher;

II - repetir-se-á a operação para a distribuição de cada um dos lugares.

§ 1º O preenchimento dos lugares com que cada Partido ou coligação for contemplado far-se-á segundo a ordem de votação recebida pelos candidatos.

§ 2º Só poderão concorrer à distribuição dos lugares os Partidos e coligações que tiverem obtido quociente eleitoral.

Art. 110. Em caso de empate, haver-se-á por eleito o candidato mais idoso.

Art. 111. Se nenhum Partido ou coligação alcançar o quociente eleitoral, considerar-se-ão eleitos, até serem preenchidos todos os lugares, os candidatos mais votados.” (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, com redação dada pela Lei nº 7.454, de 30 de dezembro de 1985).

³ Art. 5º da Lei nº 9.504/97.

⁴ Com os mesmos números do exemplo utilizado por Fávila Ribeiro (1996, p. 89-91), em aplicação prática ditas fórmulas resultam em simulação:

Número de votantes: 18.093

Votos nulos e brancos: 345

Votos válidos: 18.093 - 345 = 17.748

Cadeiras Legislativas a preencher: 17

Votação do partido *ABC*: 13.666 (votos individuais) + 56 (votos na legenda somente) = 13.722

Votação do Partido *DEF*: 2.738 (votos individuais) + 114 (votos na legenda somente) = 2.852

Assim, ter-se-ia: $Q_e = 17.748 \div 17 = 1.044$

$Q_p \text{ ABC} = 13.722 \div 1.044 = 13$

$Q_p \text{ DEF} = 2.852 \div 1.044 = 2$

Atendendo ao que dispõe o art. 108 citado retro, o partido *ABC* ocuparia, segundo a ordem de votação interna por candidato, 13 vagas e o partido *DEF*, apenas 2. Havendo mais duas vagas por preencher, para tal, seguir-se-ia o que presta o art. 109, já citado. Para o primeiro resto:

ABC: $13.722 \div (13 \text{ [vagas obtidas]} + 1 \text{ [vaga em exame]}) = 980$ (média por candidato);

DEF: $2.852 \div (2 \text{ [vagas obtidas]} + 1 \text{ [vaga em exame]}) = 950$ (média por candidato).

Assim, tem-se que a primeira vaga remanescente seria atribuída ao partido *ABC*, assim se procedendo sucessivamente até o preenchimento de todas as vagas remanescentes, o que resultaria, no exemplo dado, em 14 (quatorze) vagas ao partido *ABC* e 3 (três) ao *DEF*.

⁵ Entre eles são regularmente citados os casos do Chile e da Finlândia.

⁶ Cujas vigências manteve-se suspensa durante o golpe de Getúlio Vargas, voltando a vigorar em 1945 com o Decreto-Lei nº 7.586, de 28 de maio daquele ano – a chamada Lei Agamemnon.

⁷ Segue exemplo na segunda parte da nota de rodapé nº 04.

⁸ Num exemplo prático, a magnitude da circunscrição de Santa Catarina, no âmbito das elei-

ções proporcionais federais, é de dezesseis Deputados.

⁹ Nicolau, por sua vez, anota: “Douglas Rae foi o primeiro autor a chamar a atenção para o impacto do tamanho dos distritos na proporcionalidade entre percentual de cadeiras”(Apud LIMA JÚNIOR, 1991, p. 41).

¹⁰ Em que pese a denominação “Sistema Misto” vir de encontro à opinião de alguns – nesse sentido, vide o artigo de Luís Virgílio Afonso da Silva (1998, p. 238-243) – pede-se vênha para assim se referir ao sistema proposto nos embates da Reforma Política hoje travada no Congresso Nacional, a título de facilitar a compreensão das idéias por ora expostas.

¹¹ É certo que a tais preocupações somam-se ainda questões relativas ao financiamento público das campanhas, à fidelidade partidária, ao voto facultativo, à suplência senatorial, o tempo de mandato no Senado, etc., questões que, não obstante sua importância, por razões metodológicas e tendo a conta a brevidade do estudo, por ora deixa-se de tratar.

¹² Muito embora seja advogada a tese de que a alteração possa ser levada a cabo por meio de alteração infraconstitucional, posto que em verdade no ‘sistema proporcional’, referido no art. 45 da CRFB/88, mantida a proposta como está, seria respeitado o princípio proporcional; nesse sentido, vide Luís Virgílio Afonso da Silva (1998, p. 238-243).

¹³ Note-se que ‘cláusula’ aqui referida nada tem que ver com a outra, por vezes também denominada “cláusula de barreira”, referente à obrigatoriedade de patamar de desempenho de 5% dos votos válidos apurados para a Câmara dos Deputados, distribuídos em pelo menos um terço dos estados, com no mínimo 2% do total em cada um deles (hoje já consagrada no art. 13 da Lei nº 9.096/95), cujo certo incremento propõe o Relatório do Senador Sérgio Machado, para a caracterização de partidos nacionais, sob pena de cancelamento do registro.

¹⁴ Destaque-se que o sistema francês, v.g., obriga ainda a realização de dois turnos para eleição entre os dois candidatos mais votados caso nenhum deles tenha obtido maioria absoluta de votos, semelhante ao que ocorre na disputa majoritária ao cargo executivo nas cidades brasileiras com mais de 200.000 eleitores (art. 29, II, da CRFB/88).

¹⁵ Em comentários à obra (orelha).

Bibliografia

DIRCEU, José; Ianoni, Marcos. *Reforma política: instituições e democracia no Brasil atual*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999.

- DIREITO eleitoral. Cármen Lúcia Antunes Rocha; Carlos Mário da Silva Velloso (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 392p.
- FERREIRA, Pinto. *Código eleitoral comentado*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991.
- LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de; Abranches, Sérgio Henrique. de. Representação eleitoral: conceitos e experiências. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 2, p. 125-139, 1983.
- LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de (Org.). *Sistema eleitoral brasileiro: teoria e prática*. Rio de Janeiro: IUPERGO, 1991.
- MARTINS, Carlos Estevam. A reforma do sistema eleitoral. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 2, p. 141-153, 1983.
- REALE, Miguel. O sistema de representação proporcional e o regime presidencial brasileiro. *Revista brasileira de estudos políticos*, [S. l.], n. 7, p. 9, nov. 1959.
- RIBEIRO, Flávila. *Direito eleitoral*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- SILVA, Luíz Virgílio Afonso da. A inexistência de um sistema eleitoral misto e suas consequências na adoção do sistema alemão. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, [S.l.], v. 6, n. 23, p. 238-243, abr./jun. 1998.
- TAVARES, José Antônio Glusti. *Sistemas eleitorais das democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Rio de Janeiro: Relume – Dumará, 1994.

Instrumentos jurídico-econômicos e preservação do meio ambiente: um enfoque no ICMS Sócio-Ambiental

João Hélio de Farias Moraes Coutinho;
Ana Carla Buarque de Gusmão Noya e
Tatiana de Lima Nóbrega

Sumário

1. Considerações preliminares. 2. Meio ambiente e intervenção pública. 3. Dos instrumentos econômicos de política ambiental. 3.1. Classificação dos instrumentos econômicos de política ambiental. 3.1.1. Ajudas financeiras. 3.1.2. Sistemas de depósito-devolução. 3.1.3. Criação de mercados. 3.1.4. Incentivos de comportamentos. 4. O Estado e a preservação ambiental. 5. O elemento subjetivo do imposto ambiental. 6. Considerações sobre o ICMS. 7. Pernambuco e o ICMS Sócio-Ambiental. 8. Considerações finais.

1. Considerações preliminares

A concepção deste estudo estribou-se na constatação de que a intervenção estatal, com base na regulação sancionatória, não vem sendo suficiente como mecanismo de proteção ao meio ambiente. Necessária se faz, destarte, aliada aos sistemas normativos vigentes, a existência de instrumentos econômicos de política ambiental que possam produzir, efetivamente, mudanças no comportamento dos agentes econômicos poluidores por meio dos incentivos financeiros e do mercado.

Entre os instrumentos de política ambiental, procurou-se dar maior ênfase aos tributos, em especial ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, que, em virtude do delineamento constitucional concernen-

João Hélio de Farias Moraes Coutinho é mestrando em Direito da UFPE e Auditor Fiscal do Tesouro Estadual – PE.

Ana Carla Buarque de Gusmão Noya e Tatiana de Lima Nóbrega são Auditoras Fiscais do Tesouro Estadual – PE.

te à repartição de sua receita, vem assumindo importante papel na preservação do meio ambiente.

Buscou-se, ademais, divulgar a contribuição do Estado de Pernambuco na busca de soluções para mitigar a degradação do meio ambiente, inclusive com a inserção da questão social, mediante a instituição do ICMS Sócio-Ambiental.

2. Meio ambiente e intervenção pública

O problema da degradação do meio ambiente é posicionado, na economia ambiental, como uma decorrência do mercado, considerando a natureza pública dos bens ambientais e a externalidade negativa. Esta ocorre quando há redução das possibilidades de produção ou de consumo de bens, causada pela atividade realizada por um agente econômico, sem que haja qualquer compensação¹.

Da necessidade de internalizar os efeitos externos negativos – externalidade negativa – surge a utilização dos diversos mecanismos de intervenção estatal. Essa intervenção poderá verificar-se mediante controles diretos ou por meio de instrumentos de mercado.

Usualmente, o controle direto assume a forma de uma regulação administrativa da atividade econômica. Esse mecanismo regulatório estabelece normas de observância compulsória pelos poluidores. Via de regra, tais normas estabelecem limites de emissões ou de produtos finais, como forma de garantir uma qualidade ambiental dentro de parâmetros aceitáveis. Em outras palavras, tais normas buscam assegurar padrões de qualidade ambiental.

A imposição da utilização de determinados processos técnicos de produção apresenta-se como outro exemplo de manifestação do controle direto. O desenho de tal intervenção completa-se por meio da monitorização dos eventuais descumprimentos das normas de proteção ambiental, passíveis de sanções pecuniárias e penais².

A regulação ambiental pode revestir-se de diversas formas. Como exemplo, pode-se citar a classificação elaborada por M. Jacobs³, na qual a regulação estatal é classificada em quatro grupos, a saber: i) normas de planificação que regulam, por exemplo, o uso do solo, as edificações e os níveis de ruído; ii) normas relativas aos bens de consumo que regulam, v.g., o consumo energético dos eletrodomésticos; iii) normas sobre poluentes (contaminantes industriais) que regulam, por exemplo, os níveis de emissão permitidos ou o emprego de tecnologias anticontaminantes; iv) normas sobre o uso de recursos naturais que regulam os ritmos (coeficientes) e as quotas aplicáveis na extração dos recursos renováveis e não renováveis.

A regulação sancionadora é o método de proteção ambiental mais difundido na prática. A uma, por sua atuação mais direta e imediata sobre o meio ambiente e por sua melhor adequação à perspectiva legalista que prevalece na atividade pública. A duas, porquanto constitui a única alternativa de regulação para o caso dos poluentes tóxicos ou extremamente perigosos, cujo controle não pode variar ao sabor da discricionariedade dos agentes públicos. Ademais, conta com a preferência dos setores empresariais, oferecendo-lhes uma maior segurança, com a possibilidade de agilizar o cumprimento de suas obrigações.

Mesmo considerando os aspectos positivos retrocitados, a utilização dos sistemas normativos vem apresentando paulatina redução, na medida em que são observados os inconvenientes das abordagens unidirecionais. Nesse contexto, merecem destaque os elevados custos administrativos relacionados com esses mecanismos, mas, principalmente, sua incapacidade de alcançar resultados eficientes do ponto de vista econômico, quer no sentido estático quer no dinâmico.

No aspecto estático, a ineficiência é explicada pela assimetria das informações entre regulador e regulado. Aquele não dispõe de informações precisas sobre os custos dos processos de descontaminação, os

quais não são diretamente observáveis, assim como o regulado (poluidor) não é estimulado a fornecer tais informações.

Essas dificuldades na obtenção de informações fazem com que o regulador adote uma regulação uniforme, sem considerar as diferenças existentes entre os diferentes poluidores. Como corolário dessa postura, advêm custos maiores que os estritamente necessários para alcançar o nível de poluição pretendido, ou seja, adotam-se soluções ineficientes em termos de custos.

A ineficiência dinâmica manifesta-se como conseqüência da falta de incentivos para os poluidores reduzirem suas emissões para patamares inferiores aos legalmente admitidos e, portanto, para adotarem inovações tecnológicas visando à utilização de processos produtivos limpos.

Tais problemas explicam o crescente interesse das políticas ambientais pelos instrumentos econômicos de intervenção. No entanto, a transmutação para esses sistemas tem-se operado de forma não excludente, haja vista que, apesar dos inconvenientes mencionados, deve-se destacar que a regulação tradicional dificilmente será substituída em sua totalidade⁴. Nesse diapasão, deve-se ressaltar que os instrumentos econômicos desempenham um papel crucial para a moderna política ambiental, porém, coexistindo com as regulações normativas, as quais complementam.

3. Dos instrumentos econômicos de política ambiental

Os instrumentos econômicos passíveis de utilização em políticas ambientais são aqueles que produzem modificações no comportamento ambiental dos agentes poluidores por meio dos incentivos financeiros e do mercado.

Via de regra, os agentes poluidores podem eleger diversas alternativas para determinar suas condutas. Por um lado, podem desprezar os sinais de incentivo que envia o mercado, ou seja, optam por pagar para

manter seus níveis de poluição. De outra forma, podem tratar de reduzir o nível de poluição e os dispêndios financeiros correspondentes, alterando seus comportamentos, adquirindo tecnologias limpas, se essas estão disponíveis, ou aplicando recursos financeiros em pesquisas com essa finalidade.

Como decorrência dessas políticas, não apenas os agentes poluidores obtêm maiores vantagens no plano individual, assim como toda a sociedade é beneficiada.

3.1. Classificação dos instrumentos econômicos de política ambiental

Podem-se classificar esses instrumentos de diversas formas. Neste trabalho, adotou-se a seguinte classificação: i) impostos; ii) ajudas financeiras (subvenções, créditos favorecidos e benefícios fiscais); iii) sistemas de depósito-devolução; iv) criação de mercados (permissão para permutas de quotas de emissão poluentes e intervenção nos mercados); v) incentivos de comportamento (taxas de não-adequação ou de desconformidade, caução ambiental – garantia de *buen fin* e bônus da natureza – *debt-nature swaps*).

Considerando o objetivo deste estudo em ressaltar a importância dos tributos, em especial dos impostos, na proteção ambiental, estes receberam um tratamento mais minudente. No entanto, a seguir, é apresentada uma descrição sintética das principais características de funcionamento desses instrumentos.

3.1.1. Ajudas financeiras

Esse mecanismo tem por escopo incentivar financeiramente a adoção de uma determinada conduta ambiental. O incentivo pode consubstanciar-se, *v.g.*, em função da redução global dos níveis de poluentes por parte de um agente, em virtude da introdução de uma tecnologia limpa, como decorrência da realocação de unidades industriais, por exemplo.

A tipologia desses incentivos é diversa e varia em função dos objetivos que são perseguidos, bem como em decorrência das fon-

tes de financiamento utilizadas. Basicamente, é possível a distinção de três modalidades:

a) Subvenções diretas: premiam com transferências do orçamento público, de forma direta e a fundo perdido, os agentes que demonstrarem haver adotado alguma das condutas ambientais tipificadas como positivas.

b) Créditos favorecidos: mecanismo de natureza indireta que consiste em conceder créditos que incorporem algum tipo de tratamento financeiro favorável, seja por meio de subsídios, concessão de período de carência, alongamento do período de amortização, etc.

c) Benefícios fiscais: por meio desses mecanismos, os créditos tributários são diferidos ou reduzidos. São exemplos desses mecanismos a dedução do valor a ser tributado pelo Imposto de Renda de parcela do preço de aquisição de equipamentos anti-poluição, assim como a utilização de sistemas de amortização (depreciação contábil) acelerada.

3.1.2. Sistemas de depósito-devolução

Em países do Hemisfério Norte, a utilização desse mecanismo tem sido significativa nos últimos anos, apresentando-se sob diversas denominações: depósitos reembolsáveis, sistemas de consignação, etc.

Sua atuação como instrumento de incentivo se operacionaliza por meio do estabelecimento de um *plus* no preço dos produtos potencialmente poluidores, que será reembolsado (devolvido) ao agente, apenas, se a poluição for evitada ou mitigada pela adoção das medidas recomendadas.

Do exposto, observa-se que esse mecanismo atua de forma semelhante à dos impostos sobre produtos potencialmente poluidores, em especial se o produto da arrecadação está vinculado a objetivos ambientais. Assim, é exemplo um tributo que é pago por ocasião da compra de determinado produto e que é devolvido quando o elemento especificado é recolhido a um depósito adequado.

Os sistemas de depósito-devolução têm viabilizado alguns objetivos de proteção

ambiental, em especial reduzindo o volume, os custos de coleta e tratamento dos despejos sólidos urbanos, promovendo seu depósito em lugares seguros e incentivando a reciclagem de materiais.

3.1.3. Criação de mercados

A partir da idéia de manutenção de um nível de qualidade ambiental determinado exogenamente, foram concebidos outros dois mecanismos de controle de emissão de poluentes: direitos de emissão transferíveis e intervenção nos preços de determinados produtos⁵.

Os direitos de emissão transferíveis correspondem a quotas, determinadas pelas autoridades competentes, para emissão de substâncias poluentes deferidas a uma determinada empresa. Poderão, entretanto, tais direitos ser negociados com terceiros, desde que respeitadas as normas preestabelecidas.

O Protocolo de Kioto de 1997, com o objetivo de reduzir, no âmbito mundial, a emissão de gases causadores do chamado “efeito estufa”, definiu limites totais para os países participantes⁶. Como dispõe o referido Protocolo, cabe a cada país a definição de critérios e metodologia aplicáveis ao rateamento desses limites entre suas empresas.

Uma vez fixada essa restrição inicial, a fase seguinte da distribuição dos direitos de emissão aos agentes econômicos é comumente feita por meio de um dos seguintes procedimentos:

a) Critério histórico: denominado, pela literatura, de *grandfathering*. É aquele que concede as autorizações, ou seja, atribui as quotas de emissão em função das fontes de poluição existentes e de suas emissões mensuradas no passado. Supõe esse procedimento a ocorrência de cessão gratuita dos direitos de “propriedade” sobre o meio ambiente aos poluidores.

b) Sistema de leilão: nesse sistema, a distribuição inicial das autorizações ocorre em virtude dos lances ofertados pelos poluidores. Assim, a propriedade dos bens ambien-

tais é atribuída primeiramente à sociedade em seu conjunto, para quem são revertidos os recursos obtidos em tais leilões.

Essa opção promove a criação de mercados secundários nos quais os agentes econômicos, sob a supervisão da autoridade regulatória nacional, podem negociar suas quotas atuais (reais) ou futuras (potenciais) de emissões poluentes – direitos de emissão transferíveis.

O Protocolo de Kioto inovou ao permitir que as negociações pudessem ser feitas entre empresas situadas em diferentes Estados. Assim, uma empresa que não esteja conseguindo fazer as reduções devidas pode apresentar a sua autoridade regulatória nacional um Certificado de Emissões Reduzidas (CER) comprado de uma outra empresa de qualquer lugar do mundo, atestando que a vendedora efetuou as reduções do tamanho requerido pela compradora.

Quanto à intervenção nos preços, esta também pode ocorrer de duas maneiras: na sobrevalorização dos produtos considerados prejudiciais ao meio ambiente, como também na redução dos preços de produtos tidos como benéficos.

3.1.4. Incentivos de comportamentos

Entre os instrumentos de mercado, incluem-se outros tipos de incentivos econômicos que premiam um comportamento ecológicamente correto.

As taxas de não-adequação e as cauções ambientais são, na realidade, mecanismos que complementam as regulações diretas, penalizando eventuais descumprimentos. A diferença entre elas reside no momento erigido para a penalização: antes (prevenção) ou depois (reparação) de produzido o dano ambiental.

As taxas de não-adequação ou de desconformidade são tributos exigidos dos poluidores quando se detecta que os níveis de suas emissões superam os limites legalmente estabelecidos. A eficácia desse instrumento para a proteção da natureza está diretamente relacionada com o seu valor, haja vista que

sua intenção deve ser a de tornar vantajoso para o poluidor obedecer os padrões ambientais estabelecidos.

A caução ambiental consiste na entrega à autoridade ambiental de uma certa quantia de dinheiro em depósito por parte daqueles agentes que pretendem iniciar uma atividade potencialmente poluidora. Essa modalidade assemelha-se ao sistema depósito-devolução, visto que busca induzir o cumprimento da legislação ambiental pelo agente econômico, que poderá resgatar a quantia depositada.

Os bônus da natureza têm estrutura e funcionamento diversos dos mencionados sistemas de incentivos econômicos. São instrumentos financeiros emitidos em decorrência de acordos entre países desenvolvidos ou organizações não governamentais – ONGs e países subdesenvolvidos com grandes problemas ambientais e elevada dívida externa. Os primeiros adquirem no mercado parte ou a totalidade dessa dívida externa e a quitam em troca do compromisso do país devedor em respeitar o seu acervo natural ou a preservação de uma determinada área de especial relevância dentro de suas fronteiras.

O acordo se concretiza convertendo o valor nominal da dívida cancelada em moeda local ou numa emissão de bônus, com a condição de que os recursos disponíveis sejam aplicados no objetivo ambiental pactuado.

4. O Estado e a preservação ambiental

Do cotejo das Constituições Brasileiras de 1967 e de 1988, constata-se uma evolução no que pertine à questão ambiental, posto que aquela fazia apenas uma referência perfunctória à questão do meio ambiente⁷ no parágrafo único do seu art. 180⁸, enquanto esta dedica-lhe todo um capítulo, complementado por outros dispositivos esparsos que, de forma direta ou indireta, cuidam também da matéria⁹. Não obstante tal avanço, merece destaque o fato de o legislador constitucional não haver explicitado as fon-

tes para obtenção dos recursos financeiros necessários ao custeio das diversas medidas protetivas a cargo do Poder Público.

Nesse passo, e considerando-se os princípios jurídicos relativos ao meio ambiente¹⁰ adotados pela Organização das Nações Unidas – ONU, exsurge a imensa responsabilidade do Poder Público na preservação ambiental. Assim, para levar a bom termo importante mister, cabe ao Estado a coordenação das áreas econômica e ambiental.

A promoção dessa coordenação não prescinde da estruturação dos serviços públicos de fiscalização, monitoramento, planejamento e execução de políticas públicas, enfim de efetiva regulação, além da contratação de obras, elaboração de estudos técnico-científicos, atividades que acarretam despesas, suscitando a questão do custeio da proteção ambiental.

Para fazer frente às despesas retrocitadas, torna-se imprescindível a imputação aos agentes poluidores das responsabilidades da integração do valor das medidas protetivas – coibindo-se a externalidade negativa –, nos seus custos de produção, diretriz denominada princípio do poluidor-pagador – PPP.

Segundo Maria Alexandra de S. Araújo¹¹, o PPP é um princípio normativo “típico do Estado Social que obriga a criar normas que alteram a ordenação espontânea do mercado (...), que se concretiza através de inúmeros sub-princípios de conteúdo mais concreto, a saber: da precaução (ou potencial poluidor); da prevenção (ou incitamento); da prevenção dinâmica (ou atualização); do equilíbrio do orçamento ambiental (ou da redistribuição, ou da reparação indireta, ou da reciclagem dos fundos); do produtor-eliminador (ou correção na fonte dos danos ao ambiente)”.

O PPP está relacionado ao princípio retributivo, destarte, a *contrario sensu*, em sede de tributação ambiental, o agente não-poluidor será não-pagador. Nesse passo, o PPP consubstancia-se na exigência de que o poluidor suporte os custos das medidas de

prevenção e controle da poluição, de tal sorte que quanto maior for a parcela de custos suportada pelo poluidor, maior será a satisfação do princípio poluidor-pagador.

Os custos sociais externos que acompanham a produção industrial devem ser internalizados, isto é, computados pelos agentes econômicos, nos seus custos de produção.

Merece registro o fato de que a vigente Constituição do Estado do Rio de Janeiro alberga determinação expressa quanto à adoção de *política tributária que implemente o princípio poluidor-pagador*¹².

A legislação ambiental nacional impõe, além do dever de recuperar o meio ambiente, a responsabilidade civil objetiva pelo dano ambiental, preconizado no inciso VII do art. 4º e no § 3º do art. 14 da Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, recepcionado pelo § 2º do art. 225 da vigente Constituição.

Buscando a síntese do exposto, Cristiane Derani assevera: “A economia ambiental tem como foco de preocupação os efeitos externos e procura fixar o emprego da monetarização para responder à questão do uso de recursos renováveis e não renováveis. O ideal estaria em que cada fração de recurso natural utilizado obtivesse um preço no mercado”¹³.

Com essa assertiva, Cristiane Derani expressa sua preocupação quanto à internalização das externalidades negativas. Cabe ressaltar que a mencionada autora denomina as externalidades negativas de externalidades ambientais.

Sob o aspecto jurídico, o PPP pode realizar-se por meio do licenciamento administrativo, da imposição de multas, da determinação de limpeza ou recuperação ambiental, bem como pela exação tributária, sendo esta inclusive utilizada como fonte de recursos para custeio ambiental.

Relativamente aos impostos ambientais, observa-se que a *ratio iuris* de tais tributos¹⁴ é o PPP. Assim, considerando que os responsáveis pela degradação ambiental devem suportar os danos causados e não os

sujeitos que se beneficiam da sua eliminação ou mitigação, deve-se reduzir ao mínimo as situações que excepcionam esse princípio. Agindo-se dessa maneira, privilegia-se a proteção ambiental.

Para a concretização do PPP, faz-se mister a inequívoca identificação do poluidor, bem como uma precisa quantificação dos custos advindos da atividade poluidora. Esses procedimentos adquirem maior relevância quando se pretende utilizar instrumentos fiscais, posto que, no âmbito tributário pátrio, existe a necessidade de proceder-se ao lançamento, ato administrativo constitutivo do crédito tributário¹⁵.

O conteúdo do lançamento é matéria privativa do legislador, que sobre ele dispõe em norma abstrata e genérica, mediante conceitos definidos e determinados, de modo a espantar, ao máximo, a discricionariedade do aplicador da normas.

Relativamente ao poluidor, é possível classificá-lo em direto ou material e indireto ou moral. Direto ou material é aquele cuja atividade física direta vai dar causa imediata às emissões poluentes, enquanto poluidor indireto ou moral é o que se beneficia com o exercício da atividade poluente ou que cria as condições necessárias ao desenvolvimento dessa atividade¹⁶.

Diante da distinção apresentada, surge a questão: qual dos poluidores deve suportar o imposto ambiental?

5. O elemento subjetivo do imposto ambiental

A natureza serve aos agentes econômicos enquanto fator de produção e aos consumidores enquanto fator propiciador, direto – pela sua existência – ou indireto – pelo seu uso –, de utilidades. A degradação do equilíbrio ecológico pode ter origem em qualquer desses aproveitamentos.

A seu turno, sujeito passivo da relação tributária – contribuinte de direito – é aquele que incorre no comportamento tipificado pela lei como fato gerador do imposto¹⁷. Des-

parte, os impostos que gravam atividades industriais com impacto negativo sobre o meio ambiente têm como sujeito passivo o agente das mesmas (a pessoa jurídica que pratica as atividades poluentes). Já os tributos cujo fato gerador se traduz no consumo terão os consumidores¹⁸ como sujeitos passivos.

Segundo o princípio poluidor-pagador, deve ser o próprio ato contaminante o fato gerador do imposto, para, assim, considerar-se como sujeito passivo aquele que perturbou o equilíbrio ambiental. Seria, pois, o agente contaminador que fisicamente praticou o ato causador de poluição quem deveria assumir a qualidade de sujeito passivo na relação tributária originada pelo ato em causa. Para tanto, necessário se faz especificar, de forma rigorosa, o fato gerador, para não ser senão o agente econômico responsável pela degradação ambiental aquele a quem o tributo se dirige. A situação ideal seria aquela em que as qualidades de contribuinte de direito e de fato fossem assumidas pelo poluidor, evitando-se, ao máximo, o fenômeno da repercussão.

Nesse contexto, é oportuna a observação de Cláudia Dias Soares¹⁹, alertando que, “por vezes, é necessário optar por outra solução, devido, essencialmente, a quatro ordens de motivos: à complexidade em identificar quem é o agente que causa danos ao ambiente, pelos efeitos difusos e longínquos, quer no tempo quer no espaço, dos resultados em relação às suas fontes geradoras, ao fenômeno da repercussão fiscal, aos custos administrativos de implantação e gestão de um sistema ótimo e a razões de natureza econômica e social”.

Algumas vezes, sói acontecer que o fato gerador não seja um ato poluente em si mesmo, mas uma atividade ou situação que esteja diretamente relacionada com ele. Dessa hipótese é exemplo a tributação do consumo de sacos plásticos. Nesse caso, não é o uso, mas a disposição pós-uso, que causa danos ao ambiente. Contudo, a utilização desse produto, de forma direta, está relacionada à manifestação poluente.

6. Considerações sobre o ICMS

A Constituição Federal, no inciso I de seu art. 155, determina que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS. Em seu art. 158, estabelece que pertencem aos municípios 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação desse imposto, sendo que destes $\frac{3}{4}$ (três quartos), no mínimo, deverão ser creditados segundo o critério valor adicionado e $\frac{1}{4}$ (um quarto), conforme dispuser lei estadual²⁰. Por sua vez, a Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990, disciplina, em seu art. 3º, os critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados²¹.

O ICMS é um tributo estadual que representa, em média, 90% (noventa por cento) da receita tributária dos Estados e constitui importante fonte de renda para os Municípios. Como visto, os Estados têm competência para determinar os critérios de distribuição de 25% (vinte e cinco por cento) da parcela da arrecadação do ICMS que cabe aos Municípios, representando 6,25% (seis vírgula vinte e cinco por cento) do total arrecadado.

Esse mecanismo proporciona uma oportunidade para cada Estado influir no processo de desenvolvimento dos Municípios, premiando certas atividades e desestimulando outras. Assim, cada legislação estadual define um conjunto de critérios, tais como número de habitantes, área geográfica, número de propriedades rurais e produção primária, que disciplinam a distribuição desse valor a que os Municípios têm direito.

Os Estados²² adotaram diferentes critérios na distribuição do ICMS Ambiental, tais como: exigência e manutenção de unidades de conservação²³, existência de mananciais de abastecimento de água, lagos de barragens, entre outros.

O ICMS ambiental foi criado com base em duas funções principais:

1) Estimular a adoção pelos Municípios de iniciativas de conservação ambiental e desenvolvimento sustentável, seja pela criação de unidades de conservação, ou pela manutenção de áreas federais ou estaduais, seja pela incorporação de propostas que promovam o equilíbrio ecológico, a equidade social e o desenvolvimento econômico.

2) Recompensar os Municípios que possuem áreas protegidas em seu território e que, dessa forma, estão impedidos de destinar a área para atividades produtivas tradicionais que poderiam gerar uma maior arrecadação e conseqüente participação na repartição do ICMS.

Para alguns Municípios onde há unidades de conservação federais e estaduais, o ICMS Ambiental tem impacto compensatório, uma vez que as administrações municipais têm pouca oportunidade de influir nas decisões sobre a destinação e manutenção da maioria das áreas protegidas. Dessa forma, o rateio do ICMS baseado em critérios ambientais pode contribuir para recompor a arrecadação, compensando a impossibilidade de geração de renda dessas áreas. Por outro lado, considerando que boa parte dos Municípios brasileiros não possuem uma atividade econômica razoável, a preservação do meio ambiente pode apresentar-se como uma alternativa para o Município auferir renda.

No Paraná, Estado pioneiro na implantação do ICMS Ambiental, o efeito incentivador dessa modalidade já é evidente. Novas áreas protegidas foram criadas, e a introdução de um sistema que monitora a implantação das unidades periodicamente tem promovido o interesse dos Municípios em melhorar o manejo das áreas protegidas. Entre 1992 e 1999, houve um aumento significativo na superfície dos espaços protegidos de diferentes categorias.

Já em Minas Gerais, a quota-parte do ICMS pertencente aos Municípios era distribuída a partir de critérios basicamente econômicos, ou seja: valor adicionado fiscal, Municípios mineradores e compensação financeira por desmembramento de Dis-

trito. Com o advento da Lei nº 12.040, de 28 de dezembro de 1995, houve alteração não só dos critérios, mas também dos percentuais de distribuição do ICMS, que passaram a ser escalonados a partir do exercício de 1997 até o exercício de 2000. Com esse escalonamento na distribuição dos recursos, previu-se que, a partir de 1998, o ICMS Ambiental representaria 1% (um por cento) da receita do produto da arrecadação do imposto percentente aos Municípios.

7. Pernambuco e o ICMS Sócio-Ambiental

A Lei nº 11.899, de 21 de dezembro de 2000, e o Decreto nº 23.473, de 10 de agosto de 2001, regulamentam os critérios sócio-ambientais de distribuição da parcela do ICMS que cabe aos municípios.

A implantação de novos critérios no cálculo do índice de participação municipal, levada a termo com a edição das normas estaduais acima mencionadas²⁴, pretende conciliar três grandes vertentes de desenvolvimento, quais sejam: proteção ambiental, eficiência econômica e equidade social.

As medidas adotadas repercutirão no Estado, na medida em que os Municípios vão ser motivados a investir nas unidades de conservação, bem como na solução para o problema dos resíduos sólidos (lixo), com uma melhoria quanto à sua destinação final, mediante a implementação de unidade de compostagem²⁵.

Quanto aos aspectos sociais, nos termos dos arts. 11 e 12 do Decreto nº 23.473/01 e para efeito de distribuição de recita do ICMS, será levado em consideração o número de crianças efetivamente matriculadas nas escolas municipais, assim como o índice de mortalidade infantil.

Além dos efeitos promissores de alta repercussão para o Estado, a legislação tributária sócio-ambiental também promoverá o fortalecimento dos Municípios que apresentarem competência administrativa na gestão dos seus recursos e na geração de receita própria.

8. Considerações finais

A introdução do critério ecológico no repasse do ICMS implica um remanejamento dos outros critérios. Assim, em um primeiro momento, os Municípios que não possuem unidades de conservação ou mananciais de abastecimento de água podem-se considerar prejudicados. Entretanto, é importante que o sistema agregue outros critérios que conformem uma distribuição justa. Não deve ser apenas a existência de unidade de conservação que vá determinar o envolvimento do Município na conservação ambiental. Iniciativas de aumentar a produtividade por área plantada, por exemplo, reduzindo a expansão do cultivo sobre áreas naturais também devem ser consideradas.

A introdução do ICMS Ambiental despertou o interesse quanto à avaliação do ICMS como um todo²⁶, para a necessidade de aprimoramento do modelo de rateio desse tributo, bem como para o controle dos gastos públicos no Brasil. O novo sistema é benéfico, principalmente no que concerne à conscientização da preservação do meio ambiente.

Nos Estados que adotaram essa sistemática de rateio do ICMS, observou-se, nos seus Municípios, um aumento da consciência em relação às unidades de conservação existentes em seus territórios, o que vem contribuindo para a mudança de atitude em relação às áreas protegidas. Em vez de considerarem essas como empecilho para o desenvolvimento, estão começando a percebê-las como uma oportunidade para a geração de receita pública.

O ICMS Ambiental é um instrumento positivo na consolidação das unidades de conservação, principalmente se, junto ao critério de preservação do meio ambiente, forem considerados outros que promovam uma distribuição mais justa do tributo. No Ceará, a discussão gira em torno da pré-desertificação em algumas regiões do Estado e a possibilidade de estabelecer uma relação entre ela e o ICMS Ambiental, como instrumento para mitigar o problema.

Considerando a importância da questão ambiental, todos os métodos, instrumentos e técnicas jurídico-econômicos devem ser utilizados para a concreção dos princípios constitucionais concernentes à defesa do meio ambiente.

Os instrumentos jurídico-econômicos mencionados neste estudo, já adotados em alguns países do Hemisfério Norte, exemplificam alternativas que poderão inspirar o legislador pátrio.

Notas

¹ À guisa de exemplo, poder-se-ia mencionar a externalidade negativa provocada por uma empresa poluidora situada “rio acima”, afetando as atividades produtivas – pesca – e de consumo – o uso recreativo – “rio abaixo”.

² As sanções penais e administrativas relativas aos ilícitos ambientais estão previstas na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

³ Em certos casos, a proteção da saúde pública e até mesmo a própria sobrevivência no Planeta não podem prescindir da regulação direta, por meio do estabelecimento de proibições e de limites de emissões. Diante de tais situações, não deverá ser utilizado qualquer mecanismo alternativo ao sistema direto ou convencional de regulação.

⁴ Refere-se aos produtos que geram menor agressão ao meio ambiente, tais como papéis reciclados ou recipientes reutilizados.

⁵ Os países considerados “em desenvolvimento”, tais como: Brasil, China e Índia, estão dispensados da observância desses limites até o ano de 2008 (FRANCO, 2001, p. 140).

⁶ Cumpre salientar que a lacuna nas ordens constitucionais anteriores a 1988 não constituiu óbice à regulamentação legal de controle das atividades nocivas ao ambiente, pois o legislador ordinário foi buscar suporte ora na proteção da saúde (sob argumento de que esta não pode ser assegurada em ambiente degradado), ora no regramento da produção e consumo.

⁷ “Art. 180. O amparo à cultura é dever do Estado. Parágrafo único. Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.”

⁸ A norma básica, de caráter fundamental, está posta na cabeça do art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de

uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

⁹ Comissão Mundial sobre Meio Ambiente. *Nosso futuro comum*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988.

¹⁰ Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Art.258, §1º, XVIII.

¹¹ Tributo é o gênero do qual são espécies: os impostos, as taxas, a contribuição de melhoria, as contribuições e os empréstimos compulsórios (arts. 145, 148 e 149 da Constituição Federal).

¹² O lançamento manifesta seu conteúdo a partir da explicitação dos seguintes aspectos: a) constatação formalmente declarada da ocorrência do fato jurídico; b) identificação do sujeito passivo (contribuinte ou responsável, nos termos do art. 121 do Código Tributário Nacional – CTN); c) apuração do montante a pagar, por meio da determinação da base de cálculo e da alíquota, legalmente previstas; d) definição dos termos de exigibilidade (prazos e condições de pagamento).

¹³ À guisa de exemplo, as montadoras de automóveis são poluidoras indiretas em relação a grande parte das emissões associadas a essa espécie de meio de transporte, ao passo que os motoristas são poluidores diretos. A seu turno, o consumidor de papel é um poluidor indireto, enquanto os fabricantes de celulose são poluidores diretos.

¹⁴ Cf. o CTN, art. 14. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

¹⁵ Cf. Galvão da Silva (1990, p. 58-59). Por consumidor entende-se, aqui, o adquirente, possuidor ou utilizador de bens ou de serviços destinados ao seu uso pessoal, familiar ou doméstico, portanto, ao seu uso privado. Portanto, há uma conotação diferente da adotada pelo Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, cujo art. 2º define consumidor, como segue: “Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

¹⁶ Em Pernambuco: Lei nº 10.489, de 2 de outubro de 1990, alterada pela Lei nº 11.899, de 21 de dezembro de 2000, e regulamentada pelo Decreto nº 23.473, de 10 de agosto de 2001

¹⁷ Eis o teor do mencionado dispositivo: “Art. 3º. 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação serão creditados, pelos Estados, aos respectivos municípios, conforme os seguintes

critérios: I – $\frac{3}{4}$ (três quartos), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios; II – até $\frac{1}{4}$ (um quarto), de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos territórios, lei federal. § 1º. O valor adicionado corresponderá, para cada Município, ao valor das mercadorias saídas acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil.

¹⁸ Paraná, Minas Gerais, Rondônia, Rio Grande do Sul, São Paulo, Goiás, Mato Grosso e Pernambuco. Este último, por meio da Lei nº 11.899, de 21 de dezembro de 2000, regulamentada pelo Decreto nº 23.473, de 10 de agosto de 2001.

¹⁹ Entende-se por unidade de conservação porções do território nacional, incluindo as águas territoriais, com características naturais de relevante valor, sem uso econômico, de domínio público ou privado, legalmente instituídas e reconhecidas pelo Poder Público, no âmbito federal, estadual ou municipal, com objetivos e limites definidos e sob regimes especiais de administração, às quais se aplicam garantias adequadas de proteção.

²⁰ Cf. o texto normativo apresentado no Anexo Único deste trabalho.

²¹ Consiste, nos termos do art. 6º do Decreto Estadual nº 23.473/01, no conjunto de instalações e equipamentos para o desenvolvimento de processos e procedimentos que possibilitem a transformação da matéria orgânica contida nos resíduos sólidos urbanos em húmus, por meio de processo biológico para tratamento e estabilização, de forma controlada, e que possibilite a segregação da parcela inorgânica para efeitos de reciclagem.

²² Secretaria de Estado do Meio Ambiente. *Instrumentos Econômicos e Financeiros*. Elaboração da Coordenadoria de Planejamento Ambiental, mar. 1998.

Bibliografia

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

BRASIL. Constituição Federal de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990. Dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências. DOU 12 de jan. 1990.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. DOU 12 nov. 1990.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. “Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. DOU 13 fev. 1998.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE. *Nosso futuro comum*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FRANCO, GUSTAVO. Dióxido de Carbono e electricidade. Veja, São Paulo, p. 140, 2001.

JACOBS, M. *La economía verde*. Barcelona: Icaria, 1997.

MINAS GERAIS. Lei nº 12.040, de 28 de dezembro de 1995. Dispõe sobre a distribuição da parcela de receita do produto da arrecadação do ICMS pertencente aos Municípios, de que trata o artigo 158 da Constituição Federal, e dá outras providências. DOE 29 dez. 1995.

MINAS GERAIS. Lei nº 12.428, de 27 de dezembro de 1996. Altera a Lei nº 12.040, de 28 de dezembro de 1995, que dispõe sobre a distribuição da parcela de receita do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS – pertencente aos Municípios, de que trata o inciso II do parágrafo único do artigo 158 da Constituição Federal, e dá outras providências. DOE 31 dez. 1996.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues. *Direito tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade e afetação da receita*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PARANÁ (Estado). Lei Estadual 9.491, de 1991, modificada pela Lei Complementar Estadual nº 59, de 01 de outubro de 1991.

PERNAMBUCO (Estado). Lei nº 10.489, de 2 de outubro de 1990. Dispõe sobre a distribuição, entre os Municípios, da parcela do ICMS que lhes é destinada, DOE 03 out. 1990.

PERNAMBUCO (Estado). Lei nº 11.899, de 21 de dezembro de 2000 e Decreto nº 23.473, de 10 de agosto de 2001. Redefine os critérios de distribuição da parte do ICMS que cabe aos Municípios, de que trata o art. 2º, da Lei nº 10.489, de 02 de outubro de 1990, considerando aspectos sócio-ambientais, e dá outras providências.

RIO DE JANEIRO. Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

RODRIGUEZ, Alberto Gago; VILLOT, Xavier Labandeira. *La reforma fiscal verde: teoría y práctica de los impuestos ambientales*. Madrid: Mundi-Prensa Libros, 1999.

SÃO PAULO. Secretaria de Estado do Meio Ambiente. *Instrumentos econômicos e financeiros*. Elaboração da Coordenadoria de Planejamento Ambiental, mar. 1998.

SILVA, Galvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990.

SOARES, Cláudia Dias: O contribuinte de direito e o contribuinte de facto do imposto ecológico”. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 8, n. 34, 2000.

Anexo Único

LEI Nº 11.899 DE 21 DE DEZEMBRO DE 2000

Redefine os critérios de distribuição da parte do ICMS que cabe aos municípios, de que trata o artigo 2º, da Lei nº 10.489, de 02 de outubro de 1990, considerando aspectos sócio-ambientais, e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO:

Faço saber que a Assembléia Legislativa decretou e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º – A partir do exercício de 2002, o artigo 2º, da Lei nº 10.489, de 02 de outubro de 1990, e alterações, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º – A participação de cada município, na receita do ICMS que lhe é destinada, será determinada mediante a aplicação de um índice percentual correspondente à soma das seguintes parcelas:

I – 75% (setenta e cinco por cento) de sua participação relativa no valor adicionado do Estado, apurado nos termos de decreto do Poder Executivo;

II – a partir de 2003, 10% (dez por cento) de sua participação relativa no somatório das diferenças positivas entre o índice percentual de participação vigente para cada município no exercício anterior e a percentagem determinada nos termos do inciso I; e

III – a partir de 2003, 15% (quinze por cento), que serão distribuídos entre os municípios da seguinte forma:

a) 1% (um por cento), a ser distribuído entre os municípios que possuam Unidades de Conservação, que integrem os sistemas nacional, estadual e municipal de unidade de conservação, com base em dados fornecidos, anualmente, pela Compa-

nhia Pernambucana do Meio Ambiente – CPRH, considerando-se a participação relativa de cada município na área total de conservação do Estado;

b) 5% (cinco por cento), que serão distribuídos em parcelas iguais entre os municípios que possuam Unidade de Compostagem ou Aterro Sanitário Controlado, com base em informações fornecidas, anualmente, pela CPRH;

c) 3% (três por cento), que serão distribuídos entre os municípios, de acordo com o seu desempenho na área de Saúde, considerando-se a participação relativa do inverso do coeficiente da mortalidade infantil, com base em dados fornecidos pela Secretaria de Saúde do Estado;

d) 3% (três por cento), que serão distribuídos entre os municípios, de acordo com o seu desempenho na área de Educação, considerando-se a participação relativa no número de alunos matriculados no ensino fundamental em escolas municipais, com base no resultado do censo escolar anual, publicado por meio de portaria do Ministério da Educação; e

e) 3% (três por cento), que serão distribuídos entre os municípios, de acordo com o seu desempenho na Receita Tributária Própria, considerando-se a sua participação relativa na arrecadação “per capita” de tributos municipais de todos os municípios do Estado, com base em dados fornecidos pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco.

§ 1º No exercício de 2002, as parcelas de que tratam os incisos II e III serão alteradas em cinco pontos percentuais, passando a vigorar da seguinte forma:

I – relativamente ao inciso II: 15% (quinze por cento); e

II – relativamente ao inciso III: 10% (dez por cento).

§ 2º A redução referida no parágrafo anterior, relativamente à parcela prevista no inciso III, do “caput”, será distribuída entre os critérios ali estabelecidos, observando-se o seguinte:

I – fica mantido o percentual previsto na alínea “a”; e

II – os percentuais referidos nas alíneas “b”, “c”, “d” e “e” passarão a ser, respectivamente, 4% (quatro por cento), 2% (dois por cento), 2% (dois por cento) e 1% (um por cento).

§ 3º No caso de município novo, para efeito do inciso II, será considerada a fração do índice vigente, no ano da respectiva apuração, para o município do qual tiver sido desmembrado, observada a proporção entre as populações dos mencionados municípios.

§ 4º O índice apurado nos termos do parágrafo anterior vigorará durante os três exercícios, e fração, contados da implantação do novo município, adotando-se, nos anos subseqüentes, a regra geral de cálculo da parcela do ICMS pertencente aos municípios.

§ 5º Para efeito de aplicação do critério previsto na alínea “a”, do inciso III, deste artigo, observar-se-á o seguinte:

– quando do cálculo da participação relativa, será fixado o limite máximo de 10% (dez por cento); e

I – sempre que a participação relativa de qualquer município ultrapassar o limite de 10% (dez por cento) da área de conservação total do Estado, este excedente será distribuído igualmente entre todos os municípios que possuem Unidade de Conservação.

§ 6º No caso de município novo, para efeito do inciso III, deste artigo, serão adotados os seguintes procedimentos:

I – relativamente ao disposto nas alíneas “c” e “e”, será mantido o coeficiente do município de origem durante o ano de implantação e no exercício subsequente;

II – relativamente ao disposto na alínea “d”, será considerada uma fração do indicador do município de origem, durante o ano de implantação e no ano subsequente, observada a proporção entre as populações dos mencionados municípios.

§ 7º – Para efeito de cálculo dos índices, no que concerne às alíneas “a” a “e”, do inciso III, deste artigo, serão consideradas as informações relativas ao ano imediatamente anterior ao da apuração.

§ 8º – Na hipótese da impossibilidade de aplicação de qualquer um dos critérios previstos no inciso III, deste artigo, decorrente da não-disponibilização da informação no exercício da apuração, observar-se-á o seguinte:

I – será utilizado o dado disponibilizado no exercício anterior; e

II – inexistindo a informação no exercício anterior, o percentual estabelecido será distribuído igualmente entre todos os municípios do Estado.

§ 9º – Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – Unidade de Conservação: porções do território nacional, incluindo as águas territoriais, com características naturais de relevante valor, sem uso econômico, de domínio público ou privado, legalmente instituídas e reconhecidas pelo Poder Público, no âmbito federal, estadual ou municipal, com objetivos e limites definidos e sob regimes especiais de administração, às quais se aplicam garantias adequadas de proteção;

II – Unidade de Compostagem ou Aterro Sanitário Controlado: implementação de soluções téc-

nicas e institucionais, ambientalmente adequadas, que considerem as realidades regionais, buscando tratar o volume de lixo gerado, considerando alternativas para o reaproveitamento dos resíduos, utilizando-se de aterros sanitários controlados e equipamentos de compactação; e

III – Receita Tributária Própria: arrecadação dos tributos de competência municipal, abrangendo:

a) impostos incidentes sobre:

1 – propriedade predial e territorial urbana;

2 – transmissão “inter-vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; e

3 – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, inciso II, da Constituição Federal, definidos em lei complementar;

b) taxas, cobradas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição; e

c) contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas”.

Art. 2º – A participação de cada município, na receita do ICMS que lhe é destinada, relativamente aos exercícios de 2000 e de 2001, continua sendo disciplinada nos termos do artigo 2º, da Lei nº 10.489, de 02 de outubro de 1990, com a redação da Lei nº 10.855, de 29 de dezembro de 1992.

Art. 3º – O artigo 3º, da Lei nº 11.887, de 1º de dezembro de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 3º – A presente Lei entra em vigor na data de sua publicação, retroagindo os seus efeitos a 30 de novembro de 2000.”

Art. 4º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos, quanto aos artigos 1º e 2º, a partir de 01 de janeiro de 2002.

Art. 5º – Revogam-se as disposições em contrário.

PALÁCIO DO CAMPO DAS PRINCESAS,

em 21 de dezembro de 2000.

JARBAS DE ANDRADE VASCONCELOS

Governador do Estado

Mudança de paradigmas e a práxis jurídica contemporânea

Luciane Moessa de Souza

Sumário

1. Apresentação. 2. As características do antigo paradigma. 2.1. Paradigma do Ser e modelo empirista. 2.2. Paradigma do Sujeito e modelo racionalista. 3. As características do novo paradigma. 3.1. Mudança das partes para o todo. 3.2. Mudança de estrutura para processo. 3.3. Mudança de ciência objetiva para ciência epistêmica. 3.4. Mudança de construção para rede como metáfora do conhecimento. 3.5. Mudança de descrições verdadeiras para descrições aproximadas. 4. Sinais do novo paradigma em ciências humanas. 4.1. O pensamento dialético. 4.2. A teoria do agir comunicativo. 4.3. A filosofia da libertação. 5. Sinais do novo paradigma no Direito. 5.1. A teoria crítica do Direito. 5.2. O alternativismo jurídico. 5.3. O pluralismo jurídico. 6. Conclusões.

1. Apresentação

Este trabalho busca, a partir da literatura contemporânea dos estudiosos (Fritjof Capra, Leonardo Boff, para citar alguns) que vislumbram a emergência de um processo de mudança de paradigmas nas mais diversas áreas da ciência, na espiritualidade e mesmo na atividade econômica, analisar se é possível constatar, e se é desejável construir, um processo similar na práxis jurídica.

Esse processo se identifica com uma das interpretações existentes entre aqueles que falam na emergência da Pós-Modernidade, qual seja, a vertente que poderia ser chamada de “evolucionismo otimista” e que tem

Luciane Moessa de Souza é Mestre em Direito do Estado pela UFPR, Advogada, Consultora Jurídica e Professora da Universidade Paranaense – UNIPAR.

como contraponto aquela que se caracteriza pelo “niilismo pessimista ou conservador”.

O conceito de “mudança de paradigmas” foi primeiramente formulado por Thomas Kuhn, em sua obra “A estrutura das revoluções científicas”, sendo aí cunhado com o sentido específico de paradigmas na atividade científica, isto é, “uma constelação de realizações – concepções, valores, técnicas, etc. – compartilhada por uma comunidade científica e utilizada por essa comunidade para definir problemas e soluções legítimos”. Fritjof Capra entendeu que o conceito poderia ser ampliado para se encontrar a noção de “paradigma social”, que definiu como “uma constelação de concepções, de valores, de percepções e de práticas compartilhados por uma comunidade, que dá forma a uma visão particular da realidade, a qual constitui a base da maneira como a comunidade se organiza” (1997, p. 25).

Nos dias que correm, muito se fala em crise do Estado, do emprego, do ensino superior, entre outras – todas relacionadas, em última análise, à *crise do paradigma racionalista da Modernidade*, que pretendia fracionar para melhor conhecer, no campo científico, dominar a natureza e maximizar lucros para suprir as necessidades humanas, no campo da atividade econômica, e padronizar e colonizar para fortalecer a fé, no campo da espiritualidade. A especialização, a competição e a conversão, os instrumentos por excelência da Modernidade, caracterizam-se pelo esforço de *auto-afirmação*, ao passo que a interdisciplinariedade, a cooperação e a tolerância religiosa se inserem num movimento de *integração*, que caracteriza o paradigma emergente, na visão de Fritjof Capra (1997, p. 27).

Esse autor, um físico norte-americano que tem incursionado pela epistemologia e pela espiritualidade, realiza, em sua obra “A Teia da Vida”, um inventário das teorias e descobertas havidas principalmente na física, na matemática e nas ciências da vida no decorrer do século XX, bem como da contribuição de novas ciências, como a cibernéti-

ca, as quais se caracterizam globalmente por não se encaixarem no paradigma moderno e por desafiar, assim, a comunidade científica à construção de um novo. Foi esse, portanto, o referencial teórico escolhido para se descrever os caracteres do paradigma emergente.

A nosso ver, na área das ciências humanas, o pensamento dialético, a teoria do agir comunicativo, de Apel-Habermas, e a filosofia da libertação, de Enrique Dussel, podem ser vistos como antecedentes do novo paradigma. Provavelmente se possa dizer o mesmo da teoria sistêmica, de Niklas Luhmann, com a qual, contudo, não travamos contato suficiente para produzir uma análise no âmbito deste trabalho.

No direito brasileiro, identificamos três correntes de pensamento que se caracterizam por romper com dogmas clássicos da Modernidade e podem ser vistas como sinais de um novo paradigma em construção: a *teoria crítica do direito*, que tem como expoente Luiz Fernando Coelho; o *alternativismo jurídico*, nascido tanto de uma nova práxis jurídica gaúcha quanto de uma produção teórica de professores da UFSC, com reflexos na UFPR; e o *pluralismo jurídico*, que tem como idealizador teórico Antônio Carlos Wolkmer, desenvolvendo concepções nascidas das pesquisas do professor de sociologia jurídica português Boaventura de Sousa Santos e tendo como precursora também a teoria crítica do direito.

2. As características do antigo paradigma

Partindo-se da classificação formulada por Habermas e adotada por Celso Ludwig, seria possível falar, dentro do antigo paradigma, em *paradigma clássico-medieval* e *paradigma moderno*, significando o mesmo que *paradigma do Ser* e *paradigma do Sujeito*. Em trabalho anterior, já afirmamos nosso entendimento, a partir de aproximações entre paradigma do Ser e modelo empirista e paradigma do Sujeito e modelo racionalista, de

que as noções de paradigma científico e modelo epistemológico se confundem [“Não se pode falar, portanto, como faz Habermas, numa divisão da história da filosofia em épocas históricas, sucessivamente paradigmas do ser, da consciência e da linguagem” (Souza, 1996, p. 4)]. De qualquer modo, a distinção mais relevante para os efeitos deste trabalho é aquela existente entre antigo (incluindo-se aí o clássico-medieval e o moderno) e novo paradigmas.

2.1. Paradigma do Ser e modelo empirista

O nascimento desse paradigma se dá, para Celso Ludwig, com Parmênides, que “instaura o começo da filosofia como ontologia” (1993, p. 8). Aqui, o fundamento é o Ser. Para Aristóteles, o Ser é Substância. Para Platão, o Ser é Idéia. Acredita-se numa essência eterna e imutável, sendo o atingimento da verdade (objetivo do conhecimento) a apreensão dessa essência.

As diversas teorias epistemológicas empiristas (das quais a mais destacada no pensamento ocidental é o positivismo) têm em comum algumas crenças/pressupostos: sujeito neutro; objeto transparente; método indutivo (a verdade científica só é atingida a partir da experiência, isto é, partindo-se da observação de casos particulares para a generalização). Em suma, o vetor do conhecimento parte do real para o racional.

2.2. Paradigma do Sujeito e modelo racionalista

Aqui, tem-se consciência da distinção (o que não se percebe é que distinção não significa separação absoluta) entre realidade (objeto real) e objeto do conhecimento. Entende-se que este é produto antes da razão que da experiência: esta é entendida como uma razão universal, abstrata (razão pura, em Kant).

Não se percebe, assim, que a “razão” que move o sujeito no processo de conhecimento é historicamente condicionada. Da mes-

ma forma que o empirismo hipertrofia o objeto, desprezando o papel do sujeito na sua configuração, o idealismo superestima o sujeito, desconsiderando a influência do objeto (realidade) na sua razão (idéias). O método racionalista por excelência é o dedutivo: o vetor epistêmico parte do racional para o real, pois é a razão que permite a assimilação do particular, do concreto.

3. As características do novo paradigma

São categorias essenciais do novo paradigma as noções de *complexidade*, *interdependência* e *historicidade*, pois “nada pode ser compreendido sem uma referência à sua história relacional e ao seu percurso temporal” (BOFF, 1995, p. 78). Como ressalta Leonardo Boff, a “ciência clássica se orientava pelo paradigma da redução e da simplificação. Antes de mais nada, arrancava-se o fenômeno de seu ecossistema para analisá-lo em si mesmo. Excluía-se tudo o que fosse meramente conjuntural, temporal e ligado a contingências passageiras. (...) As imponderabilidades e as situações de não-equilíbrio dinâmico são desconsideradas” (1995, p. 62-63).

No novo paradigma, reconhece-se que é preciso distinguir sem separar, pois todos os seres possuem tão-somente uma *autonomia relativa*, num contexto de mútua implicação e interconexão.

Para esse autor, faz-se necessária uma lógica que esteja à altura da complexidade do real. Não serve para o novo paradigma a clássica *lógica da identidade*, linear e estática, que tende a enquadrar todo o desconhecido em categorias prontas e estanques. Nem é suficiente a *lógica da diferença*, que reconhece a existência e a autonomia da alteridade, e é pressuposto para qualquer diálogo pessoal e intercultural. Tampouco o é a *lógica dialética*, que confronta identidade e diferença para propor uma síntese aberta a novos confrontos e inclusões, pois, mais “que ver as oposições, como na lógica dialética, importa ver as complemen-

tariedades/reciprocidades, no sentido da formação de campos de relações cada vez mais dinâmicos, complexos e unificados” (1995, p. 61), como na *lógica da complementariedade/reciprocidade*. O novo paradigma demanda uma *lógica dialógica ou pericorética*, pela qual “se procura o diálogo em todas as direções e em todos os momentos. Por isso, supõe a atitude o mais inclusiva possível e a menos produtora de vítimas. A lógica do universo é dialógica: tudo interage com tudo em todos os pontos e em todas as circunstâncias” (1995, p. 62).

Fritjof Capra, em seus diálogos com os teólogos David Steindl-Rast e Thomas Matus, também delineou os caracteres principais do processo de mudança de paradigmas atravessado pela ciência. Esses critérios serão descritos a seguir, na esteira do pensamento daquele autor.

3.1. Mudança das partes para o todo

Enquanto no antigo paradigma “acreditava-se que, em qualquer sistema complexo, a dinâmica do todo poderia ser entendida a partir das propriedades das partes”, no novo paradigma, percebe-se que “não há partes, em absoluto. Aquilo que chamamos de parte não passa de um padrão numa teia inseparável de relações” (CAPRA; STEINDEL-RAST; MATUS, 1991, p. 83). Na realidade, não existem propriedades intrínsecas das partes e estas somente podem ser entendidas a partir da dinâmica do todo, pois todas as propriedades fluem de suas relações com este.

3.2. Mudança de estrutura para processo

Uma outra crença essencial do antigo paradigma que cai por terra com o novo pensamento é a de que haveria, dentro de um sistema, estruturas fundamentais, acompanhadas de forças por meio das quais estas interagem, dando início a processos. “No novo paradigma, cada estrutura é vista como a manifestação de um processo subjacente. Toda a teia de relações é intrinsecamente dinâmica” (CAPRA, 1991, p. 83).

3.3. Mudança de ciência objetiva para ciência epistêmica

No velho paradigma, acreditava-se na possibilidade de descrições científicas objetivas, vale dizer, independentes do observador e do processo de conhecimento. No novo paradigma, acredita-se que a epistemologia, enquanto entendimento do processo de conhecimento, deve ser necessariamente incluída na descrição dos fenômenos científicos.

3.4. Mudança de construção para rede como metáfora do conhecimento

No antigo paradigma, acreditava-se que o processo de conhecimento se dava mediante sucessivas acumulações edificadas sobre os firmes alicerces de alguma teoria fundamental. No novo paradigma, constata-se que, na realidade, não há hierarquia entre os conhecimentos científicos, que são todos interdependentes e se encontram conectados tal qual numa rede.

3.5. Mudança de descrições verdadeiras para descrições aproximadas

Intimamente ligada à característica anterior está o conhecimento de que todas as afirmações científicas são limitadas e aproximadas, o que “significa que você está levando em consideração algumas das interconexões, mas não todas. Você faz processos incluindo cada vez mais coisas, mas nunca obterá o quadro completo” (CAPRA, 1991, p. 133).

4. Sinais do novo paradigma em ciências humanas

As teorias analisadas a seguir são aquelas sobre as quais tivemos a oportunidade de nos debruçar com razoável profundidade. O critério de sua seleção é, antes de mais nada, relacionado à nossa trajetória intelectual pessoal, possuindo, portanto, o caráter exemplificado. Há, sem dúvida, diversas outras teorias que mereceriam referência e análise neste quadro.

4.1. O pensamento dialético

Como visto, as epistemologias racionalistas e empiristas têm em comum as crenças de que o vetor epistemológico é unilateral e de que sujeito e objeto estão separados. Acreditava-se ingenuamente, em síntese, ser possível a dominação de um sobre o outro. Enquanto as primeiras privilegiam o sujeito em detrimento do objeto, as últimas somente visualizam o objeto, em prejuízo do sujeito. Uma nova abordagem veio a ser dada pelo pensamento dialético, como relata com propriedade Agostinho Ramalho Marques Neto:

“As epistemologias dialéticas vêm sob um enfoque novo o problema da relação entre o sujeito e o objeto. Para tanto, rompem com a concepção *metafísica*, tanto do empirismo como do idealismo, segundo a qual o sujeito cognoscente é separado, por alguma fronteira obscura e misteriosa, do objeto real que é *conhecido*. Para a dialética, o importante é a própria *relação*, tomada não exatamente em seu sentido abstrato e genérico, mas a relação concreta que efetivamente ocorre dentro do processo histórico do ato de conhecer” (1990, p. 10).

É possível detectar, tanto em teorias empiristas quanto idealistas, elementos embrionários do pensamento dialético. Em realidade, pode-se afirmar que este surge a partir da explicação parcial que cada uma delas fornece do processo do conhecimento. A afirmação do método dialético é nada mais que a superação dialética das contradições do realismo e idealismo, com base no que cada uma das vertentes tem de verdadeiro.

Aristóteles, entre empiristas (paradigma do Ser), e Kant, entre racionalistas (paradigma do Sujeito), são exemplares nesse sentido. O primeiro, inclusive, afirmava ser a dialética o modo supremo de compreensão, pois, antes do conhecimento científico – e não depois, como pensava Platão – encontra-se o saber dialético.

A dialética de que falava Aristóteles, porém, não corresponde exatamente ao conceito contemporâneo. Ele foi o primeiro a reconhecer que a verdade não está toda no conhecimento científico, valorizando o saber cotidiano e a historicidade. É possível afirmar, assim, que Aristóteles intuiu a relação dialética entre teoria e prática, identificada no conceito moderno de *práxis*.

Da mesma forma, o *criticismo* de Kant representa um grande avanço em relação ao idealismo anterior. Apesar de privilegiar o enfoque do sujeito em sua teoria epistemológica, Kant esboça uma compreensão dialética da relação entre Ser (ou experiência) e Idéia (ou razão). Para ele, *conhecer é unir a razão a priori* (fôrma do conhecimento) *à experiência (a posteriori)*, atribuindo-lhe sentido.

O que faltou em Kant – o reconhecimento das influências recíprocas entre razão e experiência – foi identificado depois por Hegel e desenvolvido por Marx, os pais do pensamento dialético.

As epistemologias dialéticas se caracterizam pelos seguintes traços: reconhecimento de um *sujeito comprometido* (e comprometedor) por sua posição em relação ao objeto; consciência de um *objeto construído* (e construtor) pelo(s) sujeito(s) com ele envolvido(s) em nível teórico e/ou prático. O método dialético tem como ponto de partida o reconhecimento dessa *mútua implicação* entre sujeito e objeto, entre teoria e prática, entre totalidade e parcialidade.

A noção de *totalidade* é, aliás, muito cara ao pensamento dialético, desde as suas primeiras formulações por Hegel e Marx. Leandro Konder faz um oportuno relato a respeito:

“Para a dialética marxista, o conhecimento é *totalizante* e a atividade humana, em geral, é um processo de *totalização*, que nunca alcança uma etapa definitiva e acabada. (...) Qualquer objeto que o homem possa perceber ou criar é parte de um *todo*. Em cada ação empreendida, o ser humano se defronta, inevitavelmente, com

problemas interligados. (...) é a partir da visão do conjunto que a gente pode avaliar a dimensão de cada elemento do quadro. Foi o que Hegel sublinhou quando escreveu: ‘A verdade é o todo’. Se não enxergarmos o todo, podemos atribuir um valor exagerado a uma verdade limitada (transformando-a em mentira), prejudicando a nossa compreensão de uma verdade mais geral” (KONDER, 1981, p. 36-37).

O conceito de *síntese* dialética, inclusive, está indissociavelmente ligado ao de totalidade, pois a síntese pretende ser o efeito do confronto (ou do contato) entre “verdades” parciais, em suma, da convivência entre opostos, transcendendo-as (superação dialética), pois a totalidade não é a mera soma das partes, mas o conjunto formado pelas *partes mais as relações existentes entre elas*.

O pensamento dialético está marcado, assim, por uma visão radicalmente *dinâmica* da realidade, ao contrário das epistemologias idealistas e empiristas, que encaram sujeito e objeto de uma forma estática, desconhecendo as influências recíprocas.

4.2. A teoria do agir comunicativo

A teoria do agir comunicativo tem como fundamento a *comunicação intersubjetiva*, pelo que se sustenta tratar-se de uma nova racionalidade. De fato, como afirma Celso Ludwig, o “enfoque fundamental consiste não na auto-compreensão do sujeito como fundamento ou atividade, mas na intersubjetividade, constituída de sujeitos capazes de linguagem e ação” (1993, p. 55).

Embora pense ainda que “o tema central da filosofia é pensar a razão”, para Habermas, “a razão instaura-se através da linguagem, ou seja, na comunicação lingüística, objetivando o entendimento e o consenso. Eis a razão comunicativa ou agir comunicativo” (1993, p. 56). Não se tem mais uma razão monológica, mas necessariamente dialógica.

A teoria do agir comunicativo sustenta-se num “consenso prévio” (condições ideais de fala), que torna possível a comuni-

cação, e busca um “consenso prático” como resultado desta. É necessário frisar que não se vê entre ambos diferença qualitativa, podendo-se afirmar, pois, que ponto de partida e finalidade tendem a se confundir. Parte-se, assim, de um viés essencialmente dialético, de que o ideal também constitui o real e, se tomado como ponto de partida, estes poderão se identificar.

Creemos ser possível afirmar, assim, que a teoria do agir comunicativo se insere na ótica do modelo dialético.

4.3. A filosofia da libertação

A filosofia da libertação, formulada por Enríque Dussel, propõe, em síntese, a substituição da categoria de totalidade pela de exterioridade (ou alteridade) e do método dialético pelo método analético.

O conceito de totalidade, como vimos, é fundamental para o pensamento dialético:

“Para trabalhar dialeticamente com o conceito de totalidade, é muito importante sabermos qual o nível de totalização exigido pelo conjunto de problemas com que estamos nos defrontando; (...) a totalidade é apenas um *momento* de um processo de totalização (que, conforme já advertimos, nunca alcança uma etapa definitiva e acabada). Afinal, a dialética – maneira de pensar elaborada em função da necessidade de reconhecermos a constante emergência do *novo* na realidade humana – negar-se-ia a si mesma caso cristalizasse ou coagulasse suas sínteses, recusando-se a revê-las, mesmo em face de situações modificadas” (KONDER, 1981, p. 39).

Na realidade, o que Dussel chama de totalidade poderia ser com mais precisão designado “centralidade”. O que ocorre é que *a totalidade não se resume à centralidade*, isto é, aos centros de emanção de poder, aos *sujeitos de dominação*, mas abrange os *objetos dominados*, excluídos das decisões. Isso porque o poder desigual daqueles *se funda* na situação de sujeição destes. Ou seja, a centralidade é tão determinada pela exterioridade quanto esta é por ela. Ambas são de-

terminantes/determinadas, mas, enquanto a exterioridade é determinante do poder da centralidade, esta é determinante da opressão daquela.

A pretensão da filosofia da libertação nos parece ser a de uma mudança de enfoque, de prioridade: deseja-se privilegiar a exterioridade, pelo fato de esta ser dominada, em vez da “totalidade” (centralidade), dominante e, justamente por isso, historicamente privilegiada.

Em suma, parece-nos possível concluir que o “paradigma” da alteridade/exterioridade significa, em síntese, a *inclusão do Outro na “totalidade”*, isto é, a descentralização do poder. E o denominado método analítico, que parte da exterioridade, não passa de uma nova designação para o método dialético, se se admitir, como afirmado, que Dussel objetiva o reconhecimento de que a totalidade é abrangente desta. Só não será assim se se entender que a filosofia da libertação se esgota na exterioridade, excluindo dos seus horizontes, como a filosofia etnocêntrica tradicional faz em relação a esta, a centralidade – o que, acreditamos, não seja o caso, pois a tornaria tão autoritária e unilateral quanto aquela.

5. *Sinais do novo paradigma no Direito*

Em primeiro lugar, é preciso salientar que a divisão que se estabeleceu para descrever as teorias que acenam para um novo paradigma no direito tem cunho meramente exemplificativo. Encontram-se dispostas em ordem cronológica de surgimento, observando-se sempre que as que vieram a seguir recolheram e desenvolveram alguns dos pressupostos das anteriores, trazendo novas contribuições ou privilegiando um novo enfoque, conforme o diverso posicionamento histórico de seus partícipes.

5.1. *A teoria crítica do Direito*

Luiz Fernando Coelho define o projeto essencial de sua teoria crítica do direito

como sendo “pensar o direito em função da dialeticidade do social” (1991, p. 20). Saliêta esse autor, ainda, que “o projeto epistêmico da crítica do direito exige o desenvolvimento de categorias, como formas de pensamento adequadas ao trato prospectivo do fenômeno jurídico, sem o que ele corre o risco de cair no vazio, restringindo-se à filosofia do direito sem tratar do direito” (p. 24), bem assim “a impossibilidade metodológica de construir uma teoria do direito, visto como concreção, dentro dos paradigmas tradicionais” (p. 26). O modelo epistemológico proposto pela teoria crítica do direito é, assim, a *dialética da participação*, pela qual se tem em conta que, no direito, o sujeito do processo de conhecimento está inserido dentro do objeto de seu estudo, identificando-se com ele e nele exercendo sua práxis transformadora da sociedade da qual faz parte.

A teoria crítica do direito serve-se de contribuições do pensamento crítico em outras áreas do conhecimento. Da epistemologia crítica, recolhe a necessidade de se identificar sempre a ideologia pressuposta na prática social e, “assumindo-a como algo consciente, erigir uma instância crítica voltada para a solução dos problemas humanos e sociais.” (COELHO, 1991, p. 395). Da sociologia crítica weberiana, aproveita os conceitos de legitimidade e consenso, de modo a articulá-los com as formas ideológicas de obtenção do consenso. Com a vertente semiológica, descobre a dimensão pragmática da comunicação social, evidenciando que a teoria jurídica tradicional desenvolve-se num plano puramente semântico. Da vertente psicanalítica, emerge a constatação de que a normatividade é produto da natureza humana e não criação racional, revelando-se o papel do inconsciente na produção dos mitos do direito e da alienação daí resultante, com o que “articula-se libertação com autoconsciência” (COELHO, 1991, p. 397). É da teoria crítica da sociedade, por fim, oriunda dos pensadores da Escola de Frankfurt, que a teoria crítica do direito exporta as categorias fundamentais da ideologia e da práxis.

Após identificar os três princípios dogmáticos nucleares, que consistem em pressupostos ideológicos que fundem a legitimidade do direito contemporâneo, quais sejam, o monismo, a estatalidade e a racionalidade, a teoria crítica opõe, aos dois primeiros, a “alternativa pluralista, não como ideal de uma sociedade regulada por vários direitos, mas como uma realidade subjacente àqueles dois princípios que é preciso considerar (...); além disso, a evidência dos direitos plurais pode ser encarada como espaço jurídico da afirmação das conquistas dos oprimidos no caminho da libertação” (COELHO, 1991, p. 401), e, ao último, a tese da “lacunariedade real de toda forma do controle social, inclusive das formas jurídicas, a qual é elidida pelo princípio da plenitude do ordenamento, corolário do princípio da racionalidade” (p. 401).

Substituídos os pressupostos ideológicos da dogmática tradicional do direito pelas categorias críticas, também o seu papel social se transubstancia de instrumento ideológico por excelência da dominação auto-legitimada para um espaço de libertação.

5.2. O *alternativismo jurídico*

Trata-se aqui de corrente de pensamento e de prática jurídica que adota, em sua maior parte, os pressupostos teóricos já indicados pela teoria crítica. Caracteriza-se pelo combate ao dogmatismo, pela valorização de espaços de produção jurídica alternativos aos canais estatais tradicionais e pela busca de uma interpretação jurídica que tome consciência dos seus pressupostos ideológicos condicionantes em concreto. Nesse sentido, explicita a sua ideologia, consistente na opção pelos oprimidos e marginalizados do espaço jurídico, político e social.

A escola tem vários precursores, além do já mencionado pensamento crítico, como os autores que defenderam um “direito achado na rua” (José Geraldo de Sousa Jr.) ou um “direito insurgente”, bem como os que falam em “positivismo de combate”, enquanto uso do direito estatal naquilo que favorece os oprimidos (Miguel Pressburger).

5.3. O *pluralismo jurídico*

Antônio Carlos Wolkmer define essa concepção como “*uma perspectiva descentralizada e antidogmática que pleiteia a supremacia de fundamentos ético-político-sociológicos sobre critérios tecno-formais positivistas*” (1994, p. 11). Encara o pluralismo como categoria interdisciplinar que opera uma inversão nas posições tradicionais do Estado e do direito em relação à sociedade, pois aqueles passam a ter seus contornos definidos pelos “novos pólos normativos da vida cotidiana comunitária” (p. 315). De acordo com o grau de autonomia e identidade dos sujeitos sociais, portanto, passam a coexistir com os canais institucionais tradicionais espaços de auto-regulação.

Para o autor, “as relações entre o Direito formal do Estado e o Direito informal dos sujeitos sociais emergentes podem ocorrer por ‘supremacia de um dos dois’, por ‘complementação’ e por ‘interdependência’” (p. 317). Em caso de choque, entende ele que a opção não se dará mais entre Direito Estatal e Direito Comunitário, mas entre o Direito justo e o Direito injusto.

De outra parte, cuida Wolkmer de destacar a existência de outras vertentes de pluralismo, que não se confundem com o seu pensamento, pois, enquanto este “expressa funções de integração, pois une indivíduos, sujeitos coletivos e grupos organizados em torno de necessidades comuns” (p. 321), aquele, a pretexto de uma expansão do espaço da sociedade civil, pretende conservar a relação de forças existentes no contexto de uma economia em processo de transnacionalização.

Boaventura de Sousa Santos também adverte para os critérios ocultos da aparente socialização de espaços estatais, pois as recentes reformas do Estado, do que são exemplos as reformas de informalização da justiça por ele analisadas, não foram adotadas a fim de se aumentar a participação da sociedade civil e democratizar o espaço público, mas “foram, em larga medida, determinadas por

critérios de eficácia definidos pela lógica formal e estatista do Estado (...): o critério da rentabilidade da ação estatal e o critério da estabilidade das relações sociais enquanto função primordial do Estado” (1990, p. 26).

6. Conclusões

Seja no campo das ciências humanas em geral, seja no âmbito da teoria jurídica propriamente dita, constata-se que as teorias críticas ou dialéticas até agora formuladas, embora assinalem rompimento com o antigo paradigma, nem sempre podem ser enquadradas no paradigma emergente. O cerne da questão reside na *dimensão de totalidade*, pois a racionalidade moderna se baseia sempre em uma visão dualista e polarizada do mundo, privilegiando a *dicotomização* como modo privilegiado de conhecer e atuar. Esse vício ainda está presente em boa parte da produção teórica filosófica ou jurídica de feição crítica analisada.

É impossível ignorar que algumas das teorias examinadas se inserem numa lógica que enfoca tão-somente a *oposição de interesses*, sem vislumbrar a existência de *interesses convergentes*, que também está sempre presente nas relações entre os seres humanos. A teoria do agir comunicativo, de Habermas, e a doutrina do pluralismo jurídico, a nosso ver, são as que mais se aproximam do novo paradigma, sendo inegáveis, de outra parte, os méritos do pensamento dialético no processo de transição entre antigo e novo paradigma. Todavia, ainda existe um longo caminho a ser percorrido e não poucos dogmas a serem derrubados na práxis jurídica, e mesmo nas searas mais avançadas do pensamento acadêmico, para se chegar à instauração de um novo paradigma.

Trata-se, porém, de um objetivo que se deve ter no horizonte, pois o novo paradigma traz consigo uma lógica mais adequada à *complexidade* das relações humanas e do homem com a natureza, não com a pretensão de levar em conta todas as interconexões existentes, o que certamente não cons-

titui tarefa concretizável por nenhum ser humano, mas rumo a uma compreensão *holístico/ecológica* que atenda, minimamente, às necessidades de satisfação corporal, emocional, mental e espiritual do homem e de todos os seres que com ele dividem este planeta.

Bibliografia

- BOFF, Leonardo. *Princípio-Terra: a volta da terra como pátria comum*. São Paulo: Ática, 1995.
- CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1997.
- CAPRA, Fritjof; STEINDEL-RAST, David; MATUS, Thomas. *Pertencendo ao universo: explorações nas fronteiras da ciência e da espiritualidade*. Tradução de Maria de Lourdes Eichenberger e Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1991.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: SAFe, 1991.
- KONDER, Leandro. *O que é dialética*. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- KUHN, Thomas S. *As estruturas das revoluções científicas*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996.
- LUDWIG, Celso Luiz. *A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná; Curitiba, 1993.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Introdução ao estudo do direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado e o direito na transição pós-moderna. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 30, jun. 1990.
- SOUZA, Luciane Moessa de. *Paradigmas filosóficos e modelos epistemológicos: reflexões sobre a teoria do agir comunicativo e a filosofia da libertação*. Trabalho apresentado à disciplina de Filosofia do Direito, ministrada pelo Prof. Ms. Celso Luiz Ludwig, no Mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, UFPR, 1996. Não publicado.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.

Crise moderna e racionalidade argumentativa no direito: o modelo de Aulis Aarnio

João Paulo Allain Teixeira

Sumário

1. Racionalidade e realidade. 2. A racionalidade na tradição antiga. 2.1. Ontologia *versus* retórica. 2.2. Entre verdade e verossimilhança. 3. A racionalidade na era moderna. 4. Sobre as possibilidades da racionalidade na crise da modernidade. 4.1. O quadro geral da crise. 4.2. A racionalidade rediviva. 5. Rediscutindo a validade jurídica. 5.1. Validade sistêmica. 5.2. Validade efetiva. 5.3. Validade axiológica. 6. A preocupação com segurança e justiça em Aulis Aarnio. 7. Aceitabilidade racional como justificação das decisões judiciais.

1. Racionalidade e realidade

Tradicionalmente à idéia de racionalidade está associado o conhecimento objetivo da realidade. Para tanto, é necessário reduzir o espaço para interferências oriundas de paixões, crenças e demais expressões de subjetividade. Isso permite uma progressiva identificação entre racionalidade e verdade, objetividade e necessidade, não sendo considerado racional aquilo que é meramente subjetivo e contingente. Toda forma de pensamento que fuja desse esquema será considerada falsa e irracional (cf. CHAÚÍ, 1999).

De acordo com essa perspectiva, a racionalidade consistiria na singular capacidade da mente humana em buscar a verdade. Isso seria possível pela adoção de uma forma de pensar capaz de estabelecer uma relação de necessidade entre os pontos de partida e os pontos de chegada. Assim, duas

João Paulo Allain Teixeira é Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestrando em Teorias Críticas do Direito pela Universidad Internacional de Andalucía (Espanha). Professor de Direito Constitucional e Direito Internacional Público na Universidade Católica de Pernambuco e na Faculdade de Direito de Olinda.

peças diferentes poderiam chegar aos mesmos resultados apesar da diferença entre suas vivências e experiências pessoais. Uma vez seguindo as regras lógicas, o resultado alcançado seria sempre o mesmo (cf. NUDLER, 1996).

Entretanto, tal perspectiva representa apenas uma possibilidade de racionalidade, exacerbada na modernidade é verdade, mas que uma análise histórica permite descortinar um quadro bem mais amplo sobre os limites e possibilidades de um pensamento racional.

2. A racionalidade na tradição antiga

2.1. Ontologia versus retórica

Tomemos como ponto de partida o pensamento filosófico da antiguidade clássica. Nesta época, reverenciada pelos historiadores como o alvorecer de toda a tradição que fundamenta a cultura ocidental, encontramos uma clara preocupação com a explicação racional dos eventos da natureza e da sociedade. É quando o pensamento mítico vai paulatinamente cedendo espaço para as explicações racionais. É o momento da afirmação do *logos* sobre o *mythos*¹, da razão sobre a crença, da objetividade sobre a subjetividade, da *episteme* sobre a *doxa*.

“Pode-se de fato dizer que a razão se resume em dois traços relacionados um ao outro, um negativo, o outro positivo. Negativamente é a rejeição de toda autoridade, em particular de toda autoridade exterior ao julgamento de cada um (preconceitos, tradições, crenças a priori, julgamento do mestre, texto sagrado, etc.). Positivamente, é uma capacidade de universalização: uma conduta, uma crença, um discurso são geralmente qualificados de racionais se são universalizáveis, isto é, se dependem, cada um deles, apenas de sua faculdade discursiva, ou seja, de um discurso por direito enunciável e aprovável por todos” (WOLFF, 1999, p. 68).

Como se percebe, o pensamento filosófico do ocidente parece valorizar a unidade em detrimento da multiplicidade. Essa tendência tem origem com a busca pelo ser, a busca pela essência das coisas². Nesse sentido, “o ser é aquilo que é uno e é uno aquilo que não muda, aquilo que necessariamente permanece, e que sempre permaneceu, idêntico a si mesmo” (GRACIO, 1998, p. 17).

Conhecida é a polêmica entre Heráclito e Parmênides, que representa justamente a busca pelo ser. Afirma Heráclito que uma coisa é e não é ao mesmo tempo, posto que em permanente devir: “tudo flui”.

Mas Parmênides, preocupado em identificar elementos que permitam a caracterização do ser, acaba por afirmar que uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo. Uma coisa é ou não é, daí a origem de um dos princípios lógicos fundamentais, o princípio da identidade.

Como se percebe, há uma busca incessante pela superação do contingente em busca do necessário, universalmente generalizável.

Essa busca bem pode ser percebida também na perspectiva platônica, que atribuirá menor valor a toda forma de raciocínio que não conduza à essência do ser. Desse modo, “todos os discursos que se alimentem da divergência de pontos de vista ou que vinquem a diferença de perspectivas só poderão roçar a charlatanice ou demonstrar errância” (GRACIO, 1998, p. 22).

2.2. Entre verdade e verossimilhança

Os gregos, além de grandes esportistas, eram exímios praticantes de lutas e competições que se estendiam para além dos domínios dos estádios e ginásios. Essas disputas, puramente verbais, eram exercidas pela dialética, quando dois adversários se apresentavam em praça pública, cada um deles sustentando uma tese e a defendendo contra os ataques do outro. Sairia vencedor quem conseguisse reduzir o adversário ao silêncio, para júbilo dos espectadores (cf. REBOUL, 1998, p. 27).

Durante muito tempo, o modelo retórico que prevalecia era a sofística, que consistia em um procedimento discursivo em que a fundamentação racional era elemento meramente coadjuvante. Para o sofista, o exercício da retórica consiste em convencer pela aparência lógica do discurso, bem como pelo encanto do estilo.

A retórica sofística pretendia a eficácia do discurso do orador, quando o adversário ficava sem réplica. Aqui, a preocupação maior é com o domínio através da palavra. Assim, a retórica sofística não está dedicada ao saber, ao conhecimento verdadeiro, mas ao poder pela palavra (REBOUL, 1998 p. 10).

Em certo sentido, a prática sofística contribui para a qualificação da retórica como um instrumento de manipulação da realidade, uma prática despótica e ilegítima (cf. REBOUL, 1998, p. 10). Isso permitia identificar a dialética com técnicas de persuasão, em que estão ausentes quaisquer considerações de ordem ética.

Ainda na antiguidade, uma nova perspectiva retórica surge com Aristóteles, que refunda a retórica em torno de um discurso racional. Essa nova perspectiva contribui decisivamente para a sistematização e desenvolvimento da retórica antiga.

Aristóteles tem o grande mérito de ter sistematizado as bases do raciocínio no *Organon*, que passa a ser considerado como o órgão, o instrumento para a retidão de pensamento. No mesmo sentido, são considerados os Primeiros Analíticos como o primeiro tratado sistemático de lógica formal.

Para Aristóteles é possível elaborar duas espécies de raciocínio: o primeiro, apodítico, partindo de uma demonstração analítica (constante nos Primeiros Analíticos) e o segundo consistindo em uma argumentação dialética (constante nos Tópicos).

O processo demonstrativo consiste em um processo de inferência a partir de premissas verdadeiras, enquanto a argumentação dialética parte de premissas verossímeis. Em um caso e outro, a estrutura do silogismo é idêntica, onde temos uma pre-

missa maior, uma premissa menor e a conclusão.

Sob a perspectiva aristotélica, as demonstrações científicas seriam apodíticas; as argumentações retóricas, por sua vez, seriam dialéticas. A grande diferença está em que os argumentos dialéticos concluem a partir de premissas aceitas pela comunidade como possivelmente verdadeiras (verossímeis). Tal seria possível pela instauração de um diálogo em que as diversas posições são confrontadas em um procedimento crítico.

Superando a retórica sofística, Aristóteles constrói uma teoria da argumentação não devotada à verdade, mas ao consenso sobre o verossímil, procedendo então por silogismos implícitos, os chamados entimemas³.

Assim, Aristóteles apresenta a retórica não como um poder de dominação, mas como um poder de defesa. Em Aristóteles, prevalece o entendimento segundo o qual nem sempre o conhecimento científico é capaz de convencer a todos os auditórios, notadamente aqueles em que falte instrução. Nesse sentido, poderíamos imaginar que a dialética nada mais seria do que um ‘quebra-galho’, uma forma de falar aos auditórios incultos, que só encontra a seu favor o senso comum. Tal qualificação permitiria associar à retórica a qualidade de “filosofia do pobre” (cf. REBOUL, 1998, p. 26). É que, entre o domínio da demonstração científica ou lógica e a ignorância pura e simples, existe uma ampla faixa argumentativa (cf. REBOUL, 1998, p. 91).

Por isso, a dialética proporciona o privilégio da opinião aceita em detrimento da verdade, não tendo a preocupação científica de determinar o que são verdadeiramente as coisas, mas como parecem ser⁴.

Para tanto, seria necessário encontrar um ponto em que se desse o consenso. Não o consenso aparente, com o que se contentavam os sofistas, mas o consenso real.

A argumentação depende então do recurso a “noções comuns”, que no dizer de Reoul “não são opiniões vulgares, mas

aquilo que cada um pode encontrar por seu bom senso, em domínios nos quais nada seria menos científico do que exigir respostas científicas” (1998, p. 27).

3. A racionalidade na era moderna

Apesar de certa dificuldade conceitual⁵, para a historiografia é possível identificar a caracterização da modernidade com o Renascimento, durante os séculos XV e XVI. Influenciada por ideologias libertárias e criatividade individual no resgate da cultura greco-romana, os novos tempos representavam o prenúncio de uma forma inédita de conceber o mundo.

É nesse período que estão compreendidos acontecimentos substancialmente significativos como o são a Ilustração e as revoluções burguesas. Todos esses acontecimentos são galhos de uma mesma árvore sustentada por uma mesma raiz. Em verdade, o projeto da modernidade bem pode ser compreendido como um amplo processo em que a racionalidade encontra um campo fértil para o seu desenvolvimento.

A Razão moderna representa um doloroso momento de ruptura com o passado teológico. Quando se afirma a si própria como porta voz dos “novos tempos”, a modernidade funda também os limites dos “velhos tempos”⁶. A nova racionalidade representa a “orfandade” do homem diante da perda dos deuses enquanto oráculos teológicos para as respostas sobre o início e o fim da vida (cf. CASULLO, 1996, p. 25). Por isso a modernidade guarda uma tensão interna, pois se funda em um retorno ao clássico, mas ao mesmo tempo se propõe a algo inédito.

O espetáculo da modernidade erige a Razão ao centro do universo. A realidade será idealizada a partir dos indicadores da razão reinante. A busca da verdade, absoluta torna-se a mais clara tradução do que seja a racionalidade moderna⁷.

A modernidade provoca um superdimensionamento da lógica formal de fundo analítico em detrimento da racionalidade argu-

mentativa. Em certa medida, deve-se essa concepção a Descartes, para quem a idéia de verossimilhança não se compadece com os propósitos da ciência.

Assim, se na Idade Média a retórica ainda respirava, na modernidade o advento de uma lógica axiomático-dedutiva como expressão máxima da racionalidade acaba por gradativamente sufocar os espaços para o exercício da lógica fundada na argumentação.

Muitos atribuem o declínio da retórica ao cristianismo (cf. COELHO, 1996, p. XII). Na verdade, tal afirmação é discutível. Se por um lado é possível afirmar o desprezo do pensamento dialético pelo racionalismo como decorrência da necessidade de construção de explicações sempre que possíveis científicas, o papel do cristianismo nesse processo não nos parece ser tão claro.

Assim, afirma-se que o cristianismo não se compadece com a dialética pela impossibilidade de convivência com a multiplicidade de premissas igualmente possíveis para o ponto de partida argumentativo.

É indubitável que o cristianismo representa uma ruptura com a cultura pagã antiga, mas

“... os cristãos logo aceitaram a escola romana e a cultura que ela veiculava. Em seguida, quando todas as estruturas administrativas do Império desmoronaram, foi a Igreja que se tornou depositária dessa cultura antiga, retórica inclusive (REBOUL, 1998, p. 77).

Como nota Olivier Reboul, isso assim aconteceu porque a Igreja, no papel de missionário, não podia rejeitar a tradição antiga principalmente no tocante à língua (grego e latim) e nas formas de pensar. A Igreja não deixaria a retórica nas mãos de adversários, antes se deixando influenciar em grande medida pela tradição antiga. Na própria Bíblia; é possível encontrar uma variedade de expedientes tipicamente persuasivos. Basta observar a riqueza de metáforas e figuras diversas de linguagem (REBOUL, 1998, p. 77-78).

As razões para o declínio da retórica parecem estar decisivamente ligadas ao sur-

gimento do racionalismo moderno, que se encarrega de desferir-lhe o golpe de piedade. Deve-se principalmente ao pensamento cartesiano a responsabilidade pela destruição da dialética dos espaços da dialética na modernidade.

Descartes repudia a dialética por esta nunca proporcionar o surgimento da verdade, senão do meramente verossímil. Nesse caso, tudo quanto não for verdadeiro será por exclusão falso. A filosofia cartesiana consistirá em um exercício de busca da verdade, dependendo de um encadeamento lógico similar às demonstrações matemáticas⁸.

Com isso, as opiniões ou são racionalmente comprováveis pelo método científico ou são descartáveis e inúteis.

Mas a retórica permanecia viva, vindo a ser redescoberta em todo o seu esplendor na segunda metade do século XX.

Em defesa de que a retórica sempre teve o seu papel de destaque, pode-se dizer que o discurso científico não cabe em todas as situações. A argumentação é um método que fica entre a evidência e a ignorância, entre o necessário e o arbitrário. Por isso, entre o domínio da demonstração e o domínio da ignorância, é possível encontrar o domínio da argumentação (cf. REBOUL, 1998, p. 91).

A verossimilhança é decorrente do próprio objeto e não exatamente da incompetência ou ignorância do auditório. É que algumas questões, pela sua própria natureza, não se compadecem com o método demonstrativo. Assim, por exemplo, questões jurídicas e políticas essencialmente avessas a qualquer determinação de verdade ou falsidade melhor são pesquisadas pelo método argumentativo.

De qualquer modo, a pretensão da cientificidade nem sempre é adequada em função da própria natureza do objeto que se pesquise.

O pensamento da modernidade caracterizou-se pela predominância da busca da verdade, sem espaço para o meramente contingente: “a racionalidade trabalhava no sentido de eliminar o acaso na natureza, a

contingência na história e a fortuna na ética e na política” (CHAUÍ, 1999, p. 22). Esse tipo de racionalidade é que permitiu o avanço da técnica e do modo de produção capitalista, hoje dominantes.

Esse movimento consiste em uma racionalização da experiência, sendo o marco do estabelecimento das dicotomias sujeito-objeto, consciência-coisa, verdade-aparência, natureza-homem, razão-experiência, enfim, necessidade-liberdade (cf. CHAUÍ, 1999, p. 25).

Na lição de Boaventura de Sousa Santos, a tensão representada pelo advento da modernidade permite admitir que o seu projeto está assentado em dois pilares: de um lado, o pilar da regulação; de outro lado, o pilar da emancipação. O pilar da regulação é representado pelos princípios do Estado (HOBBS), mercado (LOCKE) e comunidade (ROUSSEAU). Na outra ponta, o pilar da emancipação repousa sobre três esferas distintas de racionalidade: esfera científica (racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica), esfera da moralidade (racionalidade moral-prática da ética e do direito) e esfera artística (racionalidade estético-expressiva da arte e da literatura) (SANTOS, 1997, p. 77; HABERMAS, 1996, p. 137).

Na interpretação de Habermas, a emancipação pretendida pela modernidade consiste em organizar o cotidiano social de modo racional. Isso permitiria não apenas o controle das forças naturais, mas também a compreensão do mundo e do indivíduo, e, por consequência, o progresso moral, a justiça institucional e a felicidade humana (HABERMAS, 1996, p. 138).

Os dias atuais revelam um quadro de crise. Crise da civilização, crise da racionalidade, crise enfim da modernidade. Parte-se da constatação de que as promessas da modernidade não se realizaram. Teríamos um excesso de promessas com um déficit do seu cumprimento (SANTOS, 1997, p. 78).

Na análise de Boaventura de Sousa Santos, isso se deve à dupla vinculação entre os pilares da regulação e emancipação. Se de

um lado estão vinculados entre si, por outro lado estariam vinculados também “à concretização de objectivos práticos de racionalização global da vida colectiva e da vida individual” desde o início do projeto da modernidade a partir do século XIV (SANTOS, 1997, p. 78).

Nesse sentido, a pretensa separação em diferentes espécies de racionalidade provocou o surgimento de uma tecnocracia, entendida como grupos de especialistas, aumentando a distância entre a cultura especializada e a cultura da maioria (HABERMAS, 1996, p. 137-138).

O debate que se põe agora é o seguinte: seria necessário reviver as intenções do iluminismo ou simplesmente rechaçar todo o legado da modernidade? Será o projeto da modernidade uma causa perdida?

A este período de transição em que impera a perplexidade e as perguntas são maiores que as respostas convencionou-se chamar de pós-modernidade, na falta de outro termo que melhor designe o momento⁹.

4. Sobre as possibilidades da racionalidade na crise da modernidade

4.1. O quadro geral da crise

Apesar do desenvolvimento da técnica e das ciências proporcionado pela racionalidade moderna, o debate filosófico aponta, como visto, um quadro desolador em que são questionados os benefícios da modernidade para a civilização ocidental.

A constatação vai no sentido de admitir que o espírito científico da modernidade

“não soube... se dar uma política, uma moral, um ideal, nem leis civis ou penais que estivessem em harmonia com os modos de vida que ele criou e até mesmo com os modos de pensamento que a difusão universal e o desenvolvimento de certo espírito científico impõem pouco a pouco a todos os homens” (NOVAES, 1999, p. 14).

Assim, tem razão Marilena Chauí quando percebe que

“probabilismo científico, engenharia política, engenharia genética, automação, jogo e acaso financeiros, dispersão e abstração da produção, velocidade da informação e da comunicação, proliferação de imagens: tudo isso se articula para determinar a crise da razão, a afirmação da contingência radical da natureza e das ações humanas, e pede a reorganização do fragmentado e do disperso pelo caminho do mito, da magia, da astrologia e do fundamentalismo religioso” (CHAUÍ, 1999, p. 23).

Seja quanto ao seu modo de produção característico, o capitalismo, seja quanto à orientação política típica, o liberalismo, seja quanto ao modo de pensar a realidade em busca do absoluto, é preciso discutir as possibilidades de uma racionalidade neste momento de transição.

Assim, temos um descompasso no qual o desenvolvimento da técnica não foi capaz de distribuir bem-estar a toda a humanidade. Isso é bem claro se verificarmos o processo de industrialização em massa proporcionado pela revolução industrial, anunciando a tensão entre capital e trabalho que iria marcar os nossos dias.

Em verdade, apesar da grande ruptura provocada pela revolução francesa, que põe abaixo as estruturas do *ancien régime*, o regime então implantado, não intervencionista por excelência, se de um lado proporcionou o crescimento do desenvolvimento do domínio técnico do homem sobre a natureza, por outro lado permitiu que fosse cavado um fosso de grandes proporções entre as pessoas, regidas que estavam pelas leis do mercado então dominante.

Mas ainda restaram algumas tentativas para que a racionalidade moderna tentasse se redimir. Foi nesse contexto que surgiram as perspectivas de abertura do Estado para o social, como forma de abrandar a dureza do liberalismo puro e patrocinar o desenvolvimento da educação, saúde, lazer, pre-

vidência, bens enfim que permitissem o bem-estar social.

Falar em Estado social não é o mesmo que falar em Estado socialista. Como observa Bonavides,

“o Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardinal a que não renuncia. Daí compadecer-se o Estado social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importe em modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais” (1980, p. 205).

Não se confundem pois essas duas categorias.

Ainda assim, o chamado *Welfare State* encontra-se na encruzilhada do dilema capital/trabalho, e portanto não há uma transformação radical das estruturas de poder dominantes. Antes pelo contrário, teríamos o mesmo Estado e a mesma racionalidade em busca de estratégias de legitimação.

Por isso, razão parece ter Bonavides ao considerar que o Estado social é apenas uma “superação ideológica” do liberalismo antigo, atuando de modo eficiente quanto à preservação por longo tempo do próprio Estado (1980, p. 210).

Como o Estado social mostra-se incapaz de promover a dinamização social, posto que em sua essência regido pelas leis do mercado, a crescente intervenção proporciona seguidos déficits públicos, levando o Estado a novas crises. Daí se falar em um retorno ao Estado liberal por meio de um neoliberalismo em que o Estado retorna a níveis mínimos de intervencionismo. O Leviatã do século XXI não é mais o Estado; o ente dotado de poderes irresistíveis atende agora pelo nome de mercado.

Interessante interpretação para a crise da modernidade é dada por Jürgen Habermas, para quem é possível encontrar na sociedade dois aspectos em íntima relação: O sistema (*System*) e o mundo da vida (*Lebenswelt*). Nesse sentido, o sistema representaria a realidade objetiva que se manifesta nas relações externas entre os membros da sociedade, sendo coordenado por meios não lingüísticos, poder e dinheiro, que coordenam a estrutura burocrática da sociedade.

Ao lado do sistema encontra-se a *Lebenswelt*, que repousa sobre a comunicação recíproca entre os membros da sociedade e tem como objetivo a compreensão recíproca.

Essa distinção permite diferenciar duas racionalidades distintas. No sistema, temos uma racionalidade técnico-instrumental, consistindo em uma racionalidade com respeito a fins. Essa racionalidade explica o desenvolvimento tecnológico nas sociedades modernas, definindo um certo padrão de bem-estar. Na *Lebenswelt*, a racionalidade é orientada pela comunicação, ocupando-se da compreensão mútua. Essa racionalidade tem fundamento em uma lógica argumentativa.

Acontece que o desenvolvimento social proporcionado pela modernidade provocou um hiperdimensionamento da racionalidade instrumental, típica do sistema, e um conseqüente estreitamento da racionalidade comunicacional da *Lebenswelt*, em um processo chamado por Habermas de “colonização do mundo da vida”, levando a uma crescente burocratização do cotidiano (apud AARNIO, 1992, p. 283-285).

Esse quadro contribui para uma crescente mistificação da racionalidade moderna em que o processo de industrialização transformou o domínio técnico em um mistério de magia: “os objetos tecnológicos que conhecemos hoje, isto é, os autômatos, operam para nós e sem nós, misteriosamente. Sua fabricação é secreta, sua operação é secreta, e nossa relação com eles, mágica”. Isso explica o retorno à religiosidade e ao misticismo, em que a convivência de fadas, duendes, anjos e profetas do apocalipse com um

universo cada vez mais automatizado anunciam de forma crua a crise da civilização ocidental (cf. CHAUI, 1999, p. 23).

4.2. A racionalidade rediviva

Tradicionalmente, associa-se à idéia de crise uma noção desfavorável, que revela um aspecto negativo de fim, derrota ou morte. Entretanto, a etimologia da palavra crise tem sua origem na medicina de Hipócrates, indicando uma transformação decisiva que ocorre no ponto culminante de uma doença. A partir do ponto crítico, o desenvolvimento da doença poderá adotar um caminho favorável ou não, portanto de vida ou de morte (cf. ABAGNANO, 1999, p. 222).

O quadro da crise tem levado à rediscussão do papel e dos limites da racionalidade em adequação aos novos tempos. Para alguns críticos mais radicais, a racionalidade dominante na modernidade seria simplesmente insuficiente e inadequada para pensar a realidade. Daí as propostas pós-estruturalistas que buscam a valorização da subjetividade principalmente por meio de experiências desconstrutivistas.

Radicalismos à parte, assistimos hoje à reaproximação da lógica e da retórica. Assim, se por muito tempo a lógica indutiva predominou no horizonte do conhecimento, hoje é possível o deslocamento do estudo de proposições intemporais para elocuições contextualizadas no tempo e no espaço (TOULMIN, 1994, p. 20).

Por isso, se o privilégio da modernidade incidia primariamente sobre teorias generalizáveis por universais e intemporais, a partir do segundo Wittgenstein¹⁰ o sentido das coisas é deslocado para uma relação interpessoal, pragmática portanto.

“Presentemente, as questões sobre as circunstâncias em que os argumentos são apresentados, ou sobre a audiência a que se dirigem – numa palavra, questões “retóricas” – desalojaram questões de validade formal enquanto preocupação primária da filosofia, mesmo da filosofia da ciência” (TOULMIN, 1994, p. 27).

Na verdade, o renascimento da retórica contribui para a compreensão da realidade dentro dos moldes racionais. É hora de rejeitar os absolutismos e construir o entendimento de que a democracia e a justiça nesses tempos de crise passam necessariamente pela defesa da pluralidade e da multiplicidade (cf. GRÁCIO, 1998).

5. Rediscutindo a validade jurídica

O conceito de validade é provavelmente um dos conceitos nucleares da teoria jurídica, demandando uma análise mais detida. Com efeito, apesar da relevância apresentada por tal conceito, nem sempre parece haver um consenso doutrinário acerca de seus fundamentos.

Nesse sentido, interessante proposta metodológica nos é apresentada pelo finlandês Aulis Aarnio, Professor da Universidade de Helsinki. Aarnio propõe a rediscussão do conceito de validade como forma de compreender a fundamentação racional do direito.

Usualmente, associam-se, em teoria jurídica, as noções de validade e vigência, de um tal modo que o direito válido é aquele que está em vigor. Com isso, a constatação de que uma norma é válida decorre diretamente da sua vigência e vice-versa. Como nota o professor finlandês, uma tal definição é insuficiente, sendo possível enumerar três idéias distintas do conceito de validade, cada uma delas refletindo diferentes conseqüências para a teoria do direito (AARNIO, 1992, p. 43).

Socorrendo-se de Wroblewsky, Aarnio designa tais concepções mediante os conceitos de validade sistêmica, validade efetiva e validade axiológica (aceitabilidade). Daí admitir-se que a vigência enquanto qualidade do direito, pode ser aplicada em qualquer dos sentidos acima. Tratemos sucessivamente dessas três concepções de validade.

5.1. Validade sistêmica

A primeira concepção de validade está associada à tradição clássica do direito que

vincula as qualidades relativas à validade a uma adequação à norma fundamental.

Nesse caso, no tocante à validade formal, é possível enumerar dois conteúdos diferentes. Isso é possível pela análise das noções de validade interna e validade externa. No primeiro conceito, temos uma preocupação da validade enquanto critério de aferição da pertinência de uma norma ao sistema. No segundo caso, a validade ocupar-se-á da própria validade do sistema enquanto tal (cf. AARNIO, 1992, p. 44).

A prática jurídica tradicional parece importar-se unicamente com a validade em sua modalidade interna, como se o simples fato de a norma haver sido elaborada de acordo com os procedimentos estabelecidos pelo próprio sistema fosse suficiente para a determinação da sua validade.

Essa noção refere-se à validade em sentido estrito. Com isso, a preocupação usual dos operadores jurídicos está limitada a uma noção restrita do conceito de validade.

Como vimos, esta é também o centro das preocupações da teoria pura do direito, em que Kelsen reduz a validade a uma relação internormativa que tem como fundamento último o dever-ser supremo encerrado pela *Grundnorm*. A preocupação de Kelsen consiste em fechar o direito no mundo do dever-ser, impedindo que elementos do mundo do ser possam servir de fundamento para a validade normativa (cf. AARNIO, 1992, p. 44).

Como nota Aarnio, uma tal perspectiva bem poderia ser interessante se buscássemos respostas para a validade interna do sistema. Passando para o plano da validade externa, a teoria pura do direito já não consegue nos dar respostas satisfatórias. Isso significa que a teoria pura do direito não consegue estabelecer a fundamentação do sistema enquanto tal. É por isso que a fundamentação do direito precisa ser discutida além dos marcos teóricos da tradição formalista da teoria pura do direito.

Explicando melhor: de acordo com a teoria pura do direito, não dispomos de nenhuma critério para a aferição da juridicidade

de de uma norma por critérios outros que não sejam a sua própria validade formal. Nesse sentido, o que permitiria atribuir juridicidade a uma prática seria simplesmente a vontade de uma autoridade investida pelo ordenamento. Isso dificulta sobremaneira a compreensão do fenômeno do pluralismo jurídico, por exemplo.

Com efeito, se tomarmos dois sistemas normativos (S1 e S2), cada um deles dispondo da sua respectiva norma fundamental conferindo-lhe a validade (G1 e G2), com base em que critérios diríamos que um sistema é válido e o outro não? Essa situação é ilustrada por Aarnio no exemplo clássico do confronto entre a ordem jurídica estatal e a ordem jurídica da Mafia, em que o recurso ao raciocínio tradicional da dogmática não consegue nos explicar por que devemos considerar a ordem jurídica estatal como sendo válida e a ordem mafiosa inválida (cf. AARNIO, 1992, p. 46).

Em certa medida, esforçou-se Kelsen para sair desse impasse recorrendo ao princípio da efetividade. Assim, a separação entre ser e dever-ser é atenuada em sua rigidez pela própria teoria pura do direito, que admite que a norma fundamental confere força ao sistema conquanto seja ele uma ordem jurídica globalmente efetiva. Nas palavras de Aarnio, "... há algo do mundo do Sein que se torna uma condição necessária de obrigatoriedade de um sistema de normas jurídicas"¹¹.

Assim, como vimos no capítulo 4, o problema das práticas extra-estatais consiste simplesmente em irregularidades, por contrárias que se apresentem ao direito estatal. A relação de dever-ser é construída a partir de fundamentos meramente formais. Por isso, é preciso buscar elementos materiais que fundamentem a própria validade do sistema, e não apenas as normas que o compõem.

A fundamentação do direito a partir da Teoria Pura do Direito não passa por nenhuma consideração de ordem axiológica. Assim, a moralidade não guarda qualquer relação com a obrigatoriedade do direito.

Em busca de uma fundamentação moral do direito, Aarnio passa a discutir a noção de validade sistemática externa. Com efeito, é possível entender a validade externa de um sistema tanto em sentido formal como em sentido material. Tal discussão deságua inevitavelmente no tema da legitimidade de um sistema normativo.

Com apoio em Aleksander Peczenik, Aarnio elabora duas diferentes perspectivas sobre a norma fundamental (cf. AARNIO, 1992, p. 47-48):

G1 – A constituição deve ser (legalmente) respeitada.

G2 – Se certas razões essenciais (E), certos fatos sociais (F) e certos critérios morais mínimos (M) existirem, então a norma G1 deve ser respeitada.

Observando as duas formulações, percebemos que na primeira, G1, há uma clara inspiração kelseniana para a fundamentação do direito, nos moldes da teoria pura do direito, em que o dever-ser é fundamentado por um dever-ser superior; a formulação contida em G2, por sua vez, permite a fundamentação do dever-ser a partir de elementos do mundo do ser.

Assim, como nota Aarnio, a fundamentação de um sistema jurídico deve obedecer a exigências morais mínimas. Com isso, a juridicidade de uma ordem estaria condicionada à presença do respeito a certos critérios morais. Com isso, os sistemas jurídicos existentes em regimes autoritários ou totalitários, como aquele vigente na Alemanha nazista, devem ser rejeitados.

5.2. *Validade efetiva*

Validade sistêmica não se confunde com validade efetiva. A validade da norma em sentido efetivo diz respeito à sua real efetividade em contraposição a uma norma formalmente considerada.

A validade efetiva de que aqui se cogita, porém, não se refere ao fato de que a conduta dos cidadãos seja orientada regularmente pela norma, mas à aplicação efetiva pelos órgãos de poder. Para essa perspectiva, o di-

reito é realizado na sociedade quando posto em aplicação pelos órgãos do poder. Trata-se aqui de admitir o sistema jurídico como um sistema coercitivo (cf. AARNIO, 1992, p. 50).

Uma concepção representativa dessa idéia de efetividade das normas jurídicas é o realismo jurídico, de acordo com o qual o objetivo da ciência jurídica é a análise das práticas das autoridades tendo em vista a previsão do que as autoridades farão no futuro.

Na lição de Aarnio, quando o Parlamento edita uma norma, não faz apenas indicações sobre um estado de coisas particular. Ele dirige apenas o comportamento social. Por meio da norma, as pessoas adotam certas imagens que definem a ação delas. Enquanto atividade social, essas imagens se situam para além do indivíduo e por eles se forma a relação de significação e de motivação que ligam os indivíduos entre si.

Nasce assim uma ideologia normativa, e essa ideologia é sentida como uma realidade obrigatória. As decisões se submetem a essa ideologia, e as autoridades ocupam uma posição decisiva do ponto de vista da validade do direito. Por essa razão, a ideologia normativa que as autoridades adotam determina qual o direito válido na sociedade (cf. AARNIO, 1992, p. 53).

Assim, a validade de uma norma jurídica significa que essa norma deve ser encontrada numa ideologia normativa que é considerada obrigatória. Dizer que uma norma é efetiva permite que possamos apresentar adequadamente a ideologia que um decisor sente como obrigatória. Assim, só é efetivo o direito que guia realmente a atividade das autoridades (cf. AARNIO, 1992, p. 53-54).

Uma norma é válida se a autoridade se conduz ela mesma de acordo com o que a norma exige, e a autoridade age dessa maneira se ela considera que a norma é obrigatória; a norma motiva de algum modo a ação da autoridade (cf. AARNIO, 1992, p. 54).

5.3. *Validade axiológica*

Passando para o plano da validade em sentido axiológico, Aarnio observa que,

quando se fala de validade axiológica, esta freqüentemente se associa ao direito natural como fundamentação do direito positivo. Mas, como nota Aarnio, existem outros tipos de critérios axiológicos que desempenham relevante papel para a compreensão da validade no direito.

Assim, em alguns casos encontraremos normas que, apesar de formalmente válidas, não são aplicadas.

Uma possível explicação seria dada pelo entendimento segundo o qual essa norma não corresponde ao sistema de valores predominante na sociedade. Por isso, como bem percebe Aarnio, nem todas as normas que são formalmente válidas possuem garantia de que vão dispor de aceitabilidade axiológica. Do mesmo modo, é possível admitir que uma norma regularmente aplicada por uma autoridade esteja em conflito com o sistema de valores predominante. Em outras palavras, a norma é formalmente válida e efetiva sem contudo ser aceitável do ponto de vista de um sistema de valores (cf. AARNIO, 1992, p. 57).

Isso se deve em grande medida ao ideal de segurança jurídica que precisa erigir defesas contra o arbítrio e em certo sentido também pela necessidade de estabelecer um certo controle racional sobre as decisões jurídicas.

Mas a realidade nem sempre corresponde com o ideal de racionalidade, antes se apresentando preenchida de elementos irracionais, tão presentes na crise do direito moderno. Por isso, preferimos com Aarnio a reconstrução do conceito de validade em torno da idéia de aceitabilidade racional.

Assim, para Aarnio (1992, p. 57-58), uma norma é válida em uma sociedade se forem atendidos alguns pressupostos que não se esgotam na validade interna, antes demandando também uma fundamentação externa e uma fundamentação moral¹².

Assim, para Aarnio, uma norma é aceitável (válida) em uma sociedade se as pessoas forem racionais na argumentação delas e se um certo conjunto de valores prevalece (1992, p. 58).

Como visto, podemos referir-nos à validade em três sentidos: como validade formal, efetividade e aceitabilidade. Explica Aarnio que os problemas teóricos aparecem quando tentamos utilizar uma das significações desse conceito como sendo o tipo autêntico de validade.

Não obstante, a validade axiológica parece ser a mais importante quando falamos de justificação. A base da justificação de uma interpretação consiste freqüentemente em argumentos “extra-jurídicos”, entre os quais encontramos uma certa referência a um certo sistema de valores.

É unicamente à luz da validade axiológica que é possível compreender a relatividade das interpretações. A validade sistêmica, no sentido interno, como no sentido externo, é apenas uma das condições prévias de aceitabilidade.

6. A preocupação com segurança e justiça em Aulis Aarnio

É possível estabelecer um referencial conciliatório entre segurança e justiça no direito a partir do entendimento da noção de racionalidade como razoabilidade, tal como proposto por Aulis Aarnio.

Neste ponto, é possível identificar um certo nível de influência habermasiana em Aarnio. Em Habermas, a tensão entre segurança e justiça se manifesta pelo binômio facticidade e validade. Afirma Habermas que as decisões judiciais não de satisfazer simultaneamente a um duplo requisito: consistência com o ordenamento jurídico e aceitabilidade geral.

Temos assim duas dimensões, quais sejam, a da justificação interna e a da justificação externa, explicando que o problema da racionalidade da jurisprudência consiste em como pode a aplicação de um direito contingentemente surgido ser realizada de modo internamente consistente e externamente fundada de modo racional a fim de garantir simultaneamente segurança jurídica e justiça¹³.

Como Aarnio, Habermas vai-se opor à *Reine Rechtslehre*, afirmando que a validade de uma norma é o resultado de uma permanente tensão entre facticidade (validade social) e legitimidade, por ele relacionada a uma validade racional ou comunicativa. Trata-se de reconhecer que as normas jurídicas devem possuir uma dupla dimensão: por um lado, o cumprimento habitual e, por outro lado, a coação que o assegure.

Em Habermas, papel decisivo na legitimação das normas vai desempenhar o processo de criação normativa, que deverá seguir um procedimento consensual e argumentativo de acordo com uma razão comunicativa. A isso estaria relacionada a própria realização da democracia. Por isso pode-se dizer que o direito só cumpre *racionalmente* a sua função integradora quando é fruto do discurso racional fundado em um processo participativo (cf. GARCÍA AMADO, 1997, p. 20-21).

Nesse sentido, parece acertado dizer que a certeza jurídica está relacionada com a necessidade de evitar a arbitrariedade. Por outro lado, a boa aplicação do direito depende que o resultado seja razoável, ou em outras palavras aceitável.

7. Aceitabilidade racional como justificação das decisões judiciais

A aceitabilidade como conceito-chave nesse processo corresponde portanto a um esforço em direção da reconstrução teórica do tradicional conceito de validade no direito.

Legislação e jurisdição não são dois momentos isolados, permitindo uma total autonomia entre o abstrato e o concreto. Aulis Aarnio mostra que existe relação entre quem dita o texto (o legislador) e quem o interpreta (o juiz ou o administrador). Mas é também importante lembrar que o intérprete está em relação com outros membros da audiência interpretativa. Portanto, a decisão a ser proferida não pode ser satisfatória exclusivamente para quem a dita. Ne-

cessário se faz então que as decisões judiciais possam alcançar um nível de aceitabilidade geral (cf. AARNIO, 1995, p. 27-28).

Aarnio rejeita a tese de que a segurança do direito só possa ser alcançada pela tese da uma “única decisão justa”, sem entretanto admitir o perigo das decisões fundadas num alto grau de subjetividade. Trata-se aqui precisamente de achar um ponto intermediário, em que seja possível encontrar a “melhor interpretação”.

Para ser encontrada a “melhor interpretação”, diz Aarnio ser necessário que a audiência siga os princípios do discurso racional. Nesse sentido, o resultado da interpretação não seria a “verdade” no sentido tradicional de correspondência com o real, mas uma verdade criada por meio do debate no processo argumentativo.

A necessidade desse processo fica muito clara ante a ambigüidade e vagueza da língua, quando percebemos que muitas vezes a linguagem é fator de incerteza. Nessa situação, a incerteza pode advir tanto sobre a dúvida a respeito do sentido contido em certo texto quanto da dificuldade em saber qual dos sentidos encontrados é o mais adequado. Nesses casos, a aplicação do direito depende em grande medida de uma atitude inequivocamente valorativa.

Em uma sociedade verdadeiramente democrática, parece difícil encontrarmos um acordo geral com fundamento em valores, dada a relatividade existente. Não obstante, será possível encontrar um consenso valorativo a partir da posição dos valores da maioria.

Nesse sentido, o conceito de aceitabilidade encontra-se ligado ao conteúdo material da interpretação e não à forma do raciocínio ou às propriedades do procedimento de justificação nele mesmo¹⁴.

Assim, não é o processo de raciocínio que é razoável, mais apropriadamente, porém, fala-se do resultado razoável da interpretação. Para ser aceitável, esse resultado deve corresponder ao conhecimento e ao sistema de valores da comunidade jurídica.

Com isso, a aceitabilidade substancial teria como referência duas propriedades distintas: de um lado a solução tem de estar de acordo às leis, como forma de assegurar a presunção de legalidade; por outro lado a solução encontrada não pode ir contra a moralidade social vigente, como forma de assegurar a presunção de razoabilidade.

Nesse sentido, no tocante à racionalidade formal das decisões judiciais, é necessário a mudança de enfoque da racionalidade sistêmica para a racionalidade argumentativa. No que concerne ao conteúdo, seria possível identificar a “melhor” decisão quando do processo de argumentação racional resultasse uma decisão aceitável, isto é, razoável.

A busca do juiz pela resposta correta deve acontecer de modo discursivo, e portanto intersubjetivo. Da teoria do discurso faz depender a aceitabilidade da decisão, não da qualidade dos argumentos, mas da estrutura do próprio processo argumentativo (cf. GARCÍA AMADO, 1997, p. 55).

Como se percebe, Aarnio reaproxima o direito da moral, dotando-o de um conteúdo encontrável durante o processo argumentativo. Assim, os conceitos de legalidade e razoabilidade são reciprocamente complementares, proporcionando a passagem do Estado de direito (dimensão formal) para o Estado de justiça (dimensão material).

As perspectivas de aproximação da forma ao conteúdo têm sido bastante profícuas para o direito. O modelo de Aarnio não é o único nesse sentido, posto que o atual debate na filosofia do direito parece voltar-se decisivamente para esse problema.

Não desejamos, na presente dissertação, esgotar o tema, mas unicamente contribuir para o debate, buscando sistematizar alguns aspectos da passagem da concepção clássica das decisões judiciais em contraste com as perspectivas pós-positivistas, enfatizando a necessidade de conciliação entre segurança e justiça no direito.

Compete ao verdadeiro jurista não se deixar seduzir pelo canto de sereia que vê

na forma o mais elevado ideal do saber jurídico, como se não houvesse qualquer preocupação do direito em promover a justiça.

É preciso, portanto, superar o fetichismo legalista em direção à realização da justiça. Não a justiça subjetivamente determinada, mas a justiça pautada pelo diálogo e pelo consenso. O desafio está lançado. Que as próximas gerações de juristas possam encontrar nesse desafio a serena e permanente motivação para realizar o direito justo.

Notas

¹ Na lição de Mircea Eliade, a consciência mítica não representa uma mera “irrupção patológica de instintos, bestialidade ou infantilidade”, mas “fenômenos humanos, fenômenos de criação do espírito” (ELIADE, 1972, p. 9). Assim, “o mito conta uma história sagrada; ele relata um acontecimento ocorrido no tempo primordial, o tempo fabuloso do ‘princípio’. Em outros termos, o mito narra como, graças às façanhas dos Entes Sobrenaturais, uma realidade passou a existir, seja uma realidade total, o Cosmo, ou apenas um fragmento: uma ilha, uma espécie vegetal, um comportamento humano, uma instituição. É sempre, portanto, a narrativa de uma ‘criação’: ele relata de que modo algo foi produzido e começou a *ser*. [...] Em suma, os mitos descrevem as diversas, e algumas vezes dramáticas, irrupções do sagrado (ou do ‘sobrenatural’) no Mundo. É essa irrupção do sagrado que realmente *fundamenta* o Mundo e o converte no que é hoje” (p. 11). “‘Viver’ os mitos implica, pois, uma experiência verdadeiramente ‘religiosa’, pois ela se distingue da experiência ordinária da vida quotidiana. A ‘religiosidade’ dessa experiência deve-se ao fato de que, ao reatualizar os eventos fabulosos, exaltantes, significativos, assiste-se novamente às obras criadoras dos Entes Sobrenaturais. Não se trata de uma comemoração dos eventos míticos mas de sua reiteração. O indivíduo evoca a presença dos personagens dos mitos e torna-se contemporâneo deles. Isso implica igualmente que ele deixa de viver no tempo cronológico, passando a viver no Tempo primordial, no Tempo em que o evento *teve lugar pela primeira vez*” (p. 22). “Nas civilizações primitivas, o mito desempenha uma função indispensável: ele exprime, enaltece e codifica a crença; salvaguarda e impõe os princípios morais; garante a eficácia do ritual e oferece regras práticas para a orientação do homem. O mito, portanto, é

um ingrediente vital da civilização humana; longe de ser uma fabulação vã, ele é ao contrário uma realidade viva, à qual se recorre incessantemente; não é absolutamente uma teoria abstrata ou uma fantasia artística, mas uma verdadeira codificação da religião primitiva e da sabedoria prática”. No mesmo sentido Cassirer vai afirmar que “tais representações não são extraídas de um mundo já acabado do ser; não são meros produtos da fantasia, que se desprendem da firme realidade empírico-positiva das coisas, para elevar-se sobre elas, como tênue neblina, mas sim, representam para a consciência primitiva a totalidade do Ser”(CASSIRER, 1997, p. 23).

² Nesse sentido, veja-se o debate sobre a relevância da ontologia para a modernidade e especificamente para o direito respectivamente em Adeodato, 1996, e Maia, 2000.

³ “Aristóteles nos diz que no entimema não são enunciadas todas as premissas – subentende-se que são conhecidas ou aceitas pelo auditório – e aquelas em que nos fundamentamos seriam apenas verossímeis ou plausíveis: a estrutura do raciocínio dialético seria, quanto ao resto, a do silogismo” (PERELMAN, 1998, p. 2).

⁴ Nesse sentido, é válido o registro de Perelman, para quem “os raciocínios dialéticos que Aristóteles examinou nos tópicos, na Retórica e nas Refutações sofisticadas se referem, não às demonstrações científicas, mas às deliberações e às controvérsias. Dizem respeito aos meios de persuadir e de vencer pelo discurso, de criticar as teses do adversário, de defender e justificar as suas próprias, valendo-se de argumentos mais ou menos fortes” (1998, p. 2).

⁵ Tal dificuldade se deve principalmente ao fato de que atribuir o caráter de antigo e moderno a um ou outro lugar da história, significa expressar aceitação ou rechaço. Significa contemplar alguns traços do passado como antigos e alguns traços do presente como modernos. Exemplificativamente, os conceitos de “antigo” e “medieval”. Os autores do mundo antigo não se intitulavam antigos e nem os pensadores da Idade Média se designavam como medievais. Eles se sentiam filhos de um novo tempo. Por esse motivo o conceito de modernidade encerra uma auto-referência que dificulta a sua conceituação (cf. VIANO, 1996, p. 175 –176).

⁶ Nesse sentido, a procedente análise de Nicolás Casullo: “Lo moderno se gesta desde una clave trágica: la palabra ilumina y esconde. Da cuenta de las metamorfosis y aparece como conciencia del nuevo hogar del hombre, a la medida de sus obsesiones. Una lógica discursiva y sistematizadora de lo humano proyectará y marginará, anunciará y limitará”(CASULLO, 1996, p. 22).

⁷ Ver Casullo (1996, p. 26). Essas transformações encontram reflexos nos vários domínios da

vida: “los grandes descubrimientos en las ciencias físicas, que cambian nuestras imágenes del universo y nuestro lugar en él; la industrialización de la producción, que transforma el conocimiento científico en tecnología, crea nuevos medios humanos y destruye los viejos, acelera el ritmo de la vida, genera nuevas formas de poder jurídico y lucha de clases; inmensos trastornos demográficos, que separan a millones de personas de sus ancestrales hábitats, arrojándolas violentamente por el mundo en busca de nuevas vidas; el rápido crecimiento urbano y con frecuencia cataclísmico; sistemas de comunicación masivos, dinámicos en su desarrollo, que envuelven y unen a las sociedades y las gentes más diversas; estados nacionales cada vez más poderosos, que se estructuran y operan burocráticamente y se esfuerzan constantemente por extender sus dominios; movimientos sociales masivos de la gente y de los pueblos, que desafían a sus gobernantes políticos y económicos, intentando ganar algún control sobre sus vidas; y finalmente, un mercado mundial capitalista siempre en desarrollo y drásticamente variable, que reúne a toda esa gente e instituciones” (BERMAN, 1996, p. 68).

⁸ Como esclarece Perelman, “Descartes e os racionalistas puderam deixar de lado a retórica na medida em que a verdade das premissas era garantida pela evidência, resultante do fato de se referirem a idéias claras e distintas a respeito das quais nenhuma discussão era possível. Pressupondo a evidência do ponto de partida, os racionalistas desinteressaram-se de todos os problemas levantados pelo manejo de uma linguagem. Mas, assim que uma palavra pode ser tomada em vários sentidos, assim que se trata de aclarar uma noção vaga e confusa, surge um problema de escolha e de decisão, que a lógica formal é incapaz de resolver; cumpre fornecer as razões da escolha para obter a adesão à solução proposta, e o estudo dos argumentos depende da retórica” (1998, p. 142).

⁹ “Como todas as transições são simultaneamente semicegas e semi-invisíveis, não é possível nomear adequadamente a presente situação. Por esta razão lhe tem sido dado o nome inadequado de pós-modernidade. Mas à falta de melhor, é um nome autêntico na sua inadequação” (SANTOS, 1997, p. 77).

¹⁰ Costuma-se admitir que existem duas fases bem marcadas no pensamento de Wittgenstein: a primeira referindo-se ao Tratado Lógico Filosófico e a segunda referindo-se às Investigações Filosóficas.

¹¹ “Donc quelque chose Qui appartient au monde du ‘Sein’ – effectivité (efficacy) – devient une condition nécessaire de l’obligatorieté d’un système de normes juridiques” (AARNIO, 1992, p. 46).

¹² No mesmo sentido, veja-se a seguinte consideração de Perelman, para quem o “... ceticismo acerca do papel da razão prática apresenta, por sua

vez, um duplo inconveniente. Reduzindo ao nada o papel e as esperanças tradicionais da filosofia, ele abandona a fotes irracionais, e afinal de contas à força e à violência individual e coletiva, a solução dos conflitos concernentes à prática. Recusa, por outro lado, qualquer sentido à noção de razoável, de modo que, como as expressões ‘escolha razoável’, ‘decisão razoável’, ‘ação razoável’ passam a ser apenas racionalizações, falsas aparências, fica impossível que as discussões e as controvérsias possam terminar de outro modo que não seja pelo recurso à força, a razão do mais forte sendo sempre a melhor... Se rejeitarmos esse niilismo, se acreditarmos que nem tudo que concerne aos valores é arbitrário e que os juízos de realidade não são inteiramente independentes deles, afastaremos como infundado o fosso aberto pelo positivismo entre os juízos de realidade e os juízos de valor”(PERELMAN, 1998, p. 152-154).

¹³ “El problema de la racionalidad de la administración de justicia consiste, por tanto, en que la aplicación de un derecho surgido contingentemente pueda hacerse de forma internamente consistente y fundamentarse externamente de modo racional, para asegurar simultáneamente la *seguridad jurídica* y la *rectitud o corrección normativas*”(HABERMAS, 1998, p. 268).

¹⁴ Não é por outro motivo que a experiência da Alemanha nazista deve ser rejeitada. Com efeito, tal concepção de direito não alcança “os mínimos requisitos de padrões morais”, contrariando toda a herança cultural do ocidente (cf. AARNIO, 1996, p. 17).

Bibliografia

AARNIO, Aulis. *Le rationnel comme raisonnable: la justification en droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.

_____. *Derecho, racionalidad y comunicación social: ensayos sobre filosofía del derecho*. México: Fontamara, 1995.

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CASSIRER, Ernst. *Linguagem e mito*. São Paulo: Perspectiva. 1972.

CASULLO, Nicolás. Modernidad, biografía del ensueño y la crisis. In: *El debate modernidad / posmodernidad*. Buenos Aires: El Cielo por Asalto, 1996, p. 11-63.

CHAUÍ, Marilena. Contingência e necessidade. In: *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 19-26.

COELHO, Fábio Ulhoa. Prefácio à edição brasileira. In: PERELMAN, Chain. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. XI - XVIII.

ELIADE, Mircea. *Mito e realidade*. São Paulo: Perspectiva, 1972.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del derecho de habermas y luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

GRÁCIO, Rui Alexandre. *Consequências da retórica: para uma revalorização do múltiplo de do controverso*. Coimbra: Pé de Páginas, 1998.

HABERMAS, Jürgen. Modernidad, un proyecto incompleto. In: *El debate modernidad / posmodernidad*. Buenos Aires. In El Cielo por Asalto, 1996. p. 131-144 .

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998.

MAIA, Alexandre da. *Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica (com relação ao garantismo jurídico)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

NOVAES, Adauto. A lógica atormentada. In: *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 9-18.

NUDLER, Oscar. Introducción. In: *La racionalidad: su poder y sus límites*. Buenos Aires: Paidós, 1996, p. 13-28.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1997.

TOULMIN, Stephen. Racionalidade e razoabilidade. In: *Retórica e comunicação*. Porto: Edições Asa, 1994, p. 19-30.

VIANO, Carlo A. Los paradigmas de la modernidad. In: *El debate modernidad / posmodernidad*. Buenos Aires: El Cielo por Asalto, 1996. p. 175-193.

WOLFF, Francis . Nascimento da razão, origem da crise. In: *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 67-82.

O reformismo agrário nos países democráticos

Élcio Cruz de Almeida e Crysthian Drummond Sardagna

Sumário

1. Introdução. 2. Estado democrático. 3. A reforma agrária. 4. Reforma agrária na França. 5. Reforma agrária na Espanha. 6. Reforma agrária nos Estados Unidos. 7. Reforma agrária no México. 8. Reforma agrária no Brasil – previsão constitucional. 9. Conclusão.

1. Introdução

O contexto social, político e econômico que envolve o processo de Reforma Agrária nos países democráticos mostra-se bastante diversificado, devido mesmo às peculiares e variadas condições que vigoram na realidade de cada um dos países, quer política, quer social, quer culturalmente.

Os países do Velho Continente vieram a enfrentar a questão mais cedo que o Brasil. Nosso país não teve os movimentos sociais que no século XVIII democratizaram o acesso à propriedade da terra e mudaram a face da Europa. A França, por exemplo, passou pela grande revolução de 1789, a partir da qual se estruturou uma política reformista no campo.

No Brasil de hoje, discute-se com grande ênfase a questão agrária, tendo em vista o contexto político e social em que estamos inseridos, dando ênfase a movimentos organizados, dentro dos quais se destaca o “Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra”, que atualmente ocupam, além das terras, a mídia, buscando chamar a atenção para o problema da distribuição de terras.

Élcio Cruz de Almeida é Mestre em Ciências Biológicas, Bacharel de Direito, Pós Graduado em Direito Público, Professor de Direito Agrário da UFV – Universidade Federal de Viçosa.

Crysthian Drummond Sardagna é Bacharel em Direito pela UFV – Universidade Federal de Viçosa.

Para que tal problemática seja sanada, poderão ser percorridos dois caminhos. O primeiro deles parte de uma mudança política radical, como a ocorrida na Europa, enquanto o segundo, consoante a opinião popular, via Congresso nacional, tal como já ocorre no Brasil; sendo que aquele se caracteriza por métodos violentos e agressivos e esta por meios legais e democráticos.

É conveniente buscarmos conhecimentos a partir da observação dos erros e acertos ocorridos nos diferentes países, para que possamos desenhar e construir um modelo próprio para reformar nosso imenso mundo agrário. Não que venhamos a importar idéias de outros países a serem aplicadas ao nosso, onde a diversidade e os contrastes não permitiriam tal procedimento. Mas, conhecendo os erros e os acertos cometidos alhures, poderemos minimizar nossas falhas e avançar dentro do processo de reforma agrária, de acordo com os interesses e as concepções da sociedade brasileira.

2. Estado democrático

Nos dias atuais, a conceituação de Estado Democrático, no sentido da afirmação do governo democrático, equivalendo ao governo de todo o povo (incluindo uma parcela muito mais ampla dos habitantes do Estado), ao lado das influências gregas, nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo por meio da afirmação dos direitos sociais da pessoa humana. E foi por meio de três grandes movimentos político-sociais, que transpuseram do plano teórico para o plano prático os princípios que iriam conduzir ao Estado Democrático como o conhecemos hoje. Observa-se como o primeiro desses movimentos o que muitos denominam *Revolução Inglesa*, fortemente influenciada por Locke e que teve sua expressão mais significativa no Bill of Rights de 1689. O segundo movimento foi a *Revolução Americana*, cujos princípios norteadores foram expressos na Declaração de Independência das Treze Colônias Americanas, datada de 1776. Por fim, o ter-

ceiro movimento foi a tão exaltada *Revolução Francesa*, a qual teve sobre os demais a virtude de dar universalidade aos princípios, os quais foram expressos em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, sendo evidente nesta a influência de Rousseau.

A moderna conceituação do Estado Democrático vem permeada de princípios e diretrizes, devendo sempre estarem presentes para que possamos dizer que determinado Estado regula-se pelos ditames da democracia. Podemos destacar alguns desses princípios que permeiam o Estado democrático, quais sejam:

1) *A supremacia da vontade popular*, trazendo a questão da participação popular no governo, suscitando acesas controvérsias e dando margem às mais variadas experiências, tanto no que se refere à representatividade quanto à extensão do direito de sufrágio e aos sistemas eleitorais e partidários;

2) *A preservação da liberdade*, vista sobretudo como o poder de livre atuação, desde que não venha a ferir ou turbar os direitos do próximo, como também o poder de disposição sobre sua pessoa e seus bens, sem qualquer interferência direta do Estado;

3) *A igualdade de direitos*, entendida como a proibição de distinções no gozo dos direitos, sobretudo por motivos econômicos, bem como a não discriminação entre classes sociais.

3. A reforma agrária

A Reforma Agrária é tema de enorme controvérsia, constantemente debatido, desejada por muitos e odiada por outros tantos, sendo atualmente objeto de previsão em nível constitucional. Em nosso país, convivente com uma patente desigualdade social, ela surge como uma necessidade, um meio de se minorar as injustiças, gerando maiores possibilidades de trabalho, aumentando a produtividade e integrando o indivíduo ao tecido social.

O Direito, instrumento gestor, garantidor e mantenedor das relações sociais, que tem

como finalidade precípua o bem-estar da sociedade, não poderia deixar de tratar do tema, mesmo porque este foi elevado à categoria de instituto constitucional, estando presente na base de nosso sistema legal.

É fato que no Brasil são várias as normas que tratam da Reforma Agrária, ou mesmo, mais amplamente, de questões relativas às atividades campesinas. Contudo, deve ser dito que ela não interessa só ao campo, pois seus efeitos atingirão todo o complexo sócio-econômico do país, tendo influência sobre a vida de todos.

Há muito vem-se falando em Reforma Agrária, como meio de desapropriação de terras tidas como improdutivas, mediante pagamento de indenização ao antigo proprietário, com a finalidade de promover o assentamento de famílias. Mas é preciso aprofundar-se no estudo do tema para entender qual o verdadeiro conceito dessa reforma agrária, do que realmente se trata.

Em uma primeira análise, de cunho doutrinário, deve-se diferenciá-la da Colonização. Embora ambos se relacionem com questões do campo, tal relação se dá de forma diferenciada. A Colonização é um processo que visa ocupar espaços desabitados, fazendo com que neles sejam assentadas famílias, incorporando tais terras ao patrimônio produtivo. Em outras palavras, visa a Colonização a implantação de uma estrutura agrária, ainda não existente, em espaços vazios ou pouco povoados, sejam terras públicas ou particulares, objetivando o aumento da produção por meio do acesso à propriedade da terra.

A Reforma Agrária, por seu turno, como o próprio nome já está a indicar, visa reformar, modificar, uma estrutura preexistente, que não esteja funcionando adequadamente aos fins programados. Assim, partindo-se de tal estrutura, busca-se a sua reforma, para atender aos fins objetivados e que são, geralmente, de interesse da nação. Busca corrigir as relações jurídicas do proprietário da terra em face da sociedade e do Estado, para que a exploração da terra atenda aos inte-

resses sociais. Tem por finalidade adequar o direito de propriedade sobre o imóvel rural aos princípios da Política Agrária e do Direito Agrário.

No Brasil, a questão da Reforma Agrária está intimamente ligada à organização fundiária e à função social da terra. A questão fundiária consubstancia-se na maneira como são estruturadas as propriedades rurais no país. Vê-se que há dois males nessa forma de estruturação: de um lado, grandes latifúndios improdutivos e, de outro, minifúndios (glebas de terra com dimensão inferior ao Módulo da região), que não são capazes de sustentar seus proprietários, sendo ambas as formas prejudiciais e contrárias aos preceitos sociais.

A Função Social da Terra, conceito consagrado em nossa Constituição, visa basicamente a produção de bens de consumo, a partir de atividades econômicas sustentáveis, que permitam ao homem que lavra a terra evoluir econômica e socialmente, sempre respeitando o meio ambiente. No Brasil, não se observa o respeito a essa função social, uma vez que a organização fundiária carece da falta de uma Política Agrária conveniente, juntamente com a ausência de incentivos por parte do Governo. Com isso, não se vê a terra produzir o suficiente para a satisfação do trabalhador rural e/ou da sociedade, impedindo que se obtenha o almejado progresso econômico e social.

Do exposto, pode-se concluir que a Reforma Agrária no Brasil depende de duas medidas básicas, quais sejam, a reestruturação das propriedades rurais, dentro de uma política agrária permanente e bem definida, e o direcionamento de apoio ao campo, cobrando eficiência, com a reorganização da estrutura agrária vigente.

Em nosso ordenamento jurídico, está presente um número significativo de normas que versam sobre a estruturação fundiária, tais como a prioridade das terras devolutas para fins de reforma agrária, a criação de padrões ideais de propriedade, variando para cada uma das regiões (o denomina-

do Módulo Rural), entre outras. Contudo, apesar de essas diversas normas e até mesmo de a Constituição Federal tratar do assunto, para reformar o campo não basta simplesmente redividi-lo. Deve-se pautar por uma política de apoio ao produtor rural, garantindo-lhe estabilidade e maiores incentivos, criando uma estrutura adequada para a evolução do mundo agrário brasileiro.

Entretanto, em razão de nossa grande extensão territorial e das peculiaridades regionais, a inspiração para nosso processo de reforma agrária deve ser buscada em países que já viveram tal momento em sua história, procurando tirar lições dos erros e acertos obtidos, não para copiar, mas para se criar um modelo próprio, segundo nossas características e diversidades.

Para vislumbrar como o processo de reforma agrária se desenvolveu nos diversos países democráticos, passaremos a uma breve análise desse processo em alguns dos países onde a questão da Reforma Agrária foi discutida, vislumbrando formas para que as soluções lá adotadas possam servir de base para a formação do modelo brasileiro, respeitadas as peculiaridades e características inerentes ao Brasil.

4. Reforma agrária na França

O processo de reforma agrária da França teve como marco inicial a Revolução Francesa de 1789. Antes de tal data, as terras do território francês estavam concentradas nas mãos de uma oligarquia dominante. A revolução teve como um de seus fins a questão agrária, ressaltando a idéia de ser o latifúndio um vício social, prejudicial aos interesses da maioria. Após os atos revolucionários principados em 1789, as propriedades foram confiscadas do clero e da nobreza, sendo posteriormente vendidas, aumentando, assim, consideravelmente o número de novos proprietários rurais.

Terminada a Primeira Guerra Mundial (1918), um sem-número de leis foram promulgadas na França, com vistas a manter a

igualdade na distribuição das terras. Tais leis autorizavam as Comunas e os Departamentos a adquirir terras, vendendo-as, posteriormente, aos trabalhadores menos providos de recursos, constituindo pequenas propriedades rurais.

Nos últimos anos, tem aumentado muito a importância do Direito Agrário na França, com avanços consideráveis em seu estudo e sua doutrina. Tal se deve ao grande número de leis e regulamentos existentes, ainda um tanto obscuros, de aspecto supranacional, visando preparar e facilitar as modificações pelas quais vem passando o mundo agrário, mostrando os direitos e deveres dos indivíduos frente às novas instituições jurídicas vigentes na França, as quais vêm evoluindo dia após dia, sobretudo no aspecto atinente à questão agrária.

5. Reforma agrária na Espanha

Quanto ao processo de reforma agrária na Espanha, corretas são as palavras do Prof. Rafael Augusto de Mendonça Lima, segundo o qual “a Espanha sofreu, também, o mal do latifúndio”.

Esse mal originou-se das doações levadas a cabo pelos reis espanhóis, entre as terras conquistadas aos mouros, nobres e às cidades, que exerciam uma posse comunitária. No entanto, por circunstâncias diversas, as terras iam sendo alienadas, passando, destarte, com o correr do tempo, tal como na França, às mãos de uma oligarquia dominante.

Após diversas tentativas frustradas de sistematizar o Direito Agrário, com as conseqüências advindas da Segunda Guerra Mundial, a Espanha sofreu mudanças significativas nas leis que tratavam do assunto, vindo, finalmente, a atingir a sistematização almejada por meio da organização das empresas agrícolas, da limitação da posse e da propriedade, da citação dos direitos reais, da estipulação dos contratos agrários, entre outras medidas que contribuíram para o desejado regramento.

6. Reforma agrária nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos, o processo de reforma agrária ocorreu desde a sua fundação. Objetivou, naquela época, a organização do país sobre a pequena propriedade. Quando esse objetivo inicial foi alcançado, passou-se ao desenvolvimento dos latifúndios.

Daí se vislumbrar que, após a guerra separatista, todo o território estava repartido equitativamente, inicialmente no norte do país, e logo depois no sul.

7. Reforma agrária no México

A reforma agrária no México teve como elemento preponderante o fato de que uma grande parte dos imóveis rurais estavam concentrados nas mãos de um número ínfimo de pessoas, componentes da população rural do país. Em outras palavras, o processo de reforma agrária mexicano visou desconstituir a supremacia das grandes propriedades, por meio de uma nova divisão do campo.

O critério utilizado pelos mexicanos foi baseado no “ejido”, que é uma espécie de terreno comunitário e sem domínio definido, situado na entrada dos povoados, sendo destinado ao uso comum de todos os habitantes daquela localidade.

Dessa forma, as terras distribuídas no processo de reforma agrária foram doadas para as comunidades, pois o ejido era passado à coletividade e não a uma ou algumas pessoas. Esse esquema de distribuição de terras estava consignado no artigo 27 da Constituição Mexicana de 1917. Apesar de tal artigo constar do capítulo referente às garantias individuais, a garantia era mais para a sociedade do que para o indivíduo.

Também no México a propriedade das terras e águas é originalmente da nação, a qual tem o direito de transmitir o domínio das mesmas aos particulares, constituindo propriedades privadas. Nesse caso, longe de constituir uma garantia da propriedade, parece mais haver uma radical ruptura com

a existência da propriedade privada no sentido clássico, pois se atribui o domínio das terras e águas exclusivamente à nação, a qual só transmite aos particulares o mero domínio direto, constituindo, assim, a propriedade privada um modo de propriedade *sui generis*, que consiste no domínio da coisa possuída, não tendo o seu titular os três atributos do Direito Romano, com os quais passou ao nosso Direito.

A bem da verdade, dizem os críticos, as terras atribuídas ficaram nas mãos dos detentores do poder, disfarçados atrás dos pequenos proprietários. Houve tão-somente a ilusão da pequena propriedade. As grandes empresas apenas deixaram para os ejidos as terras pobres, pouco produtivas e as de culturas pobres, como o milho, monopolizando as terras mais férteis, de culturas ricas, como a de cana-de-açúcar, algodão, e a propriedade privada, ambas garantidas pela legislação agrária mexicana.

8. Reforma agrária no Brasil – previsão constitucional

A Constituição Federal de 1988 manifestou-se a respeito da Reforma Agrária no Brasil, sendo que seu artigo 84 estabelece a competência da União para a desapropriação do imóvel rural para fins de reforma agrária. Porém, tal competência outorgada à esfera federal de governo não é de toda ilimitada. É competência privativa da União a legiferância no que tange à desapropriação, mas, conforme prescreve o artigo 22, inciso II, da Lei Maior, essa competência privativa poderá ser delegada a outros entes jurídicos de Direito Público Interno (Estados-Membros e Municípios).

Concomitantemente, o processo de reforma agrária deverá obedecer aos interesses sociais, nos termos precisos do *caput* do artigo 184 do texto constitucional, incidindo sobre o imóvel rural que não estiver cumprindo a sua função social. Tal função dita social relaciona-se ao atendimento, por parte da propriedade, dos anseios da coletividade.

de, enquanto setor primário, organizando fatores e produtos, nos moldes do artigo 186 da Constituição Federal, quando consegue um aproveitamento racional e adequado da terra, utilizando os recursos naturais disponíveis, preservando o meio ambiente, respeitando os direitos dos trabalhadores e buscando o bem-estar e o desenvolvimento sócio-econômico de todos.

A desapropriação para fins de reforma agrária far-se-á mediante prévia e justa indenização ao proprietário do imóvel rural, mediante a emissão de títulos da dívida agrária. Num primeiro estágio, procede-se a uma avaliação do imóvel para que se atribua um justo valor. Por outro lado, a União fixará, anualmente, o volume total dos títulos da dívida agrária a serem emitidos. Desse títulos constará uma cláusula a respeito da preservação do valor real (de mercado) dos mesmos, que poderão ser resgatados num prazo de até 20 (vinte) anos, a partir do segundo ano de sua emissão. Ao mesmo tempo será regulamentado por lei todo o processo de reforma agrária, incluindo o modo de emissão e resgate dos referidos títulos.

O interesse social de um imóvel rural será assim declarado por Decreto, que autorizará a União a propor ação de desapropriação perante o proprietário do bem. À Lei Complementar caberá dispor sobre o procedimento contraditório especial a ser observado, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

Não é qualquer imóvel que está sujeito ao procedimento desapropriatório para fins de reforma agrária, como, por exemplo, a pequena e média propriedade rural, a empresa agrária e a propriedade produtiva, desde que o proprietário não possua outra propriedade, os quais estão fora da relação de imóveis passíveis de serem desapropriados.

Ante o exposto, temos que a reforma agrária encontra-se pautada em lei específica, a qual tratará, entre outros temas, da política de desapropriação de terras improdutivas. Fixar-se-ão normas para que sejam

cumpridos os requisitos necessários de atendimento à função social da propriedade.

Esse texto legal funcionará como o pano de fundo do reformismo agrário no Brasil, imbuído, como se vê, de relevante importância. Como reza a Constituição, não traçará somente a política de desapropriação e distribuição de terras, tendo também um fundamento de extremo valor, representado pela política agrícola. Logo, deverá haver consonância entre as *ações de reforma agrária* e as *ações de política agrária*.

A lei que vier a regular os aspectos atinentes à reforma agrária deverá versar a respeito do planejamento e da execução da política agrária, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, como também os setores de comercialização, armazenamento e de transportes, levando-se em conta instrumentos creditícios e fiscais; os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia da comercialização; o incentivo à pesquisa e à tecnologia; a assistência técnica e a extensão rural; o seguro agrícola; o cooperativismo; a eletrificação rural; o devido saneamento para o produtor rural. Agasalha, ainda, tal planejamento as atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais. Essa lei básica de que dispomos é a Lei nº 4.504/64, conhecida como “Estatuto da Terra”.

Uma vez percorrida a política agrária, dá-se mais um passo em direção à política reformista, vindo à tona a distribuição das terras desapropriadas. Estas, além da destinação das terras públicas devolutas, serão compatibilizadas com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária.

A alienação ou concessão para o uso das terras públicas, independentemente de sua dimensão, poderá ser feita sem a aprovação do Congresso Nacional, para fins de reforma agrária. Os beneficiários dessa contribuição receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de 10 (dez) anos. Se, durante esse lapso temporal, o assentado vier a negociar a terra, tal

negócio será nulo, em virtude da impossibilidade de a terra (objeto) figurar no contrato, sendo necessário que, nesse interregno de tempo, aquele que recebeu o imóvel o torne produtivo, zelando pela sua conservação.

9. Conclusão

Todos os povos, já há bem tempo, formaram uma consciência no tocante à necessidade de mudanças em suas estruturas agrárias, visando sempre uma maior e melhor produção e distribuição de gêneros alimentícios e a correta divisão das propriedades rurais. Esse processo, chamado de *Reforma Agrária*, daria, então, trabalho ao homem do campo, aumentaria a produção de alimentos, reduziria as desigualdades, combateria o êxodo rural e melhoraria a distribuição da renda, enfim, traria desenvolvimento para o país, juntamente com paz social.

Mas vemos com tristeza que até hoje a única certeza que existe é a de que a reforma agrária deve ser realizada de forma urgente. Contudo, não se sabe ao certo como fazê-la; ou seguindo as revoluções sangrentas, operadas pela rebeldia das massas (vide MST), ou seguindo a forma legalista, dos Estados Democráticos de Direito, em que se resguardam os métodos parlamentares democráticos.

De uma forma ou de outra, a reforma agrária permeia-se de ônus e seus bônus para o país. Tal fato, aliado às particularidades de cada Estado, tornou cada um dos processos de reforma agrária realizados pelo mundo um processo peculiar e próprio. Daí a dificuldade de se buscar a confecção de um modelo a ser aplicado em países que

carecem de reforma em sua estrutura agrária, como o caso do Brasil.

Na Itália, a qual passou por uma reforma agrária pacífica, detectou-se o equívoco do apoio no minifúndio, combatido até pelos reformistas socialistas. Além disso, assim como ocorreu no México, o processo foi permeado de grandes fraudes envolvendo empresas e grupos poderosos, que se ocultaram por detrás dos pequenos proprietários. Na China, país de cunho socialista, o reformismo foi popular e teve um caráter liberal e progressista, segundo o entendimento do professor Pinto Ferreira. Mas esse modelo, que usou taticamente as massas camponesas, fazendo a revolução partir do campo, de acordo com o economista Roberto Campos, foi adotado em outras sociedades pré-industriais e pré-capitalistas e resultou em fomes periódicas (Jornal FOLHA DE SÃO PAULO, 30.06.96, BRASIL, pág. L-4).

Sendo assim, são inegáveis os perigos que permeiam a reforma agrária nos países democráticos, conforme dito anteriormente, principalmente pela impossibilidade de haver um modelo que se diga possa servir de exemplo. Ainda mais para um país como o Brasil, de democracia recém consolidada e que ainda faz constar de sua história recente episódios como o de Eldorado dos Carajás e do Pontal do Paranapanema.

Mas, como leciona o ilustre professor Pinto Ferreira, “a Reforma Agrária é indispensável, devendo ser medida de acordo com os critérios científicos, e não com o sentimentalismo”. E complementa, dizendo: “Ela é inevitável, sobretudo porque nossa estrutura agrária permanece obsoleta e antiquada. *E o direito deve antecipar-se à rebeldia das massas*”.

Hermenêutica *generalis*. Sobre a formação da “opinião” jurídica pelos argumentos jurídicos no limiar do século XXI

Kelly Susane Alflen da Silva

Sumário

1. Introdução. 2. Colocação do problema. 3. Formação da “opinião” jurídica e argumentos jurídicos. 4. Formação da opinião jurídica e jurisprudência dogmática. 5. Conclusão.

1. Introdução

Será melhor que se corrija o modo de construir a *Jurisprudência*¹, antes que esta se degenere em uma sorte de mortificação espiritual (SILVA, 2000, p. 197 e 379). Ainda hoje, argumentos jurídicos que formam a “opinião” jurídica parecem estar assentados sobre o anátema do uso da razão absoluta, fundante da teoria da Ilustração e constituinte da fonte de prejuízos em sentido negativo, juridicamente prevalecente (Idem, p. 255). Isso, porque a idéia de uma razão absoluta advinda da Ilustração *não* está fundamentada no sentido de que a autoridade das pessoas se encontra em um ato de conhecimento e de reconhecimento para que se possa distinguir o que é opinião do que é verdade (p. 256), mas, sim, na noção de que a autoridade usurpa o lugar de um juízo, num ato de submissão ou abdicação da razão de outrem. E é com base nesse sentido advindo da Ilustração que o jurista não-histórico², i.e., sem uma *wirkungsgeschichtlichen Bewußtsein*³ (consciência da história efetual), pretende, por exemplo, “completar uma la-

Kelly Susane Alflen da Silva é Professora da Faculdade de Direito da PUC-RS e da ULBRA, Mestre em Direito Público, Doutoranda em Direito e Advogada.

cuna na compreensão” por meio da sua opinião individual e pelo modo de ação dos argumentos jurídicos. Isso sim, porém, é uma *lacuna* que se pode considerar penosa, quando nesse sentido se consuma a compreensão dos juristas a respeito do que vem a ser “fontes”(ESSER, 1979, p. 5) em especial por aqueles que desempenham a atividade judicial, e assim é que fazem perdurar a noite que se chama Ilustração (RADBRUCH, 1973, p. 82).

A tarefa a ser desempenhada por meio da decisão judicial, porém, deve ser concebida como outra, que a de meramente desempenhar uma justificação argumentada do *Normtext* (texto de norma), baseada na autoridade legislativa, quando a questão problemática se projeta para mais além, quando a formação da opinião jurídica, em realidade, a *opinião do direito*, apresenta-se como tarefa a ser elaborada, construída, também, por meio da apreciação judicial e não (só) como conteúdo de umas disposições jurídicas, de textos (legais) ou princípios (o problema da exatidão das proposições normativas). Por isso, apesar de poder parecer algo trivial dizer-se que os argumentos jurídicos refletem a orientação de cada época em relação ao problema da exatidão do direito, parecem constituir um caminho atrativo para se poder observar a variação, *na compreensão mesma dos juristas*, da concepção sobre as “fontes” do direito e sobre a autoridade jurídica (ESSER, 1979, p. 6) assim como a base dessa concepção na tradição (*Überlieferung*), razão ou poder político, *desde* o emprego dos argumentos jurídicos pelos juristas (teóricos quanto práticos), porque o emprego destes depende imediatamente da pré-compreensão (*Vorverständnis*) dos juristas. E, com vista nisso que apresentar os problemas prováveis fundantes da dificuldade da formação da opinião jurídica por meio da elaboração jurisprudencial, bem como o apontamento de uma provável via de solução para a superação da apresentação simplificada dos argumentos jurídicos, consiste no propositado desiderato deste texto.

2. Colocação do problema

Em função disso, deve-se na verdade continuar trabalhando, no limiar deste século, sobre o problema situado numa contraposição entre uma concepção normativo-idealista e casuístico-pragmática⁴. Elaborar a formação da opinião jurídica por meio de algumas disposições jurídicas, textos ou princípios, só possibilita a realização do controle sobre a elaboração conceptual e dogmática dos fundamentos de sentença (não só), o que, em outras palavras, significa dizer que só possibilita o controle da exatidão da aplicação da lei, de forma tal que o desígnio da coerência racional se realiza no sentido em que algo *quod no est in lege, nec in iure*. O que, em outras palavras, significa o mesmo que, se exigir

“(…) uma neutralidade hermenêutica que veta ao intérprete, juiz ou jurista teórico, remontar à instância metajurídica, ética, social ou econômica, limitando-os a interpretar objetivamente as valorações normativas que determinam a disciplina positiva das relações, as quais são imanentes à ordem jurídica”(SILVA, 2000, p. 223).

E justamente isso é um dos fatores que tem condicionado os juristas a uma subordinação a um dos dualismos da modernidade (KAUFMANN, 1998, p. 8), qual seja, o binômio relacional *subjetivismo/objetivismo*, imanente à teoria tradicional do conhecimento e que, juridicamente, evidencia-se no respeitar as regras do pensamento da norma e no adequar o artigo de ordem ao julgamento do caso, obtendo-se segurança jurídica e justiça (ESSER, 1979, p. 6). Dessa forma, não só é mantida uma postura subjetiva ingênua pelos juristas a respeito da segurança jurídica, que triunfa com o apoio da dogmática irrefletida, mas também se dá a negação de que à natureza das coisas deve a *Jurisprudência* (não só) farta messe. Justo sobre esse fundo teórico artificioso, portanto, que o solo das leis resta livre para poder operar, em razão da supressão da razoabi-

lidade fundamentada dos argumentos sobre o solo dogmático e sua linguagem. Assim é que a segurança jurídica e a objetividade parecem ser, ambas, alcançadas nesta autarquia do ofício científico da prática judicial.

O que, em realidade, corresponde à condição de decidir em juízo pela lei e pelo direito, já que este último está, totalmente, situado no dilema da *dubiedade* de opiniões jurídicas e, mesmo quando isso vem a dificultar a confirmação do direito na lei por meio da compreensão prática (dos juristas práticos), continua ainda servindo para uma aplicação silogística da lei. E, embora desse modo se consiga estender os argumentos de solução para um novo problema – e isso é próprio do emprego da tópica no âmbito do direito privado –, surge, junto disso, a colisão de normas e a antiga fragilidade da lógica do sistema, porque o Direito, como diz A. Kaufmann, não resulta de uma natureza, concebida como sempre, nem simplesmente da formulação geral-abstrata da lei, pelo contrário, estas são, de certo modo, só matéria-prima, da qual, sob um ato de formação processual (a jurisprudência e, em geral, a atividade jurídica), deve surgir o direito concreto (1998, p. 42). O que não é nada novo, pois Tomás de Aquino já disse ser o direito uma *actio iustitiae*⁵. Portanto, embora no momento da decidibilidade a tomada de decisão, pelo juiz, transcenda qualquer relação que possa ser haurida com a lei, não é só pela diferença entre produção e exposição dos resultados decisórios, pelo problema da divisão dos poderes no Estado de Direito Contemporâneo, pelos conceitos de “lei” e “direito”, mas, sobretudo, pelos problemas da práxis judicial que não se pode, desde então, considerar-se o postulado da vinculatividade judicial ao “direito” da mesma maneira que a lei.

Não obstante isso, por um lado, no império pragmático, a opinião jurídica do regime positivo vigente e a explicação discursiva em torno de um direito vigente obtêm significado constitutivo a partir dos argu-

mentos dogmáticos ou retóricos, de que no domínio fundamental de opiniões subsistem as provas de veracidade em razão da ocupação com o vencer o correto no processo (ESSER, 1979, p. 7). Por outro lado, no império ideal do pensar a partir do *Normtext*, no qual o discurso tem como intento comum a busca da “verdade jurídica”, permanece uma falha que tem o sintoma da deficiência humana, que não está no dilema do pensar por regra e exatidão pragmáticas, porém, por ter de existir *só uma* verdade jurídica objetiva (quando ao menos rigorosamente medida), que é obtida por meio de artifícios da aplicação legal metódica. É por isso que não se forma uma opinião jurídica judicial: o juiz apenas tem uma convicção *jurídica*, assim como ele tem uma convicção dos *fatos* (ESSER, 1979, p. 7). Ou, de outra forma, apenas exerce uma atividade contemplativa/reprodutiva em função normativa⁶. Dessarte, o objeto do empenho científico não é razoável, pois enquanto estiver sendo projetado “idealmente” tal qual um objeto ideal *belo-fato platônico* (SILVA, 2000, p. 132) e, por conseqüência, em um sentido ingênuo, esse empenho dependerá da realização de opiniões pré-concebidas (sentido negativo) e incontroladas, impossíveis de serem abarcadas por uma compreensão metódica, porque passam longe do texto da tradição e da própria estrutura interna das normas (SILVA, 2000, p. 360 e 362). Isso é o que, todavia, ainda hoje, compreende-se hermeneuticamente como uma investigação metodológica, de um lado, e como investigação sociológica, de outro lado, como resta demonstrado no pensamento de C. Maximiliano.

Em relação a isso, deve-se afirmar, sobretudo, que se trata de uma limitação do método científico ao puramente racional – advinda de supino do racionalismo da Ilustração –, que mantém o intelecto dentro do lindeiro do inteligível, i.e., no sentido em que a este só é possível adjudicar-se o que já estiver sob o domínio da ordem do reconhecido de antemão e, dentro desses limites, a

ratio deve ser compreendida como o “entendimento confiável” que trata de perceber tudo clara e distintamente (KAUFMANN, 1998, p. 26). Particularmente, é dentro do domínio desse racionalismo que se afigura um direito sem conteúdo, e que persiste até hoje, em que só se computa *racional* – em especial, hoje, diante dos teleprocessos eletrônicos – o entendimento confiável, que não possibilitou o dar-se uma filosofia do direito de conteúdo, que interrogue pelo direito de conteúdo (justo) (KAUFMANN, 1998, p. 27), e que de fato foi refutada de vez no século XIX, pela chamada Teoria Geral do Direito, ao ter estigmatizado uma filosofia de conteúdo (justo) como anticientífica e antikantiana, limitando-se, para tanto, a análises conceituais e estruturais (KAUFMANN, 1998, p. 28), pois essas, unicamente, são acessíveis ao método confiável.

Essa concepção de mundo não pode permanecer por mais tempo, onde conhecimento diz respeito a um mundo em sua totalidade constituído num unívoco sistema fechado, com juízos verdadeiros adequados às suas representações conceptuais apartados da tradição⁷ e da situação na qual se encontram inseridos e, especialmente, no âmbito da Teoria do Direito, pois o que importa, propriamente, não é mais o combate para vencer a melhor opinião, no sentido de uma *antinomia* específica do processo interpretativo (E.Betti), i.e., no sentido de se realizar o encargo de entender o discurso melhor que o próprio autor⁸, porém, é a própria *ocupação* (Heidegger) com os modos de argumentação como possibilidade para trabalhos jurídico-científicos, porque, no fundo, os aspectos problemáticos da formação da opinião jurídica pelos argumentos jurídicos estão relacionados com a busca da superação de um dos dualismos da contemporaneidade: o binômio relacional sujeito-objeto. Se a formação de opinião e seu resultado representa o conteúdo da *Jurisprudência*, importante que a formação dos juristas se dê desde os dados reais (*Realdaten*), não desde os platônicos ou contemplativos, porque

também é em função disso que, hoje, apesar de todo opinar, parece-se sempre pretender algo repugnante por não se possuir um mínimo de razoabilidade possível diante dos dados reais (*Realdaten*) (ESSER, 1979, p. 8).

A fundamentação da decidibilidade nas decisões judiciais, ao resolver a hermeticidade da fórmula do texto legal original por intermédio de uma fórmula representativa adequada (SILVA, 2000, p. 198), em realidade, apenas reflete a via argumentativa percorrida judicialmente e, dessa forma, pode-se reconhecer, sobre a fundamentação/justificação nas decisões judiciais, a coesão ou não entre a motivação original e a pré-compreensão judicial mesma. Além disso, pode-se reconhecer, pela cumulação de argumentos heterogêneos, pelo pretextar de uns princípios que proíbem o revelar do direito na afirmação formal de uma convicção *formal* conciliada com uma motivação política, a intenção com a decisão – onde o juiz se faz um oportunista por uma pretensão de direito, já que decisões contrárias à autoridade obrigatória persistem sendo negadas, e com isso, sobretudo, pontos decisivos, por mal exemplificarem, estes, posições políticas e tendências sociais (SILVA, 2000, p. 381). Nesse sentido é que os argumentos podem ser (re)construídos com a mesma frequência com que têm (co)determinado a via para a escolha de uma entre variadas possibilidades de interpretação, tanto que eles (co)determinam, em parte, a consciência da pré-compreensão político-jurídica (ESSER, 1979, p. 9). Então, os argumentos (co) determinantes são, freqüentemente, agregados aos pontos de vista da interpretação oficial como observações ético-jurídicas ou prático-sociais, em especial pela necessidade da repercussão de uma compreensão discrepante da não oficial (ESSER, 1979, p. 10) (para que haja uma compreensão oficial).

No âmbito forense, na verdade, tem-se claramente um escasso estilo de argumentação, senão só uma crítica regular quanto ao conteúdo da opinião jurídica, naturalmente, feita no marco dos limites dogmáti-

cos. Isso porque o discurso judicial não tem nenhuma (ou quase nenhuma) prática científica. Desse modo, os consensos jurídicos são realizados por “consideração” e por “correção” das soluções sob a aprovação dogmática, que cinge as possibilidades de justiça material. Na verdade, é dentro desses limites que são introduzidos, de tal modo, as fontes incontornáveis de irracionalidade na prática jurídica (SILVA, 2000, p. 383). Prática jurídica, que aqui, nos limites deste texto, está-se a fazer emprego com base no sentido que possui para mais além de uma noção inautêntica (*Heidegger*), mas no sentido em que possibilita seja recepcionada não tanto a atividade prático-forense quanto a atividade prático-científico-jurídica, porque também esta requer uma habilidade prática⁹. Com isso, portanto, chega-se ao cerne da questão problemática a respeito da formação da opinião jurídica pelos argumentos jurídicos.

3. Formação da “opinião” jurídica e argumentos jurídicos

Em realidade, o que se pretende aqui, ao se produzir um direcionamento para uma transformação da noção sobre a tarefa da formação do conhecimento no âmbito jurídico em relação ao estilo de argumentação jurídica existente, que se caracteriza pelo liame vinculativo entre a norma (texto) e o imperativo da razão, portanto, é a superação da apresentação simplificada dos argumentos facilmente deduzidos a partir da codificação (lógico-conceptuais e sistemáticos), que não prescindem de uma aplicação jurídico-casuística aperfeiçoada pela motivação das formas retórico-discursivas, e por isso, apesar de simplificados, são contidos de autoridade. Baseiam-se sobre um consenso de valoração, fixado dogmaticamente, ou em pontos de vista *ad hoc*, constituídos em torno de uma decisão plausível ou concludente (ESSER, 1979, p. 14), para a qual só interessa a relação de enunciados (KAUFMANN, 1998, p. 60). Nesse sentido que o

trabalho da argumentação jurídica parece sempre se assemelhar, pois, em outras palavras, limita-se à remissão para opiniões soberanas no meio ou reconhecidas¹⁰, com assento sobre uma normativização com autoridade (justificação) ou uma dogmática “eficiente”. Esses argumentos (prévios) devem só ser formulados de forma que possam ser *entendidos* e concluídos a partir de critérios dogmáticos prescritos doutrinária ou normativamente, concluindo-se junto ao caso jurídico decisões para questões controversas atuais sobre esses prejuízos (ESSER, 1979, p. 15).

Conseqüentemente, esses argumentos não são compreendidos nem em sua origem lógico/sistemática, porque, como toda dogmática, forçam a antecipação do consenso de validade nesse âmbito de autoridade do sistema legal e lógico, e onde eles não são suficientes, abre-se o campo da argumentação retórica sobre a autoridade da razão (ESSER, 1979, p. 17). Daí dizer-se que a própria ponderação racional de uma decisão prévia também é um argumento prévio prescrito, que se limita à discussão sobre a sua correção ou plausibilidade pragmática, tornando-se à questão sobre a *Vorverständnis, Wahrheit und Methode* por um lado, e que a argumentação tópica coloca a concepção do direito judicial em suspenso por outro lado, já que nem toda forma de argumentação se extenua na intenção dos pontos de vista geralmente aceitos e/ou sobre um fundo de máximas reconhecidas, que valem como extrato da experiência e da prática jurídicas.

Na verdade, isso pertence às estratégias da retórica, preferir sustentar um pré-consenso que não pode opor-se com franqueza ao destinatário sem jogo ou perda de vista, e, dessa forma, suspende-se, ao invés de pretender fortalecer a capacidade de consenso, a partir da apreciação da particularidade dos casos com base na autoridade da razão subordinada a uns consensos sobre justiça, razão e, assim por diante, quando se toma textos semelhantes e sistemas evidentes na

pretensão sobre uma razão e consciência jurídicas, porque a própria compreensão por parte dos juristas não-históricos assim impõe apelação aos pontos de vista geralmente aceitos. Entretanto, como a tópica tradicional pode ser erigida como a peça medular do método retórico clássico, pode-se afirmar, com isso, que a mentalidade dos juristas teórico-práticos e a dos retóricos é a mesma (VIEHWEG, 1964, p. 48). Afinal, existe uma identidade de atitude que não deixa de ser substancial para uma consideração da *Jurisprudência* desde o ponto de vista da Teoria da Ciência do Direito.

É nesse sentido que uma observação retórica dos pré-consensos reciprocamente aceitos direciona para o tradicional fenômeno do encargo hermenêutico (*E. Betti*): o de que existe um *esforço interpretativo* (SILVA, 2000, p. 55-56 e 432) a ser feito, que se encontra sob a condição de conceitos gerais. Por isso, pode-se falar de um círculo argumentativo, justo, porque o resultado do discurso prático criador de consenso é dependente da produtividade de determinados pré-consensos, ou, em outras palavras, porque o pensar da “universalidade” é reconhecido como condição do pretendido consenso a ser empregado no discurso prático (ESSER, 1979, p. 18). Porém, aqui, justamente, pode-se colocar a seguinte pergunta: é dependente da produtividade de determinados pré-consensos, mas pré-consensos em que sentido? A considerar que o princípio de argumentação requer o cumprimento do princípio do consenso e este do princípio de convergência, pode-se comparar com a fórmula usual, para todo jurista, da *conditio sine qua non*, que serve não só para se verificar a conformidade de uma afirmação ou negação de causalidade, mas também para auxiliar no controle de plausibilidade e convergência.

Baseado nisso, portanto, poder-se-ia, ao menos, deslocar o consenso sobre o conceito de norma consolidado institucionalmente, ou se destacar o consenso da decisão judicial perante o problema (*Fr. Müller*). Por-

que, no âmbito da tópica, por exemplo, que, dentro dos seus limites, erige uma teoria material do Direito – por possuir, incomparavelmente, base mais sólida para acometer posições enfraquecidas do positivismo jurídico –, os argumentos tópicos não servem para obter uma conclusão supostamente obrigatória com base em premissas só pretensamente verdadeiras acerca de questões, efetivamente, que só permitem aparente opinião e, por consectário, permitem conclusões erísticas.

Em contraposição, segundo argumentos tópicos, é suficiente a decisão baseada em premissas exsurgentes do próprio diálogo entre partes, pois nele estão contidas a maior parte das informações ou as melhores informações (ESSER, 1979, p. 23). Nesse sentido, onde se encontra o combate entre “opinião-como-opinião” com a tópica, não se coloca a pergunta pela verdade objetiva, porém, pela capacidade de convencimento da argumentação para contestar uma conclusão resultante como “probabilidade”, que pode ser exitosamente realizada sobre premissas, pois a lógica da determinação dessa “probabilidade” é simplificada às deduções plausíveis a partir de premissas aceitas (ESSER, 1979, p. 24). Como essa conclusão tem a mesma força de convencimento que a própria opinião das partes, não passa esta de uma concessão da Justiça, que aumenta de acordo com a aceitação geral das premissas. Não obstante, isso significa *não pretender valor verdadeiro, porém, só valor de plausibilidade, ainda que tal não se esclareça* (ESSER, 1979, p. 24). E a plausibilidade é apenas o predicado da premissa, que assume o qualificativo resolutório correspondente à tensão problemática (SILVA, 2000, p. 168); é o revestimento discursivo que se apresenta como um resultado ótimo a partir da consideração dos pontos de vista relevantes (geralmente aceitos).

Em vista disso, tal otimização, no âmbito pragmático, é apenas o resultado de uma ponderação de valores conforme ao alcance do consenso dos juristas, embora este só obtenha o caráter efetivo de solução após

ser considerado pela jurisprudência tópica do momento, tornando compreensível a preocupação dos juristas. A maior força de decisão para a realização da ponderação de pró e contra serve, então, para a realização da decisão sobre um conhecimento conceptual controlado. O que forma a linguagem oficial dos discursos jurídicos, portanto, não é o discurso das partes, porém premissas idôneas que correspondem a uma linguagem de valoração/*contemplação* das circunstâncias da vida quotidiana por meio de segundas expressões pragmáticas¹¹.

Entretanto, quem determina a formação da opinião jurídica pelo emprego de argumentos de maneira puramente formal deve, honradamente, admitir, por uma parte, que, se uma opinião tal só pode ser justificada com base em um consenso formal (KAUFMANN, 1998, p. 61), por outra parte, com isso, consegue-se só a formação de muitos estereótipos e metáforas (ESSER, 1979, p. 25) na argumentação jurídica, ignorando-se a pretensão existente a partir do dito que se oculta na pretensão tradicional da propugnada clareza, o que não passa de uma atividade exercida de modo puramente contemplativo e intransitivo (SILVA, 2000, p. 226). Com fundamento nisso, pode-se, no entanto, apontar a debilidade de *teorias processuais puras*, como, por exemplo, a de Niklas Luhmann, esboçada conforme o paradigma (*horribile dictu!*) de Talcott Parsons, para a qual a verdade e a justiça têm apenas um caráter simbólico, ou, ainda, as *teorias processuais* da verdade e da justiça como, por exemplo, a do jusfilósofo John Rawls, consagrada em sua obra *Theorie of Justice* (que, de certa forma, remete a um renascimento de Rousseau, Hobbes, et al.) – esse registro, no entanto, não deve significar que se disse o essencial sobre essas teorias, porém, que essas teorias superam o tema que se desenvolve –, porque consideram o consenso como possível de ser obtido sem experiência histórica (Gadamer), sem algo de conteúdo.

Assim, ao invés de a reflexão emergir a respeito da pergunta retórica “para onde

isso vai?”, porque tal tem o mesmo fundamento objetivo que a própria forma retórica clássica, *i.e.*, porque a racionalidade do perguntado tem sempre a racionalidade do objetivo, ao menos sob o ponto de vista da conservação do interesse, deve surgir sobre o como é realizado um argumento científico em sua fundamentação (ESSER, 1979, p. 25).

4. Formação da opinião jurídica e jurisprudência dogmática

Efetivamente, porém, a jurisprudência dogmática oficial não tem-se interessado pelo objetivo concreto da norma, pois os argumentos no âmbito judicial são pontos de vista *ad-hoc*, motivados a partir dos pontos de vista da experiência geral dos *topoi* e de máximas éticas¹² (*objetivismo*) e da experiência da *praxis* individual (ESSER, 1979, p. 16) (*subjativismo*). Também nos conceitos fundamentais não se encontram apresentados os seus fins, porém, apenas conceitos, e dessa forma pode-se dizer que a dogmática tem pré-moldado essa relação do fim na própria formação dos conceitos jurídicos e do sistema. A propósito, “(...) *ist auch für das Zeitalter des Rationalismus bezeichnend, da**b**ein positiver Begriff des Irrationalen die Reichweite der Rationalität sogleich begrenzte*”¹³. Nesse sentido é que os argumentos dogmáticos atribuem uma garantia objetiva de justiça à aplicação jurídica, refutando qualquer possibilidade de se afastar uma conclusão lógica ou sistemática e de tornar plausível uma proposição tópica que contraria ou não observa o suficiente o consenso ou prioridades de valor estabelecidos juridicamente (ESSER, 1979, p. 27). Os argumentos dogmáticos, desse modo, perante a dúvida obtêm a maioria e, por conseqüência, uma plausibilidade. A partir disso, pode-se afirmar que o argumento dogmático simula a busca da verdade científica, em vez de permitir ser decidida a formação da opinião jurídica pelo processo dialético (ESSER, 1979, p. 28).

Por isso, a dogmática tem-se apresentado como a própria *lex lata*, podendo-se interpretar a pretensão de justiça com apoio nesse estilo de argumentação como um controle sintático, em que as conclusões são obtidas a partir de premissas que ocultam uma justiça material. No estilo de argumentação tópica, ao menos o consenso é obtido a partir de uma situação mediata, em que premissas são substituídas por hipótese diante do problema situativo, sendo possível perguntar-se, ao menos em parte, pelos fundamentos de uma valoração igualada ou diferenciada (ponderação) e pela própria questão da valoração¹⁴.

Por meio do estilo de argumentação dogmática, a jurisprudência aspira uma validade preestabelecida do direito que deve ser concretizada no ato da aplicação da lei pela apresentação de uns argumentos lógico/sistemáticos constitutivos de um fundo dogmático que funciona como garantia adequada de racionalidade (ESSER, 1979, p. 28). Porém, em nenhuma parte mais, pode-se articular critérios de decisão normativa generalizada sem se fazer tais distinções perante dados reais (*Realdaten*), não podendo remanescer a jurisprudência adstrita a um tempo: ao da sabedoria de uma providência legal e da infalibilidade dos juízos jurídicos numa seleção dos fatos e do manejo da lógica e semântica jurídicas. Assim, ela não está mais sujeita ao dogma da probabilidade de uma unívoca concepção jurídica correta junto dos métodos e procedimentos manipuladores corretos. Isso serve, ao menos, para apontar a argumentação lógico-demonstrativa falaciosa sobre as leis e, nesse sentido, a forma de argumentação tópica possui um melhor potencial de racionalidade (ESSER, 1979, p. 29) – já que, ao permitir o erigir de *prós* e *contras*, constitui-se, ao menos, num meio extraordinariamente eficaz contra o simplismo do operacionismo jurídico que marcha cegamente para o seu objetivo (VIEWEG, 1964, p. 32). Sim, potencial, pois não sustenta nem uma garantia em relação aos vícios análogos aos de uma argu-

mentação dogmática, possivelmente existentes, tais como, por exemplo, o emprego da forma metafórica depreciativo da jurisprudência dogmática, nem um monopólio da argumentação dogmática.

Agora, uma objetividade jurídica, conforme pode ser advogada por meio da argumentação dogmática, não pode ser obtida em torno de uma racionalidade “pura”, cuja “pureza” se torna tão estéril, como diz A. Kaufmann, que não se sabe nada (1998, p. 13) – essa exigência pela objetividade jurídica no sentido de um conceito ideal é, antes de tudo, uma exigência pela própria racionalidade do trabalho jurídico, que deve ser controlado e discutido, e por uma justiça objetiva no sentido da inclusão das prescrições jurídicas e dos elementos objetivos da normatividade, na concretização – da exatidão da decisão a ser produzida no sentido de um racionalismo metódico (*Galilei e Newton*)¹⁵ “(..) *wie ein Mechanismus zu 'funktionieren' und zugleich wir selbst zu sein*”¹⁶.

Em realidade, a primeira tarefa a ser realizada quando se fala sobre racionalidade (não só) é verificar o conceito articulado, palavra fundamental do pensamento ocidental, que nos determina. Seguramente esse termo não acontece como uma palavra conceptual, pois, antes mesmo da linguagem e do seu uso, está o pensamento do pensador (*Goethe*) – como amplitude da linguagem indeterminada. Nesse sentido, antes de mais nada, caberia, portanto, verificar-se o grupo de linguagem a que pertence a palavra, o que não será feito dentro dos limites deste escrito, mas de um outro, vindouro. Essa é, sem dúvida alguma, uma das condições sob as quais se encontra o próprio pensar filosófico. Porém, também cabe perguntar como ele próprio tem-se articulado e como ele tem articulado o conceito de racionalidade? Como tem sido articulado esse conceito perante o domínio das aplicações técnicas neste mundo moderno? E o que isso quer dizer sobre o que é racionalidade, *ratio*, razão, sim, a própria agregação desses conceitos individuais?

Entretanto, no pensamento jurídico, não se encontram momentos puramente racionais um ao lado do outro nem consecutivos momentos valorados. Nesse sentido, trata-se de um (pre)juízo deformado sobre o conceito de objetividade e racionalidade das ciências da natureza, por parte da *Jurisprudência*, ao recorrer ao positivismo das leis. Porque a norma não está pretextada no texto, nem é técnica a ser aplicada. Conseqüentemente, a objetividade e racionalidade jurídicas também não se encontram pretextadas, porque o *Normtext* e o caso, ambos, não podem ser contrapostos sem uma compreensão sobre o mundo circundante (*Heidegger*)¹⁷ ou sobre *Lebensverhaltensache* (*Fr. Müller*).

Racionalidade “máxima” possibilita, sim, esclarecer o próprio proceder e, dessa forma, coloca a exigência da formação jurídica diante da impossibilidade de uma racionalidade completa, ao contrário de uma objetividade no sentido de um racionalismo da Ilustração, que só torna possível uma ótima honradez dos métodos¹⁸, ou em outras palavras, “*Rationalität ist damit Wahrheit auf die Rationalität der Mittel reduziert, die gegeben selbstverständlichen Zwecken dienen*”¹⁹. O que provoca, conseqüentemente, pouca ou nenhuma consciência a respeito de uma valoração jurídica, porque também não se pode subestimar o caráter da valoração do direito na decisão. Contrário a isso é que, num Estado de Direito democrático, o resultado da concretização da norma não pode ser claro só na sua tendência, porém também nos elementos da qualidade da formação jurídica, como, por exemplo, relativo às condições jurídico-teóricas estatais e constitucionais compromissadas com a formação de uma opinião jurídica²⁰. Nesse sentido, objetividade e racionalidade vêm a ser indicadas, aqui, como a determinação objetiva da tarefa da jurisprudência a ser circunscrita a partir de um modelo dinâmico de estruturação da própria norma, em que o exercício de uma *racionalidade* não é só funcional, porém também substancial no sentido de que quem exer-

ce uma função jurídica não pode proceder somente pela técnica, mas deve proceder também por um *ethos*, como condição de possibilidade para um Estado de Direito Constitucional material, justo por a validade do direito não decorrer do texto mesmo (*SILVA*, 2000, p. 445). O que, em última instância, vem a colimar na própria pergunta pela técnica, que é a pergunta pela constelação da verdade²¹.

5. Conclusão

A rejeição à argumentação como um *factum brutum* é, antes de tudo, a rejeição ao critério da evidência, i.e, ao critério de uma *res cogitans* desmundanizada. Porém, simultaneamente, significa a reabilitação da opinião-*como*-opinião. Só assim pode-se dizer que a última palavra sempre pertence ao *Als* hermenêutico. Não obstante, em nosso tempo ainda domina uma racionalidade reduzida que identifica e reduz a coisa aos seus conceitos com base em seguidas operações metódicas. Racionalidade que pode ser comparada, na verdade, com um (ir)racionalismo válido, pois todo pensamento operacional não parece irracional. O que só funciona para fazer parecer racional uma insensatez (jurídica) conjunta. Deve-se ainda dizer que só é possível alcançar um *maximum* de racionalidade pelo que logre reconhecer onde estão os limites da filosofia da racionalidade (tradicional) e a sensatez, bem como onde outras “forças e paixões” assumem o comando. Por isso, uma concepção de argumentação racional, porque compromete tanto o homem que a elabora quanto o que a admite, pode, por tal razão, ser submetida ao imperativo categórico de *I. Kant*, muito embora este tenha-se limitado a formular com este uma reflexão abstrata, que diz respeito à *auto-responsabilidade prática* de cada um, ou a um dos ensinamentos mais importantes que oferece a história da filosofia para essa questão da formação da opinião jurídica, que diz respeito à sabedoria prática que Aristóteles chamou *phrónesis*, justamente, por a universalidade prática que está implí-

cita no conceito de racionalidade abarcar a todos e, totalmente, podendo, por isso, servir como instância suprema de responsabilidade para o saber teórico em geral e para a formação da opinião jurídica pelos argumentos jurídicos em específico, já que é em virtude desta que tudo depende em sociedade, especialmente, para se alcançar o consenso para a assunção, por todos, dos fins a perseguir e sobre o como encontrar os meios mais justos.

Notas

¹ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. p. 134, in fine, e p. 135-136., todas do Tomo I.

² GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*. Tübingen: J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 1990, besonders, S. 312 und ff., über "Analyse des wirkungsgeschichtlichen Bewußtseins"; MÜLLER, Friedrich. *Normstruktur und Normativität*. Berlin: Duncker & Humblot. S. 47 und ff.; FUNKE, G. *Problem und Theorie der Hermeneutik*. Auslegen, Deuten, Verstehen in Emilio Bettis *Teoria Generale della Interpretazione*, In: *Zeitschrift für philosophie Forschung* 14 (1960), S. 161-181; KUHN, H. *Wahrheit und geschichtliches verstehen*. Bemertungen zu H.G.Gadamer philosophischer Hermeneutik, In: *Historische Zeitschrift*, 193 (1961), S. 376-389.

³ Para isso, ver Kelly Susane After da Silva, 2000, especialmente, p. 280 et passim.

⁴ Para isto ver, *Der Pragmatismus*. Neure Bahnen in der Wissenschaftslehre di Auslans. Eine Würdigung von Günter Jacoby, Leipzig, 1909.

⁵ TOMÁS DE AQUINO. *Santo Suma Teológica*, II, II, 57, 1.

⁶ Sobre isso, ver 193, 194 e ss. Da obra de Kelly Susane Alflen da Silva, bem como , sobre a interpretação jurídica e m função normativa, ver da mesma obra, p. 221 et passim.

⁷ Sobre sentido de tradição adotados no limite deste texto, ver p. 259 e ss. Da obra referida na nota 10, deste texto.

⁸ Kelly Susane Alflen da Silva (2000, p. 170). Com o M. Heidegger heraclitiano, esclarece-se tal fórmula romântica no sentido de que buscar entender o discurso/obra melhor que o próprio autor significa pretender, por exemplo, que o próprio I.

Kant não sabia direito o que realmente queria e que o intérprete que lhe segue o sabe corretamente. E a isso ainda é de se responder acrescentando o seguinte: dizer que um pensador pode ser "melhor compreendido do que ele mesmo se compreende não é atribuir-lhe nenhuma falta mas, bem ao contrário, assinalar a sua grandeza, eis que somente o pensamento originário esconde de si um tesouro que sempre permanece impensável e que pode, a cada vez, ser melhor compreendido, i.e., ser compreendido diferentemente do que o possível de ser compreendido literalmente". HEIDEGGER, Martin. *Heráclito*, p. 78.

⁹ Para isto, ver M. Heidegger heraclitiano, *Sein und Zeit*, 15. *Das Sein des in der Umwelt begnenden Seinenden*. S. 68 u. 69.

¹⁰ Ver, sobre isto, Kelly Susane Alflen da Silva da (2000), sobre pensamento de Viehweg Theodor.

¹¹ A respeito da interpretação como contemplação, especificamente, ver Kelly Susane Alflen da Silva, (p. 193, 2000), e concernente à relação possível de ser haurida entre a interpretação contemplativa e a reprodutiva, ambas reciprocamente consideradas entre si, verificar as páginas seguintes à página referida supra.

¹² Observa-se, a respeito disso, que, hoje, aliás, as máximas modernas são, na maior parte, reduzidas aos chamados princípios jurídicos, que fazem, de modo semelhante, o atual fundo da tópica jurídica, por meio do reconhecimento geral do direito, sobre base ética, política e base pragmática, podendo-se erigir um catálogo tópico atual. Ver, para isso, Alexy, Robert. *Theorie der Argumentation und auch Recht, Vernunft, Discurs*. Studien zur Rechtsphilosophie. Suhrkamp-Verlag, 292 S.

¹³ GADAMER, Hans Georg. *Gesammelte Werke. Neuere Philosophie; Probleme, Gestalten*. Bd. 3, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), S. 30. "(...) também é característico da época do racionalismo que, um conceito positivo do irracionalismo limita, igualmente, o alcance da racionalidade" (Tradução da autora).

¹⁴ ESSER, Josef. *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts.*, S. 30 u. 31. Assevera-se, entretanto, a limitação da aplicação do emprego da tópica no âmbito da interpretação no direito constitucional.

¹⁵ Nesse sentido, "Aber Galilei tat das Seine mit beispielloser Kühnheit, indem er gegen allen Augenschein die Grundgesetze der Mechanik als Wissenschaft begründete. Kein Wunder, dab das Wissenschaftsbild, das die Mathematik darstellte, nun auch die Philosophie ihrem eigenen Mabstab unterwarf. So kam es zu dem mos geometricus, der der groben alten Vernunftwissenschaft, der Metaphysik, eine neue Wissenschaftlichkeit garantieren sollte. Das Zeitalter der erwachenden Naturwissens-

chaft wurde damit zugleich das Zeitalter der Philosophie des Rationalismus, d.h., einer unkritischen Extrapolation der neuen Rationalität der Methode auf die Metaphysik." GADAMER, Hans Georg. op.cit., p. 28. "Porém o ser de Galileu atua com ousadia sem par, nisto ele fundamenta contra toda verificação a lei básica da mecânica como ciência. Nenhum milagre, que este quadro da ciência, o qual a matemática representa, também submeta apenas a filosofia à sua regra particular. Tal como se produziu o *mos geometricus*, que é a mais antiga ciência da razão, a metafísica, possibilitaria umas novas garantias de cientificidade. Com isso, a época da ciência da natureza tem despertado, igualmente, a época da filosofia do racionalismo, isto é, uma extrapolação não crítica da nova racionalidade dos métodos a partir da metafísica" (Tradução da autora).

¹⁶ GADAMER. op. cit., S. 29. " (...) como um mecanismo para 'funcionar' e, da mesma forma, para nós próprios sermos" (Tradução da autora).

¹⁷ Para isso, ver Günther Jacoby. *Wahrheit und Wirklichkeit*. In: *Der Pragmatismus. Neue Bahnen in der Wissenschaftslehre des Auslands*. Leipzig, 1909.

¹⁸ Sobre isso, no mesmo sentido, encontra-se em MÜLLER, Fr. *Normstruktur und Normativität*, S. 71, in verbis: "Maximale Rationalität erhellt ihr eingenes Vorgehen möglichst redlich; optimale Methodenehrlichkeit provoziert im nachprüfenden juristischen Bewusstsein ihrerseits möglichst wenige pauschale Wertungen." "A racionalidade máxima possibilita-lhe esclarecer apropriadamente o proceder reto; a metodocidade ótima, por sua parte, provoca na consciência jurídica verificada valorações globais pouco possíveis" (Tradução da autora).

¹⁹ GADAMER. op. cit., S. 30. "Racionalidade é, com isto, reduzida à verdade a partir da racionalidade do meio, que pode ser comparada à compreensão da própria finalidade" (Tradução da autora).

²⁰ MÜLLER, Friedrich. *Normstruktur und Normativität*. S. 71.

²¹ HEIDEGGER, Martin. *Die Technik und die Kehre*. 9. Aufl. Stuttgart: Neske, 1996, S. 33.

FUNKE, G. *Problem und theorie der hermeneutik*. Auslegen, Deuten, Verstehen in Emilio Bettis *Teoria Generale della Interpretazione*. In: *Zeitschrift für philosophie Forschung* 14 (1960), S. 161-181.

GADAMER, Hans Georg. *Gesammelte Werke: Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. 1. Aufl. Bd. 1, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1990.

_____, *Gesammelte Werke: Wahrheit und Methode: Ergänzungen Register*. 1. Aufl., Bd. 2, Tübingen (ESSER, 1979, p. 6): J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1990.

_____, *Gesammelte Werke: Neuere Philosophie: Problem, Gestalten*. Bd. 4, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1987.

HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. 17 Aufl. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1993.

_____, *Die Technik und die Kehre*. 9 Aufl. Stuttgart: Neske, 1996.

KAUFMANN, Arthur. *La filosofia del derecho en la posmodernidad*. Colombia: Temis, 1998.

KUHN, N. *Wahrheit und geschichtliches Verstehen*. Bemertungen zu H.G.Gadamer philosophischer hermeneutik, *Historische Zeitschrift*, 193 (1961), S. 376-389.

LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt a.Main: Suhrkamp, 4 Aufl., 1997.

MÜLLER, Friedrich. *Normstruktur und Normativität*. Berlin: Duncker und Humblot.

RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. Stuttgart: K. F. Koehler, Achte Auflage, 1973

SCHOLZ, Oliver Robert. *Verstehen und Rationalität: untersuchungen zu den Grundlagen von Hermeneutik und Sprachphilosophie*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1999.

SILVA, Kelly Susane Alflen. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

TOMÁS DE, Aquino. *Santo Suma teológica*. Madrid: La Editorial Catolica, Tomo II-III, MCMLIX, Tradução do original em latim da edição crítica Leonina por Francisco Barbado Viejo, [19--?].

VIEHWEG, Theodor. *Topik und jurisprudenz*. Tradução de Díez Picazo Pence de León. Madrid: Taurus, 1964.

Bibliografia

ESSER, Josef. *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts*. Heidelberg: Carls Winter Universitätsverlag., 1979.

O preâmbulo da Constituição e os princípios jurídicos

Carlos Antonio de Almeida Melo

Sumário

1. Preambularmente: o preâmbulo das constituições e suas funções. 2. Noção de princípio. 3. Princípios e valores; 4. Princípios e regras: síntese e possibilidades.

1. Preambularmente: o preâmbulo das constituições e suas funções

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL¹.

Como precursora dos modernos textos constitucionais escritos, a Constituição dos Estados Unidos da América (de 17 de setembro de 1787) seguramente foi a primeira a abrir seus dispositivos com um preâmbulo, embora não dê expressamente esse título às seguintes palavras:

Nós, o povo dos Estados Unidos, pretendendo formar uma união mais perfeita, estabelecer a justiça, manter a tranquilidade pública, provi-

Carlos Antonio de Almeida Melo é Procurador do Estado de Mato Grosso e Professor da Faculdade de Direito da UFMT, da ESMAGIS/MT e da Escola Judicial do TRT 23ª Região.

denciar quanto à defesa comum, promover o bem-estar geral e assegurar os benefícios da liberdade a nós e aos nossos descendentes, decretamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América (MIRANDA, 1980, p. 37).

A partir de então, as constituições passaram a contar com uma introdução que dotasse a exposição da parte normativa de uma apresentação e estabelecesse considerações a respeito da *ratio* inspiradora do texto, como nos dá conta o constitucionalista luso Jorge Miranda (1980, p. 61, 349 e 1996, p. 233) sobre a existência, com interesse desigual contudo, de preâmbulos nas Cartas da França (1791), Suíça (1874), Alemanha de Weimar (1919), Irlanda (1937) e Bonn (1949), entre outras. No Brasil, apenas as Constituições de 1824 e de 1937 não estabeleceram preâmbulo.

A despeito de se apresentar como uma carta de intenções ou verdadeira exposição de motivos, o preâmbulo não se afigura necessariamente integrante de qualquer texto constitucional, quer dizer, uma Constituição não terá significado normativo menor por não dispor de um preâmbulo, da mesma forma que um preâmbulo extremamente fiel à nova idéia de direito plasmada faz seu texto normativo mais efetivo, legítimo e atuante. Contudo, uma vez integrado ao texto, há que desempenhar determinadas funções.

Representando o texto constitucional a expressão jurídica de uma ruptura histórica ou de uma transformação da ordem político-social-cultural de maior ou menor envergadura, adotando, de toda forma, *uma nova idéia de direito*, inclinam-se, mantendo a tradição de tais documentos, seus elaboradores a declarar e proclamar, em maior ou menor síntese, os princípios jusfilosóficos e políticos que os inspiraram e as diretrizes programáticas que traçaram.

Bastos e Martins (1988, p. 408–409), após afirmarem que, sob ponto de vista normativo e preceptivo, o preâmbulo não faz parte da Constituição, destacam que, do ângulo material, a Constituição não estaria completa sem ele.

O preâmbulo também exerce outra função constitucional: é visto como *título de legitimidade da Constituição, quer quanto à sua origem, quer quanto ao seu conteúdo (legitimidade constitucional material)*, como lembra Canotilho (apud BASTOS; MARTINS, 1988, p. 409).

Tendo conteúdo variável, seu caráter depende das circunstâncias históricas e da ideologia que se impôs entre os constituintes originários. Nesse sentido, descreve Jorge Miranda (1996) que *a sua forma e a sua extensão aparecem extremamente variáveis: desde as sínteses lapidares de estilo literário aos longos arrazoados à laia de relatórios preliminares ou exposições de motivos; desde a invocação do nome de Deus ou do título de legitimidade do poder constituinte ao conspecto histórico; desde a alusão a um núcleo de princípios filosófico-políticos à prescrição de determinados objetivos programáticos*.

Enquanto *dimensão política*, o preâmbulo oferece, de maneira acessível e explícita, a pauta tornada norma pelo constituinte, enquanto apresenta o projeto normativo tentado pela nova idéia de direito. Entretanto, a *dimensão jurídica* do preâmbulo, que escapa a muitos estudiosos da matéria constitucional, não se apresenta com tanta nitidez.

Em relação ao sentido jurídico do preâmbulo, manifestam-se três possibilidades:

– inoperância ou irrelevância plena = o preâmbulo, configurando terreno da filosofia política e da história, não detém relevância jurídica alguma;

– os dispositivos preambulares possuem a mesma dignidade e eficácia das demais disposições constitucionais = seu conteúdo veicula preceitos normativos tal qual ocorre com os preceitos propriamente normativos da Constituição;

– seus termos integram a Constituição, não se confundindo, todavia, com os preceitos propriamente normativos do texto = sendo expressão da ação constituinte, os termos preambulares fazem parte da Constituição, distinguindo-se dos preceitos propriamente normativos quanto à sua eficácia ou ao papel que desempenham.

Com efeito, a despeito de sua relevância, o preâmbulo não configura parte normativa (no sentido estrito de *regras*) da Constituição. Da mesma forma, não são absolutamente destituídos de função no contexto constitucional. No entanto, se para as regras infraconstitucionais vale o princípio que *a norma não contém expressões inúteis*, com maior vigor deve ser aplicado às normas constitucionais. Mas é justamente aqui que reside o problema: os termos do preâmbulo são normas jurídicas?

Como adiante será visto, princípios e regras são espécies de normas jurídicas, entendendo-se estas no plano deontológico do dever-ser. Por esse prisma, os princípios contidos no preâmbulo, sendo pródiga nossa Carta a esse respeito, diga-se, consubstanciam também normas jurídicas enquanto espécie. No entanto, sobrevive outra questão: os princípios estipulados preambularmente configuram qual tipo de norma jurídica?

Traduzindo a fundamentação jusfilosófica de uma nova idéia de direito, o preâmbulo enfeixa um *elenco de princípios interpretativos* do próprio texto constitucional e do ordenamento jurídico ao qual este se remete, explicitado pelo próprio constituinte originário, sendo dotado, portanto, de máxima legitimidade para todo o sistema normativo. Assim, os princípios preambulares podem ser classificados como *normas de interpretação constitucional* e, como tais, vinculantes tanto para o intérprete quanto para o constituinte derivado e o legislador infraconstitucional.

Parcialmente nesse sentido, acena Jorge Miranda (1996, p. 237): *Tudo quanto resulte do poder constituinte – seja preâmbulo, sejam preceitos constitucionais – e conste da Constituição em sentido instrumental, TUDO É CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO FORMAL (...)* Em contrapartida, *não se afigura plausível reconduzir a eficácia do preâmbulo (de todos os preâmbulos ou de todo o preâmbulo, pelo menos) ao título de eficácia própria dos artigos da Constituição. O preâmbulo não é um conjunto de preceitos, é um conjunto de princípios que se projec-*

*tam sobre os preceitos e sobre os restantes sectores do ordenamento – e daí, a sua maior estabilidade, que se compadece, de resto, com a possibilidade de revisão*² (grifo nosso).

Por seu turno, Alexandre de Moraes (1998, p. 42), reconhecendo não ser composto por normas constitucionais dotadas de valor jurídico autônomo, atribui ao preâmbulo a compostura de *elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem*.

Para alguns autores³, esse perfil, enquanto norma mas não regra jurídica, contudo, paga um preço significativo, resultando algumas conseqüências:

a) os princípios preambulares não podem ser invocados isoladamente, desvinculados de regras constitucionais, não criando, assim, direitos ou deveres, somente podendo ser invocados os princípios no texto expressamente declarados, pois, aí sim, *em plano idêntico aos que podem ser induzidos do restante texto constitucional*⁴;

b) não há inconstitucionalidade por violação dos princípios consignados no preâmbulo, apenas daqueles expressamente mencionados no texto normativo da Constituição, permanecendo aqueles, por traçar diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas, APENAS como *uma de suas linhas mestras interpretativas* (MORAES, 1998, p. 42).

Parece-me que essas afirmações carecem de alguns reparos:

1º - na hipótese de os princípios estabelecidos no preâmbulo não estarem expressamente consignados na parte normativa propriamente dita da Constituição, o que não é, diga-se, o caso brasileiro, os princípios ali internalizados possuem *também* força vinculante, pois configuram fundamento normogênico para o legislador (CANOTILHO apud BASTOS; MARTINS, 1988, p. 172-) e base diretiva de hermenêutica para o intérprete das normas constitucionais e do sistema jurídico em geral;

2º - sendo princípios internados no texto constitucional originário como *ratio* de uma nova idéia de direito, os termos do preâmbu-

lo configuram *normas do ordenamento* e, sob tal signo, podem gerar inconstitucionalidade material, sendo a tese repelida pelo pensamento estritamente dogmático (v. g. MORAES, 1998, p. 42), embora haja notícias contrárias no plano jurisprudencial de outros países⁵.

Na hipótese de contradições entre os princípios preambulares e as regras constitucionais, a solução é apontada por Jorge Miranda: *a haver contradições, elas tornam-se mais patentes à face do preâmbulo: os princípios contidos no preâmbulo delimitam-nas e restringem-nas e, para quem admita “normas constitucionais inconstitucionais”, podem retirar-lhe mesmo validade* (1996, p. 238).

Há quem critique a obviedade e a redundância de fazer constar no preâmbulo princípios e objetivos que serão previstos por dispositivos específicos integrados na Constituição propriamente dita (BASTOS; MARTINS, 1998, p. 410). De outra forma, sendo inalterável, corre o risco de se desatualizar em face das alterações da realidade social e das modificações do próprio texto constitucional.

No entanto, sendo portador do *retrato da situação de um momento, o da promulgação da Constituição* (BASTOS; MARTINS, 1988, p. 409), o preâmbulo informa mais que meras diretrizes e determinados princípios: ele expressa efetivamente os compromissos que lastreiam a nova idéia de direito concretizada na Constituição, daí sua vinculação como norteador interpretativo.

Em síntese, como ato de vontade do constituinte originário, a expressar a *ratio* do novo texto, os termos do preâmbulo integram formal e materialmente o texto constitucional, impondo-se não só como norteadores interpretativos (tese amplamente aceita), mas também, como espécie (princípios) do gênero norma jurídica, impõem-se materialmente ao legislador infraconstitucional e ao constituinte derivado.

Com essa dignidade constitucional afirmada, os princípios contidos no preâmbulo podem e devem ser adotados como nortea-

dores interpretativos para as normas constitucionais e as demais normas do ordenamento jurídico.

2. Noção de princípio

– de uma ciência = proposições básicas e fundamentais, que condicionam as estruturas subseqüentes, significando seus alcances fundamentais (CRETELLA JÚNIOR, [1972?]).

Noção de princípio jurídico:

– mandamento nuclear de um sistema (MELLO, 1991, p. 299) sendo violar um princípio muito mais grave que violar uma norma;

– irradia-se sobre as demais normas, norteando sua elaboração e sua interpretação;

– uma vez positivado, transforma-se em norma-princípio;

– segundo J. J. Gomes Canotilho (apud BASTOS; MARTINS, 1988, p. 172), há diferença entre princípio e regra, pois princípios e regras são ESPÉCIES de *normas*.

A teoria geral do direito e a metodologia jurídica tradicionais sempre fizeram distinção entre normas e princípios jurídicos. Canaris, por exemplo, dizia dos princípios que, por não serem normas, *não são capazes de aplicação imediata, antes devendo primeiro ser normativamente consolidados ou “normativizados”* (1989, p. 96).

Presentemente, de acordo com as formulações de Robert Alexy, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin, entre outros autores, princípios e regras são tidos como espécies de norma⁶.

Segundo Robert Alexy (*Sistema jurídicos...* 1993 e *Teoria de los derechos...* 1993), a *norma* é o significado de um enunciado que diz que algo *deve-ser*. Assim, tanto as *regras* quanto os *princípios* expressam algo que deve-ser juridicamente, sendo ambos entendidos como normas.

Contemporaneamente, identificam-se três posturas em relação aos princípios (ver GALUPPO, 1999, p. 143–191).

– os princípios são identificados como normas gerais ou generalíssimas de um sistema. A crítica a essa teoria é feita no sentido que, apesar de os princípios serem efetivamente dotados de maior grau de generalização, eles não se formam por um processo de generalização ou de abstração crescente⁷. Além disso, há regras que também são dotadas de alto grau de generalização. Assim, apesar de sua generalidade, não configura essa característica seu principal diferencial, pois, segundo Robert Alexy, os princípios costumam ser gerais por não se referirem ao mundo real ou normativo;

– os princípios não são normas aplicáveis a qualquer situação. Essa teoria tem em Alexy um de seus defensores, quando afirma que os princípios são mandados de otimização (e não mandados definitivos): normas cujo conteúdo deve ser realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, enquanto as regras, contendo determinações, são cumpridas ou não. Assim, os princípios podem apresentar tensões e conflitos que são solucionados, em cada caso, pelas considerações acerca da precedência de um deles para a hipótese examinada e para a comunidade a que se refere⁸. Postura criticada, principalmente por Habermas e Klaus Günther (ver GALUPPO, 1999, p. 195-), por preconizar a precedência de um princípio a outro, no que confunde princípios com valores, confundindo normas jurídicas (e em especial os princípios) com valores;

– os princípios são normas cujas condições de aplicação não são pré-determinadas. Essa teoria corresponde às idéias de Ronald Dworkin (1978 e 1999): enquanto as regras obedecem à lógica do “ou tudo ou nada”, comportando previamente inumeráveis exceções à sua aplicação, os princípios comportam exceções à sua aplicação que, contudo, não podem ser enumeradas previamente à hipótese concreta de sua incidência, porque qualquer outro princípio pode, abstratamente, representar uma exceção à aplicação de um princípio. Na hipótese de dois prin-

cípios não poderem ser simultaneamente aplicados, não há aplicação de um ou outro mediante ponderação e hierarquização (como queria Alexy), mas deve-se entender que os princípios são normas que se excepcionam reciprocamente nos casos concretos (GALUPPO, 1999, p. 199). Para que tal ocorra, o ato de excepcionar deve ser suficientemente fundamentado de um ponto de vista discursivo (Idem). Assim, os princípios são concorrentes (competem entre si) sem serem contraditórios⁹: havendo conflito, no caso concreto, um princípio cede a outro, naquelas circunstâncias (DWORKIN, 1999, p. 321) por meio de exceções de aplicação, não havendo nisso gradação, revogação ou hierarquização, mas a exigência de uma decisão justa no caso concreto. Trata-se, a questão do conflito de princípios, de uma questão hermenêutica: de interpretação como atribuição discursiva de sentido (GALUPPO, 1999, p. 208).

3. Princípios e valores

Embora os princípios veiculem valores, a eles não se reduzem. Enquanto os princípios são referentes ao dever-ser (deontologia), os valores integram a axiologia e têm como referencial o bem, o que é bom. Os valores têm uma dimensão meramente aconselhativa (de recomendação), enquanto as normas (valores incluídos) mandam fazer, comandam as ações. Enquanto as normas são julgadas em função de sua validade, os valores são submetidos ao escalonamento da preferência, sendo avaliados em função de seu peso e possuindo obrigatoriedade relativa.

Enquanto normas e princípios possuem uma obrigatoriedade geral, detendo, assim, uma força de justificação maior, os valores são inseridos caso a caso numa ordem transitiva de valoração (HABERMAS apud GALUPPO, 1999, p. 198).

Assim, os princípios atuam no mundo normativo do dever-ser (deontologia), embora possuam um perfil diferenciado das regras. Enquanto estas, em caso de conflito,

excluem-se mutuamente, os princípios operam por meio de cessão (Dworkin).

4. Princípios e regras: síntese e possibilidades princípios:

Princípios

- são observados em maior ou menor intensidade;
- são mandados de otimização: razões *prima facie* (ALEXY, *Teoria de los derechos...* 1993, p. 86–87).
- pode haver, em caso concreto, *tensão entre princípios*, sendo ambos válidos, embora um deles, no caso, tenha maior peso e maior hierarquia sobre o outro, ganhando precedência, estabelecendo uma regra válida naquela específica situação¹⁰;
- podem ser contrários sem ser contraditórios (DWORKIN, 1999, p. 320–321);
- são *standards* (= padrões, modelos) *juridicamente vinculantes* radicados na exigência de justiça e de imparcialidade (DWORKIN, 1978, p. 22);

- possuem caráter de fundamentalidade do sistema, pois são fundamento de regras = NATUREZA NORMOGENÉTICA (= *ratio* de regras jurídicas), são normas que estão na base das regras jurídicas (CANOTILHO apud BASTOS; MARTINS, 1988, p. 173);

- não possuem hierarquia entre si¹¹, uma vez que, nas sociedades pluralistas, são expressão da diversidade de uma sociedade democrática (GALUPPO, 1999, p. 204);
- possuem hierarquia superior, em relação às regras, como fonte.

Regras

- são cumpridas ou não;
- contêm determinações do âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas: são razões definitivas (ALEXY, *Teoria de los derechos...* 1993, p. 101);
- pode haver, em abstrato¹² *conflito entre regras*, sendo uma delas excluída;
- podem ter um conteúdo meramente funcional;
- são elaboradas atendendo aos princípios. Pode-se dizer que, qualitativamente:

PRINCÍPIOS	REGRAS
- são normas jurídicas impositivas de uma otimização (= adequação ao momento, sendo abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos) de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível (CANOTILHO apud BASTOS; MARTINS, 1988, p. 545) compatíveis com vários graus de concretização, dependendo dos condicionamentos fáticos e jurídicos;	- prescrevem imperativamente uma exigência (= impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida;
- permitem o balanceamento de interesses e valores, consoante seu peso e a consideração de outros princípios = princípios conflitantes coexistem;	- obedecem à “lógica do tudo ou nada”: devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições = regras antinômicas se excluem;
- suscitam questões de validade (= importância) e peso (= valia).	- suscitam questões de validade (= está em vigor) apenas.

A relevância dos princípios aqui destacada é criticada por estudiosos que questionam a utilidade e eficácia de seu estudo.

Todavia, é evidenciada também por autores, que enfatizam a relativização da questão, destacando que seu estudo deve consi-

derar o contexto histórico em que incidem, como Nelson Nery Júnior, quando afirma: *Na verdade a melhor opinião é aquela que entende devam ser mantidos os estudos sobre os princípios, a despeito de que, ao sabor do tempo e do lugar, possam provocar conseqüências diferentes daquelas imaginadas e queridas por seus idealizadores e, máxime, pela lei que os adotou. O importante para determinar-se a conveniência da manutenção do estudo e dos princípios mesmos é a maneira pela qual esses princípios se têm desenvolvido no tempo, os aperfeiçoamentos que vêm sofrendo pela análise e elaboração da doutrina e da jurisprudência. O fato é que eles existem e devem ser preservados: sua incidência é que tem sofrido e deverá continuar sofrendo adaptações, dependendo do grau de desenvolvimento do sistema jurídico que os adota* (2002, p. 26).

Em sua feição de fundamentos, de alicerces do sistema, os princípios possuem uma dupla dimensão: uma originária, que traduz o momento de sua elaboração; outra de presentificação, em que a atuação concretizadora e atualizadora do intérprete assume grande relevância, desde que ancorada na matriz teleológica que inspirou seu aparecimento.

Presentemente, portanto, numa postura designada pós-positivista, entende-se que os princípios estão incluídos tanto no conceito de *lei* quanto no de *princípios gerais do direito*, qualificando, assim, princípios jurídicos expressos e princípios jurídicos implícitos NA ordem jurídica. Para essa concepção, os princípios são entendidos como normas jurídicas vinculantes, dotados de efetiva juridicidade, como quaisquer outros preceitos encontráveis NA ordem jurídica (ESPÍNDOLA, 1998, p. 28).

Ainda sobre a mesma questão, mas sob outro prisma, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em tese apresentada ao XV Congresso Nacional de Procuradores do Estado (Araçaju, SE, de 5 a 9 de setembro de 1988) (1988, p. 153-), analisa que a ordem jurídica compreende atos que expressam a vontade cogente do Estado em vários *níveis de abstração e generalidade*, a saber:

- maior nível de concreção e particularização = atos jurídicos;
- maior nível de abstração e generalização = princípios;

– entre ambos estão as normas, em sentido estrito, menos abstratas e gerais que os princípios, porém sem as características de concreção e particularização dos atos jurídicos.

Em relação à generalização normativa, há, assim, três graus de generalização:

– *grau generalíssimo*, das normas-princípios¹³;

– *grau geral* propriamente dito, das normas gerais (v. art. 24, C.R.), avizinhandose das normas-princípios, dotadas de maior abstração e menor pormenorização;

– *normas particularizantes, normas específicas*, particularizantes ou de aplicação, são aquelas que, devendo reger próxima e diretamente os atos jurídicos, são menos abstratas e mais pormenorizantes.

O mesmo autor (p. 154–155), calcado em doutrinadores italianos, apresenta as seguintes características e funções para os princípios e normas gerais:

Características dos *princípios*:

a) estabelecem diretrizes ou orientações cardiais para um sistema;

b) são normas fundamentais, chaves mestras do sistema;

c) são normas indiretas; dão o conteúdo de outras normas, tendo, por isso, função construtiva e conectiva.

As *normas gerais* têm a mesma natureza dos princípios nos seguintes pontos:

a) estabelecem diretrizes, orientações e linhas mestras;

b) situam-se, também, no plano das questões fundamentais, não admitindo particularizações.

Funções dos *princípios*:

a) declaram um valor juridicamente protegido;

b) conformam um padrão vinculatório para a norma particularizante;

c) vedam o legislador e o aplicador de agirem em contrariedade ao valor nele declarado;

As *normas gerais* possuem as seguintes funções:

a) declaram um valor juridicamente protegido;

b) conformam um padrão vinculatório para a norma particularizante;

c) vedam o legislador e o aplicador de agirem em contrariedade ao valor nele declarado;

d) aplicam-se concreta e diretamente às relações e situações específicas no âmbito de competência administrativa federal;

e) aplicam-se concreta e diretamente às relações e situações específicas no âmbito de competência administrativa estadual (ou municipal), sempre que o Estado-membro (ou Município) não haja exercido sua competência concorrente particularizante;

f) aplicam-se concreta e diretamente às relações e situações específicas no âmbito de competência administrativa estadual (ou municipal), sempre que o Estado-membro (ou Município) haja exercido sua competência concorrente particularizante em contrariedade ao valor nelas declarado¹⁴;

Enfim, destaca o publicista que, enquanto *os princípios*, expressos ou não em declarações principiológicas que caracterizam as constituições, dirigem-se predominantemente e quase exclusivamente aos legisladores, excepcionalmente podendo produzir efeitos concretos (como nas hipóteses de inconstitucionalidade por descumprimento de princípio), *as normas gerais* TAMBÉM estão relacionadas à disciplina das relações jurídicas entre os indivíduos e ordinariamente se destinam ao legislador, tendo eficácia indireta e mediata em termos de aplicação às relações concretas que regerá, enquanto extraordinariamente se dirige ao aplicador, tendo, nesses casos, eficácia direta e imediata (MOREIRA NETO, 1988, p. 157–158).

Notas

¹ Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

² Quanto a esse último aspecto, repelimos tal possibilidade quanto ao texto constitucional brasileiro, não só pela ausência de dispositivos expressos, mas também por implicar a alteração da pauta jusfilosófica originária.

³ Jorge Miranda (1996, p. 237) e Alexandre de Moraes (1998, p. 42), por exemplo.

⁴ Jorge Miranda (1996). Quanto a esse aspecto, o autor cita os artigos 4º e 176 da Constituição da Turquia, de 1982, que assim dispõem expressamente.

⁵ Jorge Miranda fornece a seguinte informação (1996, p. 327, nota 4): “Em França, o art. 93º da Constituição de 1946 excluía da fiscalização da constitucionalidade pelo Comitê Constitucional os princípios do preâmbulo; *mas hoje, sobretudo por acção do Conselho Constitucional, a situação é diferente*”. (grifei)

⁶ Na doutrina brasileira, v. Celso Ribeiro Bastos (1996, p. 54).

⁷ Nesse sentido, indaga Galuppo: *o princípio federativo, adotado pela Constituição brasileira, seria uma generalização de quê? O princípio da legalidade generaliza quais normas?* (1999, p. 192).

⁸ Um exemplo pode ser o apresentado por Galuppo, quando afirma que o princípio da proteção à vida não tem precedência absoluta e incondicionada, havendo casos em que o princípio da proteção ao Estado se coloca acima dele, como no caso de guerra externa – v. art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”, C.R. (1999, p. 206).

⁹ Havendo termos contraditórios, a validade de um implica a invalidade do outro, pois ambos não podem existir simultaneamente, pois são incompatíveis. Tal situação não ocorre em relação aos princípios.

¹⁰ A precedência é afirmada por meio de *ponderações racionais* que invoquem, por exemplo, a *ratio* do dispositivo, as conseqüências sociais mais benéficas, a jurisprudência, a doutrina etc. (ALEXY, *Teoria de los derechos...* 1993, p. 159).

¹¹ Embora haja autores que entendam contrariamente, como Alexy, citado acima, e Karl Larenz (1989, p. 579), que preconiza uma hierarquização de princípios no texto constitucional (a vida, a liberdade e a dignidade humanas estão em nível mais elevado que os bens materiais, por exemplo), enquanto no direito privado não existiria ordem hierárquica entre os princípios da autodeterminação e da auto-responsabilidade, exemplificando, que se restringem reciprocamente.

¹² Contendo determinações no âmbito fático e jurídico, duas regras em conflito não podem ser simultaneamente válidas.

¹³ Embora alerte que a aceitação do princípio, positivado ou não em forma de norma legal, como norma generalíssima não seja pacífica na doutrina, é, seguramente, a postura mais difundida, citan-

do, entre outros, Bobbio, Crisafulli, Carnelutti, Del Vecchio e Scialoja. Anteriormente o autor afirma: *Observe-se, ainda, que os "princípios" não necessitam ser formulados positivamente para que existam como categoria jurídica e efetivamente imponham-se como cúspides da ordem jurídica* (1988, p. 153).

¹⁴ Para uma análise dessas diferenciações, comparar a Lei Complementar federal nº 80/94 e a Lei Complementar mato-grossense nº 07/90, sobre de Defensoria Pública.

Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica: derecho y razón practica*. México: Fontamara, 1993.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1999*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, [1972?]. v. 10.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University, 1978.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1998.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado democrático do direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 36, n. 143, p. 191-209, jul./set. 1999.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.
- _____. *Textos históricos do direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1980.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 25, n. 100, p. 153, out./dez. 1988.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2002.

A fragmentação do sistema internacional de segurança coletiva e os desafios da segurança latino-americana

Felipe Kern Moreira

Sumário

1. Introdução. A produção acadêmica brasileira na área da segurança internacional. A metodologia aplicada. 2. O novo panorama da segurança internacional. 3. A fragmentação de um sistema de segurança universal. 4. O sistema de segurança europeu: desafios e instrumentos. 5. Conclusão – a experiência européia e a aplicabilidade latina.

1. Introdução

O presente artigo apresenta uma abordagem multidisciplinar de um tema pouco explorado pelos autores internacionalistas, apesar de os temas geopolíticos e de segurança internacional serem de inegável importância estratégica para a política externa brasileira.

Oportuno é ressaltar que o estudo dos problemas de segurança latino-americanos com a correlata e conseqüente abordagem dos instrumentos internacionais aplicáveis merece um artigo próprio, e por isso não é constante desta pesquisa.

A produção acadêmica brasileira na área da segurança internacional

A produção acadêmica no que tange aos temas de segurança internacional sofreu, juntamente com todo o conjunto das matérias de Política Internacional, um aumento considerável na produção e na qualidade de profissionais, o que se estendeu também às instituições que promovem os estudos. Acen-

Felipe Kern Moreira é mestrando em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília – UnB.

tue-se uma tendência a um maior rigorismo metodológico da escola brasileira como a fundamentação teórica e implementação de abordagens analítico-interpretativas. No mais, as três principais comunidades que se ocupam das Relações Internacionais no Brasil continuaram as mesmas apesar das acentuadas mudanças políticas: os acadêmicos, os militares e os diplomatas.

No Brasil, a produção em termos de segurança internacional ou geopolítica fica bem aquém se comparada à escola econômica, ambiental, de direitos humanos, propriedade intelectual, etc, e o mesmo não ocorre na produção interna de outros países. Em parte deve-se à inserção internacional predominantemente pacifista do Brasil – mas de forma nenhuma neutra –, em parte à diluição do papel protagônico dos militares no país, que detêm uma parcela significativa da pesquisa nacional na área, e, por fim, à continuidade de uma política externa de segurança efetuada majoritariamente pelo responsável da pasta da defesa nacional, sem uma reflexão crítica concomitantemente mais difusa.

A metodologia aplicada

Para desenvolver o presente artigo, considerando a atualidade do tema e a escassez de bibliografia específica disponível, foi necessário um conjunto de métodos para proceder a uma avaliação mais exata dos dados obtidos bem como garantir seu objetivo teleológico: a compreensão objetiva por parte de seu apreciador. Entende-se, portanto, que um método único, ou mesmo a sistematização hermética de algumas metodologias, é uma fórmula superada das ciências sociais do século XIX, principalmente após o advento da escola *Kuhniana*, que pacificou que diferentes argumentos e paradigmas não podem ser comparados por empregarem diferentes conceitos e sistemas conceituais. Dada a gama de fontes para a presente pesquisa, como a história, sociologia, direito e política, as razões de atração e vigor da abordagem passam a ser múltiplas e devem incluir uma coerência intelectual, e

as influências e tendências do senso comum das ciências sociais e a aplicabilidade dos dados à época pesquisada.

Destarte, a metodologia a ser aplicada possui caráter híbrido e há a necessidade de se analisar os dados mediante um conjunto sistemático de métodos, porque há muitos termos que só podem ser utilizados quando em conjunto com outros termos (KAPLAN, 1975, p. 67). Como os objetos de estudo serão definidos, relacionados e comparados, dever-se-á adotar uma proporcionalidade dos conceitos jurídicos abordados.

2. O novo panorama da segurança internacional

Inegavelmente a II Grande Guerra determinou e abriu reais perspectivas para um novo panorama geográfico e estratégico mundial que só viria a sofrer substanciais mudanças com a queda do Muro de Berlim e o denominado fim da Guerra Fria. De 1939 a 1945, ocorreu o que o embaixador Samuel Pinheiro Guimarães chamou de *contestação interna à liderança do sistema* (2000, p. 65), ou seja, matizado por um desequilíbrio global de forças, o novo desenho geográfico-político mundial, a partir de um conceito de países protagônicos vencidos e vencedores, delineou as novas estruturas de poder mundial.

A Guerra Fria trouxe consigo o problema da contenção do poder soviético. Formula-se toda uma teoria, elaborada pelos norte-americanos e com a qual o nosso país anui, *de que a principal função da contenção estratégica da União Soviética tinha de caber, indubitavelmente, à grande potência militar que eram os EUA, sendo o papel das potências militares de menor alcance, como obviamente era o caso brasileiro, o de sustentar internamente a luta contra a subversão* (JAGUARIBE, 1993, p. 125). Dessarte, *com a formação de dois blocos distintos e hegemônicos, a Guerra Fria é funcional para a manutenção da coesão do bloco e da hegemonia dos Estados dominantes dentro dele* (HALLIDAY, 1999, p. 190).

Em termos de segurança internacional, o contexto estratégico que permaneceu

congelado durante a Guerra Fria fez com que a quase totalidade dos conflitos que envolviam defesa e segurança fossem interpretados sob a ótica da bipolaridade de poder. *A situação sofrerá uma mudança a partir de 1989, quando os conflitos voltam a ser o que sempre deveriam ter sido; localizados e regionais (...) o elemento de contenção representado pelo conflito Leste-Oeste deixa de existir, provocando um maior número de conflitos periféricos* (SEINTENFUS, 1994, p. 132).

Um sistema então vigente de segurança coletiva caracteriza-se pelo monopólio centralizado da força no âmbito da ONU, o que é colimado no próprio Preâmbulo da Carta de formação: *a força armada não será usada a não ser no interesse comum* (MERCADANTE, 1998, p. 142). A mesma Carta reserva, por sua vez, o uso da força ao Conselho de Segurança, órgão Central das Nações Unidas. Esse é, portanto, o cerne de um sistema pragmático de diplomacia preventiva que visa ao estabelecimento da paz (*peacemaking*) e manutenção desta (*peacekeeping*).

Estamos historicamente, portanto, no século XX, com a formação dos primeiros sistemas de regionalização do comércio internacional, com a formação dos primeiros blocos que possuíram sua fase seminal já no século XIX; como o movimento regionalista marcado pela tentativa de estabelecer uma união aduaneira nos Estados Alemães separados, que naquela época (1813-1815) impunham direitos aduaneiros em trinta e oito fronteiras. Importante registrar dessa idéia que a união econômica iria culminar em políticas comunitárias com transferência de soberanias à unidade integrada (OLIVEIRA, 2000, p. 316). Ademais, prevalecia, quando da formação da CEE na década de 50, uma idéia de segurança coletiva bastante pacifista, centralizada na estrutura da ONU, após a então recente falência do sistema da Liga das Nações adstrito administrativamente ao Conselho de Segurança.

Sob a égide de uma análise de uma política estrutural internacional, o ponto de partida é o do monopólio centralizado da força

no que diz respeito à segurança coletiva mundial: a ONU. Para a manutenção de uma *Paz Perpétua*, como aludiu Kant¹, a estrutura administrativa da ONU exige um consenso entre os membros permanentes do Conselho de Segurança: essa foi e é a limitação inicial do instituto (MERCADANTE, 1998, p. 13). Certo é que as Nações Unidas forneceram uma espécie de espaço público internacional que permitiu, e tem permitido até hoje, a reunião da comunidade das nações em assembleia para a discussão de problemas que dizem respeito ao futuro da coletividade. É claro que a metáfora democrática aparentemente não resiste a uma análise rigorosa da realidade da política de poder, das intervenções unilaterais e dos privilégios cristalizados no Conselho de Segurança. Certamente hoje perseveram os objetivos da ONU formulados em 1945, mas a realização prática é algo completamente distinto, dada a realidade dos conflitos armados e do crescente subdesenvolvimento sistêmico dos países periféricos, sendo a Segurança Internacional um dos pontos de destaque na *agenda* das pretensas reformulações emergenciais institucionais das Nações Unidas². Nesse sentido, a segurança internacional é hoje em dia a área mais emergencial de reformulações institucionais, pois é o cerne de toda estrutura político-institucional do pós-guerra.

Ocorre, contudo, que, a partir dos três fenômenos que moldam hoje as Relações Internacionais: *a globalização, a fragmentação e a regionalização* (SEINTENFUS, 1994, p. 129), a noção de uma segurança coletiva universal, que sobrevive há mais de três quartos de século, *não chegou a ser instaurada, nem com base no Pacto da Liga das Nações nem para a aplicação do capítulo VII da Carta da ONU* (p. 140). Hodiernamente, em virtude da ampla e estruturada aceitação do monopólio da força por parte da ONU, a comunidade internacional passa a questionar-se sobre a legalidade de uma *fragmentação e regionalização* dos mecanismos de segurança como a Organização do Tratado do

Atlântico Norte, principalmente após a intervenção militar em Kosovo³.

Considerando o fato historicamente notório de que o parlamento internacional mais amplamente aceito é a ONU, estabelecida e fundada sobre os ideais de um sistema mundial de manutenção dos litígios armados internacionais, pergunta-se como ficará toda a estrutura institucional do pós-guerra a partir da coexistência de subgrupos de defesa regional. Se hoje em dia o transnacionalismo e os novos desafios à soberania nacional puseram fim ao chamado *Sistema de Westfalia*, seria precoce também o ocaso dos ideais originários de busca de uma paz internacional duradoura por meio de uma instituição única de nações com ampla aceitação?

3. A fragmentação de um sistema de segurança universal

Em um mundo globalizado e marcado pelo papel protagônico das estruturas coletivas de caráter intergovernamental ou supranacional, prevalece e perpetua-se, em contrapartida, a estrutura da OTAN com *status* de aliança regional. Agora ainda mais sintomático, a partir da entrada formal da Rússia na organização, celebrada em maio de 2002 em solo italiano, aditando novos dados para o deleite intelectual dos *think tanks*: (i) a desgastada discussão histórica sobre o marco milimétrico do fim da guerra fria; (ii) a sustentabilidade do discurso sobre o caráter regional da aliança militar; e (iii) a formalização de um novo inimigo que possibilitará a formação de novos sistemas e políticas internacionais. É o assinalado por alguns teóricos das Relações Internacionais como o retorno ao século passado, no qual os Estados mais fortes criavam a lei internacional, sendo os mais fracos simples *rule-takers*. Assinala-se ainda a justificativa, na esclarecida visão do Professor Charles Zorhipe, da Universidade de Paris I, sobre *Segurança Coletiva na Europa e na Ásia*, de que a manutenção de uma aliança militar como a OTAN é também fruto da ausência de uma

verdadeira política europeia de defesa e falta de coesão no âmbito da União Europeia⁴.

Em movimento contrário às aspirações de uma política de segurança mundialmente unificada com escopo de manutenção de paz, o mundo assistiu atônito às investidas militares da OTAN, mesmo após o fenecimento do Pacto de Varsóvia, e mais recentemente, no mesmo viés da regionalização da defesa em contraponto às aspirações do pós-guerra, ao estabelecimento efetivo de uma política externa comum relativa à segurança no contexto da comunidade europeia, a denominada *Common Foreign & Security Policy* (CFSP), ou Política Externa e de Segurança Comum (PESC).

A PESC representa uma aliança regional com escopo de segurança regional e coletiva, muito embora dentro de um contexto de políticas comuns e não de direito comunitário. Embora o Tratado de Maastricht tenha, em 1993, estabelecido a PESC como um instituto, foi posteriormente, com o Tratado de Amsterdão de maio de 1999, que foi provido o conjunto de instrumentos concretos para uma ação externa por parte da União Europeia. A política comum inclui entre seus objetivos (i) a salvaguarda dos valores e interesses fundamentais, bem como integridade e independência da União Europeia segundo os princípios da Carta das Nações Unidas; (ii) reforçar a segurança na UE de todas as maneiras; (iii) preservar a paz e segurança internacional; (iv) promover a cooperação internacional; e (v) promover e consolidar a democracia, as regras do direito, o respeito pelos direitos humanos e as liberdades fundamentais. (tradução livre do autor a partir do texto oficial do Tratado).

Resta claro, frente aos objetivos supracitados, que a PESC aspira a uma continuidade da própria UE enquanto cooperação regional internacional. Dados os problemas efetivos constantes do território europeu como (i) os conflitos do leste trazidos pelos países recém-regressos do bloco comunista; (ii) os problemas de terrorismo não restritos ao movimento basco; (iii) as consequências

alarmantes da imigração em massa, principalmente dos povos de origem islâmica; (iv) os conflitos em Cipro; e (v) o reavivamento de ideários extremistas como os neonazistas, segundo uma visão analítico-crítica, o sistema (PESC) parece ter ainda duas motivações concorrentes, obviamente não apostas e previstas nos Tratados: (i) uma econômica, que é problema do vultuoso orçamento militar para a defesa, dados os imensos gastos efetivados em Kosovo; e (ii) uma fortemente política, que reforça claramente uma independência política da UE em relação aos EUA e o próprio resguardo da independência democrática européia. Pode-se aditar ainda a razoável estratégia de pensar em uma maior e ampla independência do Conselho de Segurança, órgão cerne da ONU no caso de “conflitos regionalizados”. Nesse contexto, é notório que a estrutura bicéfala do Conselho de Segurança é manancial de grandes divergências na práxis da manutenção da paz: de uma estrutura com escopo dinamizador, na realidade é bem aceitável que predominou mesmo após a Guerra Fria uma situação de congelamento⁵.

A partir do modelo europeu, há aspectos a serem estudados para o aperfeiçoamento da integração latino-americana (ou mais acertadamente da cooperação intergovernamental), especificamente no Mercosul. Os desafios de segurança e defesa latino-americana são inúmeros: (i) a questão da vulnerabilidade e vigilância amazônica onde já há linhas de cooperação⁶; (ii) o narcotráfico e a associação altamente perigosa *com a marginalidade urbana, como a instalada nas favelas do Rio e zonas marginais de São Paulo* (JAGUARIBE, 1993, p. 130); (iii) a presença de pelo menos três grupos fronteiriços (no sentido *border* e não *frontier*) ao terrorismo, exclusivamente latinos; (iv) a intervenção, como o deflagrado Plano Colômbia⁷; (v) a tentativa de avanço tecnológico na área nuclear, conforme o programa desenvolvido pela Marinha brasileira e a presença de outros ilícitos internacionais como a prostituição infantil (SEINTENFUL, 1994,

p. 187), o tráfico de plantas medicinais, o contrabando nas zonas fronteiriças, o indesejo indígena em áreas de importância estratégica, a atuação da máfia chinesa⁸, etc.

Os desafios latinos, a partir de uma ótica brasileira em relação à segurança, no âmbito do Mercosul e de outras organizações de cooperação como a Organização dos Estados Americanos – OEA (considerando a instrumentalidade militar do Tratado de Assistência Recíproca – Tiar) e o Tratado de Cooperação Amazônica – TCA, não são teóricos, visto que a PESC no âmbito da *EU* é um instituto de Direito Internacional e não de Direito Comunitário, não procedendo o argumento de que nosso estágio seminal de integração regional enquanto Mercado Comum ou cooperação intergovernamental é insuficiente para um aprimoramento na área de segurança regional. Ademais, claramente, como na propositura européia, a cooperação em termos de segurança associa-se diretamente com a cooperação e investimento tecnológico, desenvolvimento energético, garantia de proteção ambiental e credibilidade das instituições democráticas.

4. O sistema de segurança europeu: desafios e instrumentos

Após a assinatura do Tratado de Roma, a construção Européia focalizou suas ações conjuntas nos aspectos econômicos, o que veio a se concretizar em um estágio intermediário de Mercado Comum. Por quase quarenta anos, a *expressão Política Externa Comum* não tomou lugar nos Tratados. A mudança substancial surgiu com o Tratado de Maastricht, em que pela primeira vez os Estados Membros incorporaram o termo *Política Externa Comum*, o considerado segundo pilar, tendo em vista ainda um terceiro pilar relativo à Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal (CPJP) (PALMA, 2000, p. 118). A partir da vigência desse Tratado, a União Européia começou a ser ouvida em nível internacional como uma opinião unânime em relação aos conflitos armados in-

ternacionais. A previsão de um instituto de Políticas Comuns de Segurança foi efetivamente revisada pelo Tratado de Amsterdão, que passou a vigorar a partir de 1^a de maio de 1999. Os artigos 11 ao 28 do Tratado da União Européia são devotados exclusivamente à PESC.

De fato, o Tratado de Amsterdão abriu novas perspectivas para as políticas integratórias européias, situando no segundo pilar a Política Externa e de Segurança Comum, com alterações que visam a uma implementação efetiva dos novos instrumentos de segurança enquanto colaboração Estatal, como o fato de o Secretário-Geral do Conselho passar a ser o alto representante para a PESC (TUE, art. 26); o que também aumenta o poder da Comissão no cenário internacional fora dos limites europeus. Dessa forma, o aprofundamento do conhecimento dos instrumentos da PESC significa compreender o novo direcionamento do pensamento europeu mais recente em relação aos verdadeiros desafios da cooperação regional e o verdadeiro escopo dessas novas tratativas, que, segundo F. Dehousse, são uma verdadeira *révolution copernicienne dans l'histoire de l'intégration européenne* (PALMA, 2000, p. 122).

A Política Externa Comum e de Segurança não são, contudo, implementadas do mesmo modo que as políticas comunitárias como agricultura, meio ambiente, transporte e políticas de pesquisa. A estruturação de poderes entre o Conselho, o Parlamento e a Comissão é consideravelmente diferente do aplicado às políticas comunitárias, como, por exemplo, o fato de a Comissão possuir uma relação mais direta com a PESC, mas sem o direito exclusivo de estabelecer políticas ou submeter iniciativas.

Os instrumentos da PESC são, conforme depreende do Tratado de Amsterdão: (i) posições comuns; (ii) ações conjuntas; e (iii) decisões e conclusão de Acordos Internacionais. As referidas estratégias passam a ser melhor entendidas frente às metas pragmaticamente delimitadas no anexo do Tratado

sob a nomenclatura de uma Política Única, que envolvem cuidado sobre áreas de conflito ou passíveis de conflitos futuros e sobre as situações com potenciais repercussões ou crises políticas.

O estudo do direito comunitário europeu e da vivência prática das questões jurídicas torna-se interessante neste sentido: muito além de uma cooperação regional econômica, há o vívido interesse na cooperação regional em prol das áreas menos favorecidas, com a clara colaboração política em zonas de possíveis conflitos militares com o escopo final de uma união política total (OLIVEIRA, 2000, p. 319). No caso do estudo mais profundo da estratégia da UE, apesar do ideário de paz e de desarmamento no âmbito das Organizações Internacionais e das relações interestatais, a implantação de uma política objetiva de segurança implica inúmeros outros aspectos subjacentes a uma análise superficial, como economia orçamentária militar, desenvolvimento e cooperação tecnológica, energética e integridade territorial assegurada.

Considerando o fenômeno da integração regional sul-americana, sob a perspectiva dos interesses estratégicos latino-americanos e o próprio modelo integracionista teoricamente assimilado (europeu), não se pode deixar de considerar as propostas (políticas e estratégias explícitas, implícitas e possíveis) e práxis do MERCOSUL extremamente comprometidas. O Mercosul necessita, nas palavras de Marcos Costa Lima, *aprofundar a integração*, principalmente pela ordenação de políticas macroeconômicas, aprofundamento da discussão sobre insuficiência institucional, cooperação tecnológica e expansão da cooperação nos setores onde há menor resistência, como justiça, educação e meio ambiente (LIMA, 2000, p. 173).

5. Conclusão – a experiência européia e a aplicabilidade latina

O primeiro aspecto a ser analisado é o fato de o MERCOSUL ter a União Européia

como modelo institucional, muito embora nossos Tratados e instrumentos políticos localizem o processo de integração latino-americano no patamar intergovernamental. É fato, portanto, concorde e pacífico na academia que a União Européia é o modelo mais bem acabado de políticas governamentais de cooperação e integração, não sendo contudo o único modelo.

O belicoso tema de o MERCOSUL ser ou não uma aplicação do modelo da UE é esclarecido por Luis Olavo Batista: "...o MERCOSUL foge aos modelos conhecidos como o da CEE, o do Grupo Andino e outros (...) para um atendimento melhor das realidades regionais" (1998, p. 40). Pode-se, portanto, admitir a inspiração no modelo europeu e ademais um modelamento principalmente a partir da BENELUX (idem), sendo que as fases de união econômica e monetária que não foram cogitadas no Tratado de Assunção necessitariam hoje de instituições ainda não adotadas (idem, p. 53).

Dessa forma, o estudo acadêmico dos mecanismos adotados pela hoje União Européia tornou-se fundamental para o desenvolvimento de uma política governamental integracionista por parte dos governos do MERCOSUL como em uma acepção análoga foram decisivas as colaborações acadêmicas ao direcionamento legalista para a reformulação do Sistema de Solução de controvérsias da OMC (BARAL, 2000, p. 102). Inobstante a abordagem doutrinária e estratégica quase exclusivamente econômica do MERCOSUL em seu contexto regional e internacional, alguns autores acentuam a premissa de discussões mais políticas sobre segurança, como Jacques Ginesta sob o título: *Evaluación de los esquemas de concertación e integración latino-americana*⁹, conforme o avanço europeu translúcido e instrumentalizado no Tratado de Amsterdão.

O pensamento de aprofundamento do Mercosul na realidade é uma das matizes de um movimento mais generalizado que possuía em seu bojo até mesmo a idéia de uma "recriação" do bloco platino. Existem,

portanto, problemas de fragilização do Mercosul, mas em outra escala valorativa; estes estão presentes também na UE, sendo o Tratado de Amsterdão entendido por alguns teóricos como *a consagração de um mecanismo dinamizador e regulador de cooperações reforçadas, permitindo a alguns EM avançarem em detrimento de outros.*(...) *Na verdade, tal mecanismo significa a aceitação de uma construção diferenciada da Europa* (PALMA, 2000, p. 3-4). Dessarte, ao mesmo tempo em que o conjunto de perspectivas para a institucionalização do MERCOSUL deve ser aprofundado, a experiência do modelo europeu é fundamental para o delineamento de estratégias e previsão de fracassos, ainda mais sob a perspectiva adiada de formação da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA), com consequências aplicáveis a cada um dos pontos delineados, a partir de um contexto internacional de segurança e manutenção/apoio à *Pax Americana*.

Notas

¹ Kant refere-se, no primeiro parágrafo de sua obra *Paz perpétua*, a uma inscrição satírica na tableta de um hospedeiro holandês, em que estava pintado um cemitério para os homens em geral, ou especialmente para os Chefes de Estado. Na realidade, o autor previu uma liga do tipo especial, denominada Liga de Paz (*foedus pacificum*) que se distinguiria de um Tratado de Paz (*Pactum Pacis*), que visa somente a pôr fim a uma determinada guerra (1989, p. 41).

² "Na área da paz e da segurança, tem-se observado um consenso crescente no âmbito da ONU, quanto à necessidade de se colocar em prática novas estratégias de prevenção de conflitos. O objetivo de se manter a paz e a segurança se manifesta atualmente na forma de um desafio novo, o de atuar de forma consistente sobre as causas estruturais e imediatas dos conflitos. (...) Se no passado a política externa brasileira buscava a autonomia pela distância dos processos dominados pela lógica bipolar, hoje procuramos a autonomia pela participação ativa em todos os tabuleiros em que se desdobram as relações internacionais" (FONSECA JÚNIOR, 2001, p. 59).

³ "...from a strictly legal perspective, the NATO military intervention in Kosovo violated the United Nations Charter in article 53 [‘The Security Council

shall, where appropriate, utilize such regional arrangements or agencies for enforcement action under its authority. But no enforcement actions shall be taken under regional arrangements or by regional agencies without the authorization of the Security Council...']” (WILETS, 2000, p. 645).

⁴ “A falta de coesão dos europeus é devida aos três principais atores: Paris estava fora da Organização Militar Integrada e não podia exigir reformas da estrutura da OTAN. Bonn, mobilizada pelos problemas da reunificação, preferiu manter a mesma estrutura militar. E Londres, comportou-se como associado europeu ideal para Washington” (CARTA INTERNACIONAL, 2000, p. 8).

⁵ Por estrutura Bicéfala entende-se a tentativa de equilibrar o peso das grandes potências (membros permanentes com poder de veto) contra o direito ou princípio da maioria. É a franca dissonância com o artigo 2º. da própria Carta das Nações Unidas, que prescreve a igualdade entre os Estados, princípio fundamental do Direito Internacional (SEINTENFUS; VENTURA, 1999, p. 105).

⁶ Pode-se assinalar uma típica política comum em torno de interesses regionais neste ponto. “Assinado em 1978 e vigente desde 1980, subscrevem o Tratado de Cooperação Amazônica a Bolívia, o Brasil, a Colômbia, a Guiana, o Peru, o Suriname e a Venezuela. Note-se que este Tratado foi negociado e entra em vigor precedendo, de certa forma, a onda ambientalista, na medida em que tenta tornar a compatível o desenvolvimento socioeconômico e a conservação do meio ambiente” (SEINTENFUS, 1994, p. 170).

⁷ Mais de 40% do território colombiano está sob controle de grupos guerrilheiros (dos quais são as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia, as FARC, chefiadas por Manuel “Tirofijo” marulanda e integradas por 15.000 soldados, e o exército da Libertação Nacional, o ELN, chefiado por Nicolas Rodrigues, com 6000 soldados). O Plano Colômbia foi anunciado pelo vice-ministro da Defesa dos EUA, James Bodner, durante a Conferência de Defesa das Américas, realizada em Manaus, nos dias 18 e 19 de outubro, e visa à repressão da guerrilha entendida como o braço armado do narcotráfico (ARBEX, 2000, p. 10).

⁸ Em recente reportagem, em cadeia nacional, datada de 08/10/2001, o poder judiciário brasileiro expressou sua fragilidade frente à atuação da máfia em meio à colônia chinesa, principalmente na jurisdição paulista. A maior dificuldade encontrada é a variabilidade de dialetos utilizados pela organização criminosa.

⁹ Ginesta, 1999, 62. Com precisão e agudeza de raciocínio, adverte: “En lo referente a la concertación política, que resultó bastante inefectiva si nos atenemos a la labor del SELA, al consenso de Cartagena sobre la corresponsabilidad de la deuda externa

Y de modestos resultados en otros múltiples aspectos, tiene en su haber el logro de haber cimentado la idea de la democracia, la reivindicación de un espacio de decisión autónomo latinoamericano y la concreción de una zona de paz regional y libre de armas nucleares, sólo turbada por algunos episodios aislados, como la reciente y vergonzoza guerra fronteriza entre Ecuador y Peru, lo que ha hecho funcionar a la región como *una comunidad de seguridad*, en el sentido que le adjudica Karl Deutsch a la expresión”.

Bibliografia

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Relações internacionais e política externa do Brasil: dos descobrimentos à globalização*. Porto Alegre: UFRGS, 1998.

ARBEX, José. América Latrina? *Caros Amigos*, São Paulo, Casa Amarela, n. 44, p. 10-11, 2000.

_____. O enigmático Hugo Chávez. *Caros Amigos*, São Paulo, Casa Amarela, n. 42, p. 18-19, 2000.

BARRAL, Welber. *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

BARROS-PLATIAU, Ana Flavia. O novo conceito estratégico da OTAN e a identidade européia da segurança e defesa. *Carta Internacional*, São Paulo, Núcleo de Pesquisa de Relações Internacionais da USP, 2000.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *O Mercosul: suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: Ltr, 1998.

DERVORT, Thomas R. Van. *International law and organization: an introduction*. Thousand Oaks: Sage, 1998.

FONSECA JÚNIOR, Gelson; BELLI, Benoni. Novos desafios das Nações Unidas. *Política Externa*, Brasília, Paz e Terra, v. 10, n. 1. 2001.

GINESTA, Jacques. *El Mercosur y su contexto regional e internacional*. Porto Alegre: UFRGS, 1999.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Quinhentos anos de periferia*. 2. ed. Porto Alegre: UFRGS, 2000.

HALLIDAY, Fred. *Repensando as relações internacionais*. Porto Alegre: UFRGS, 1999.

IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

JAGUARIBE, Helio. *Crise na república: 100 anos depois, primeiro ou quarto mundo?* Rio de Janeiro: Biblioteca Estácio de Sá, 1993.

- _____. *Novo cenário internacional: conjunto de estudos*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.
- _____. *Imperialismo y cultura de violencia em America Latina*. 4. ed. Mexico: Siglo Veintiuno, 1973.
- _____. Brasil e mundo na perspectiva do século XXI. *Política Externa*, Brasília, Paz e Terra, v. 9, n. 1, 2000.
- KANT, Emmanuel. *À paz perpétua*. São Paulo: L&MP, 1989.
- KAPLAN, Abraham. *A conduta na pesquisa: metodologia para as ciências do comportamento*. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1975.
- KELSEN, Hans. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- LIMA, Marcos Costa. Mercosul: a frágil consistência de um bloco regional emergente e a necessidade de aprofundar a integração. In: _____ *processos de integração regional: político, econômico e jurídico nas relações internacionais*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 161-201.
- MAGNOLI, Demétrio. *Questões internacionais contemporâneas*. 2. ed. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2000.
- MERCADANTE, Araminta de Azevedo; PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale. Novo sistema de segurança coletiva? ONU e OTAN. In: MERCADANTE, Araminta; MAGALHÃES, José Carlos de. *Solução e prevenção de Litígios Internacionais*. São Paulo: Capes, 1988, p. 133-173.
- OLIVEIRA, Odete Maria de. Regionalismo. In: BARRAL, Welber. *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 309-327.
- PALMA, Maria João. Tratado de Amsterdão. In: LIMA, Marco Costa. *Processos de integração regional: político, econômico e o jurídico nas relações internacionais*. Curitiba: Juruá Editora, 2000, p. 117-132.
- PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Mercosul, Alca e integração euro-latino-americana*. Curitiba: Juruá Editora, 2001.
- RAMONET, Ignacio. *Geopolítica do caos*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: Do pensamento único à consciência universal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- SEINTENFUS, Ricardo A. S. (Org.). *Bacia do prata: desenvolvimento e relações internacionais*. Porto Alegre: UFRGS, 1987.
- _____. *Para uma nova política externa brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- _____. *Manual das organizações internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- SEINTENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao direito internacional público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A ordem jurídica do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- VILLA, Rafael Antonio Duarte. *Da crise do realismo à segurança global multidimensional*. São Paulo: Anablume, 1999.
- WILETS, Jim. Lessons from Kosovo: towards a multiple track system of human rights protection. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Ft. Lauderdale, Shepard Broad Law Center, v. 6, n. 3, 2000.
- ZORGBIBE, Charles. *Histoire des relations internationales 4: Du schisme Moscou-Pékin à l'après-guerre froide de 1962 à nos jours*. Paris: Hachette-Pluriel, 1995.

Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal

Oswaldo Maldonado Sanches

Sumário

1. Introdução. 2. Um pouco de história. 3. Fundos especiais e fundos atípicos: distinção indispensável. 4. Fundos especiais: conceito legal e atributos básicos. 5. Fundos especiais: naturezas e atipicidades. 6. Condições para a instituição e operação de fundos. 7. Vantagens e desvantagens da execução por fundos especiais. 8. Fontes tradicionais de recursos dos fundos federais. 9. Fundos e instituições financeiras. 10. Os fundos após a Constituição de 1988. 11. Conclusões e recomendações.

1. Introdução

Apesar de bastante populares no setor público brasileiro, os FUNDOS – como instrumentos orçamentários e financeiros – não têm sido objeto de aprofundadas apreciações pela literatura técnica de finanças públicas, nem, tampouco, pela literatura jurídica. Embora existam alguns textos sobre o assunto, estes, de modo geral, tratam apenas de aspectos pontuais da matéria. Em razão disso, são freqüentes as confusões que se estabelecem ao tratar desse tema, inclusive por pessoas com muitos anos de experiência no governo e na área de finanças públicas.

Além desse fato, a ampla variedade desses instrumentos e as alterações ocorridas na ordem jurídica justificam essa situação. No que se refere à diversidade desses instrumentos, o principal problema é que as normas de direito público – constitucionais,

Oswaldo Maldonado Sanches é Consultor de Orçamento da Câmara dos Deputados, ex-Diretor de Orçamento do Estado do Paraná. Mestre em Administração Pública pela EBAP/FGV e pela State University of New York at Albany (USA).

legais e regulamentares – se referem aos fundos, fundos especiais, fundos especiais de natureza contábil, fundos especiais de natureza financeira, fundos de natureza contábil, fundos rotativos, fundos fiscais, fundos contábeis de instituições financeiras, fundos orçamentários, fundos de reserva e fundos de garantia como se cada um desses designativos tivesse caracterização legal (ou doutrinária) precisa e diferenciada das demais, o que na verdade não ocorre. Quanto à ordem jurídica das finanças públicas posterior a 1988, é bem diversa da anterior. Além disso, como se demonstrará nesta abordagem, as poucas modalidades de fundos conceituadas em leis ou decretos incluem problemáticas generalizações.

O propósito deste trabalho é, a um só tempo, o de documentar a evolução dos fundos na administração pública brasileira; o de ampliar a compreensão sobre as principais modalidades desse instrumental na ordem jurídico-constitucional atual; o de questionar a validade do emprego de fundos especiais para a execução de programas e ações públicas no contexto orçamentário atual; e o de contribuir para um mais aprofundado debate desta matéria.

2. Um pouco de história

Origens e evolução através dos tempos

Embora os “fundos” de natureza orçamentária só tenham-se tornado populares no contexto da administração federal a partir dos anos setenta – com fundamento na flexibilização¹ das normas sobre fundos realizada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, nas disposições do art. 71 da Lei nº 4.320/64 e na norma do art. 172 do Decreto-lei 200/67 –, as vinculações de receitas e os fundos especiais são relativamente antigos no setor público brasileiro. São evidências materiais dessa situação, além de sua previsão no Código de Contabilidade Pública, de 28/1/22², o fato de o Decreto nº 23.150, de 15/09/1933, ter proi-

bido, pelo seu art. 24, “a criação de fundos especiais ...” e a existência, já à essa época, de pelo menos três fundos: o Fundo de Amortização dos Empréstimos Internos (criado pelo Decreto nº 4.382, de 8/4/1902), o Fundo Naval (criado pelo Decreto nº 20.923, de 8/1/1932) – o mais antigo fundo programático do Brasil – e o Fundo Especial de Educação e Saúde (criado pelo Decreto nº 21.335, de 29/4/1932)³. Curiosamente, já nesse limitado universo podemos identificar instrumentos de distintas naturezas: o primeiro, um FUNDO CONTÁBIL – na acepção atual –, destinado a acumular recursos para a amortização da dívida interna; o segundo, um FUNDO DE REEQUIPAMENTO, para a aquisição de embarcações, equipamentos e meios de sinalização naval; e o terceiro, o primeiro a incluir o termo “Especial”, um FUNDO PROGRAMÁTICO vinculado a um setor e fundado num tributo especialmente criado.

No plano constitucional, a perspectiva de vincular receitas a fins determinados e de criar fundos para realizar a gestão de tais vinculações foi tratada, pela primeira vez, na Constituição de 1934, cujos artigos 141, 157 e 177 previram o emprego desses meios para os fins de amparo à maternidade e à infância (art. 141), de desenvolvimento da educação (art. 157, §§ 1º e 2º) e de defesa contra a seca nos Estados da Região Norte (art. 177). Porém, como as normas dessa Constituição foram revogadas com o advento do Estado Novo e da promulgação da Carta de 1937, poucos resultados concretos foram gerados nesse campo no período de 1934 a 1966 – embora 14 fundos⁴ tenham sido criados nesse interregno –, por três razões básicas: a) o fato de a cultura administrativa vigente na época ter permanecido muito conservadora até o final dos anos cinquenta, apesar da oxigenação propiciada pela criação do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), em 1938, e pelo funcionamento da Fundação Getúlio Vargas (FGV) a partir de 1945; b) o fato de a Constituição de 1946 não ter incluído disposições sobre fundos e da Lei Maior de 1967, instituída durante os

Governos Militares, ter sido, até o advento da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, muito conservadora no campo das vinculações de receitas; c) a falta de normas legais apropriadas sobre os fundos, situação que só foi sanada com o advento da Lei nº 4.320, em 1964 (poucos dias antes do início do “Regime Militar”), que introduz no País modernos conceitos e práticas de programação e execução orçamentária, fixando normas exigíveis dos três níveis de Governo, mas cuja melhor compreensão e emprego só ocorre vários anos mais tarde.

A Lei nº 4.320 representa um grande avanço normativo no que se refere aos fundos especiais, por conceituá-los de maneira mais significativa, indicando nos arts. 71 a 74 os atributos básicos desses instrumentos especiais de afetação de receitas a determinados objetivos e serviços, bem como pelas concessões que lhes são facultadas no campo das normas peculiares. Ressalte-se, porém, que em termos práticos tais normas tiveram significado bem menor, por representarem, essencialmente, a sistematização das idéias que guiaram a instituição dos fundos então existentes. De qualquer modo, criaram, a partir de então, um referencial estável para a instituição de novos fundos especiais e para a sua obrigatória inclusão nos orçamentos públicos (art. 72).

Porém, foi o art. 172 do Decreto-lei nº 200, de 1967, sobretudo com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-lei nº 900, de 1969, transcrita a seguir, que abriu caminho para a grande proliferação de fundos que ocorreu na administração pública brasileira, sobretudo na União⁵ e nos Estados das regiões Sul e Sudeste, no período 1967 a 1988. Isso fica bem evidente quando se observa que, nesse período, foram instituídos e operacionalizados cerca de cinquenta novos fundos especiais no âmbito dos órgãos e entidades do Governo Federal.

“Art. 172. O Poder Executivo assegurará autonomia administrativa e financeira, em grau conveniente, aos serviços, institutos e estabelecimentos incumbidos

da execução de atividades de pesquisa ou ensino, ou de caráter industrial, comercial ou agrícola, que, por suas peculiaridades de organização e funcionamento, exijam tratamento diverso do aplicável aos demais órgãos da administração direta, observada sempre a supervisão ministerial. § 1º Os órgãos a que se refere este artigo terão a denominação genérica de Órgãos Autônomos. § 2º Nos casos de concessão de autonomia financeira, fica o Poder Executivo autorizado a instituir fundos especiais de natureza contábil [grifo nosso], a cujo crédito se levarão os recursos vinculados às atividades do órgão autônomo, orçamentários e extra-orçamentários, inclusive a receita própria”.

Curiosamente, ao criar essa nova figura – fundo especial *de natureza contábil* –, o Decreto-lei não teve a preocupação de caracterizá-la, ou seja, de indicar os elementos que o distinguiriam do tipo geral delineado no art. 71 da Lei nº 4.320. Segundo nossos levantamentos, somente vários anos mais tarde é que iriam surgir, em atos de regulamentação, delineamentos com vistas à distinção entre os fundos de natureza contábil dos de natureza financeira, como veremos mais adiante. Cumpre salientar, entretanto, que tais delineamentos caracterizam os fundos de natureza contábil como algo bem distinto daquilo que foi intencionado para os órgãos autônomos (fundos programáticos) no âmbito da reforma administrativa realizada pelo Decreto-lei nº 200.

No contexto jurídico de então, os “fundos especiais de natureza contábil” tinham o propósito de articular *um instrumento de flexibilidade operacional para antes da administração direta incumbidos de atividades singulares, por essa razão redefinidos como compondo uma categoria especial: A DOS ÓRGÃOS AUTÔNOMOS*. O pressuposto era o de que apenas uma parte da administração direta requeria tal instrumental, visto que os entes da administração indireta – autarquias, fundações e empresas públicas – já possuíam suficiente grau de autonomia, em especial por: a) terem

personalidade jurídica própria; b) contarem com receitas de recolhimento descentralizado; c) terem suas receitas e despesas incluídas no orçamento sob a forma de dotações globais. Isso não impediu, porém, que logo surgissem argumentos em favor da instituição de fundos especiais (com base no art. 71 da Lei nº 4.320/64) para ampliar a capacidade operacional da administração superior (Ministérios e órgãos equivalentes), independentemente da existência de órgãos autônomos, sob a razoável alegação de que, se tais instrumentos eram cabíveis para as unidades subordinadas, também o seriam para as unidades gestoras.

Desse modo, ao lado dos fundos de natureza constitucional, previstos na Carta de 1967 – o Fundo de Participação dos Estados (FPE), o Fundo de Participação dos Municípios (FPM) e o Fundo Especial (art. 26 dessa Constituição) –, dos fundos pacificamente recepcionados pela nova ordem constitucional (aqueles criados no período 1932 a 1966) e dos facultados, pelo art. 172 do Decreto-lei nº 200, aos órgãos autônomos (por exemplo: o Fundo do Instituto Nacional de Pesos e Medidas, criado em 1970; o Fundo da Escola de Administração Fazendária, criado em 1971; o Fundo da Central de Medicamentos, criado em 1973; o Fundo do Departamento de Imprensa Nacional, criado em 1974; o Fundo da Coordenação das Empresas Incorporadas ao Patrimônio Nacional, criado em 1975; o Fundo da Comissão Executiva da Lavoura Cacaueira, criado em 1981; o Fundo do Arquivo Nacional, criado em 1983; etc.), foram sendo adicionados os fundos vinculados à administração superior dos Ministérios. Os exemplos mais notáveis desse conjunto são: o Fundo do Hospital das Forças Armadas, criado em 1971, na Presidência da República; o Fundo Geral de Turismo, criado em 1971, no Ministério da Indústria e Comércio; o Fundo do Direito Autoral, criado em 1973, no Ministério da Cultura; o Fundo de Eletrificação Rural de Cooperativas, criado em 1977, no Ministério da Agricultura; o

Fundo de Atividades Espaciais, criado em 1985, no Ministério da Ciência e Tecnologia; o Fundo dos Direitos da Mulher, criado em 1985, no Ministério da Justiça; e o Fundo da Marinha Mercante, criado em 1987, no Ministério dos Transportes. Isso sem falar nos casos mais extravagantes, constituídos pela existência de fundos no âmbito de fundos especiais (como os fundos de Estocagem do Serviço de Subsistência, de Ração de Reserva e de Ração Operacional, criados nos anos sessenta, e integrados aos Fundos dos Ministérios Militares – Aeronáutico, Naval e do Exército – e pela criação de fundos vinculados a programas específicos (como, por exemplo, o Fundo Nacional de Cultura e o Fundo Cultural e Artístico, criados em 1986, como instrumentos do Programa Nacional de Cultura).

Efeitos perniciosos da gestão de recursos por fundos

Criados como instrumentos de dinamização da administração pública, numa época em que existia demasiada centralização no processo de execução das despesas públicas – agravada pelas limitações dos meios de comunicação e de informática –, por propiciarem a gestão descentralizada de recursos⁶, os fundos proliferaram de tal modo que acabaram-se transformando em sério problema para a gestão racional da máquina pública. Entre os efeitos perniciosos dessa situação – potencializada pela expressiva ampliação no número de entes da administração indireta no período –, cumpre destacar: a) a perda de flexibilidade para a definição do programa de ação do Governo, dado que recursos excessivos eram alocados em projetos de limitada prioridade enquanto áreas essenciais recebiam recursos insuficientes; b) o aumento dos custos do Tesouro, que com frequência tinha de recorrer a empréstimos para suprir seu caixa enquanto expressivos montantes de recursos permaneciam ociosos no caixa de certos fundos; c) a falta de uniformidade na definição de prioridades para alocações e nas normas para habilitação aos recursos, na medida

em que cada gestor de fundo podia instituir normas próprias sobre tais questões; d) a elevação dos custos operacionais, pela necessidade de registros individualizados da execução orçamentária, financeira e patrimonial de cada fundo; e) a criação de linhas duplicadas de intervenção sobre um mesmo tipo de problema, dado que os objetivos e áreas de atuação dos fundos costumavam ser fixados em termos muito gerais; f) o surgimento de práticas tendentes à criação de dificuldades ao exercício do controle – com vistas a mascarar ações irregulares na gestão dos recursos (desvios, privilégios e superestimativas), tais como a sistemática de transferências cruzadas entre fundos e entidades da administração indireta e os registros com códigos e termos pouco inteligíveis.

*A Secretaria de Orçamento Federal
e os fundos*

Os aspectos negativos da gestão de recursos por fundos se acentuaram de tal modo que acabaram por gerar, a partir de meados dos anos setenta, reações dos órgãos de planejamento e de controle, no sentido de submeter esse tipo de instrumento a sérias reavaliações e de se instituírem normas que limitassem a sua utilização a situações muito especiais. São evidências materiais disso o estudo apresentado no III Seminário Nacional de Orçamento (III SENOP), realizado em 1976, em Salvador – BA, de autoria de equipe técnica da SOF e INOR/IPEA (LEMGRUBER; GUEDES; TRISTÃO, 1976), incluindo uma série de considerações críticas sobre os fundos; a criação de uma Comissão Técnica, em 1976, pela Secretaria do Planejamento da Presidência da República (Portaria nº 120/76-IPEA), para avaliação do sistema orçamentário do País e apresentação de recomendações; e a ação empreendida pelo Governo Federal, por meio do Decreto-lei nº 1.754, de 1979, impondo maior controle sobre os orçamentos próprios dos fundos, redefinindo as fontes de recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento e definindo a sua extinção a partir de 1983. No

âmbito da SOF (atual Secretaria de Orçamento Federal), órgão central do sistema de orçamento da União, a preocupação com a questão dos fundos continuou nos anos seguintes, como evidencia o trabalho iniciado em 1977, com o título “Cadastro de Fundos Federais”, revisado e atualizado em 1979, 1984 e 1989, do qual resultou a publicação “Fundos Federais”, editada pela SOF em 1995.

O trabalho apresentado no III SENOP teve como origem os problemas que vinham sendo enfrentados pelos Governos em razão da excessiva vinculação de recursos, principalmente por intermédio dos fundos, os quais vinham-se ampliando desde os primeiros anos da década dos setenta. As conclusões do Grupo de Trabalho respectivo (ABOP 5, 1976, p. 102), aprovadas por um Plenário de cerca de 2000 técnicos de orçamento da União, Estados e Municípios, foram:

“No que se refere a fundos: 1) sejam estabelecidas restrições à criação de Fundos a qualquer título; 2) seja estudada a possibilidade de fusão dos Fundos assemelhados e extinção daqueles cujos fins possam ser alcançados por meio de recursos do Tesouro; 3) seja estendida aos Fundos remanescentes a sistemática de orçamento próprio [art. 107 da Lei nº 4.320/64], bem como a apresentação de programa de trabalho por ocasião da etapa de programação do Orçamento do Governo.”

Consideradas as conclusões do III SENOP e as recomendações da Comissão Técnica, a SOF passou a promover levantamentos sobre os fundos federais, sistematizando-os num cadastro geral. Esse trabalho, atualizado em 1974, 1979 e 1984, ofereceu importantes subsídios aos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte e ajudou a consolidar a tese da inadequação dos fundos como instrumentos de programação e execução de gastos públicos, ressalvado seu emprego em casos muito especiais. Com fundamento nesse trabalho, a SOF editou, em 1989, o documento “Cadastro de Fundos Federais”, produzido, sobretudo, com o pro-

pósito de auxiliar as autoridades dos Poderes do Estado a cumprir a norma do art. 36 do ADCT, qual seja: “Os fundos existentes na data da promulgação da Constituição, excetuados os resultantes de isenções fiscais que passem a integrar patrimônio privado e os que interessem à defesa nacional⁷, extinguir-se-ão, se não forem ratificados pelo Congresso Nacional no prazo de dois anos”⁸.

Percebendo que apenas o cadastramento dos fundos não seria suficiente, a SOF empreendeu, a partir de 1990, estudos particularizados sobre cada um destes, com o propósito de dar indicações mais objetivas sobre os que deveriam ser ratificados e os que deveriam ser extintos. Esse trabalho acabou sendo frustrado com o advento da Lei nº 8.173 (Plano Plurianual), de 30/01/1991, cujo art. 6º recriou todos os fundos que poderiam vir a ser extintos por decurso do prazo previsto na constituição⁹, prorrogando sua existência até o ano subsequente ao da publicação da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, da Constituição¹⁰. Essa norma legal, embora uma solução pragmática para um vasto conjunto de problemas concretos, acabou por neutralizar a tentativa dos Constituintes de conduzir, por meio de detida avaliação de cada fundo, a uma ampla redução no número desses instrumentos especiais de programação orçamentária, de vinculação de recursos, de articulação de feudos de poder e de exceção ao princípio da unidade orçamentária.

Embora evidenciadas em várias oportunidades, as restrições da SOF à criação de novos fundos e à preservação da maioria dos existentes somente ficam bem claras a partir da publicação “Fundos Federais”, realizada em 1995, cujo texto salienta:

Diante da tentativa constitucional de disciplinar a existência e a criação de Fundos e da profunda mudança ocorrida no processo de liberação de recursos com a criação da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), em 1986, tornando o fluxo de caixa mais ágil e seguro, *temos hoje por obrigação questionar*

a existência desses Fundos [grifo nosso], já que: a) os princípios de autonomia orçamentária e financeira que ensejaram sua criação deixaram de existir no momento em que os Fundos passaram a integrar o Orçamento Geral da União; b) o princípio de agilidade na liberação dos recursos foi superado com a criação da STN; c) a autonomia e flexibilidade de gestão administrativa e financeira existente na administração indireta e nos chamados órgãos autônomos, atualmente prescindem da existência de fundos especiais [grifo nosso]; d) todos os projetos e atividades a cargo dos Fundos podem e devem ser incorporados à programação de seus órgãos gestores, sem prejuízo de sua eficácia por este motivo.”

Tal estudo propõe a extinção de todos os Fundos Especiais, excetuados os protegidos por norma constitucional, ou a reavaliação destes com vistas à ratificação, exclusivamente, dos fundos que se ajustem às determinações da Lei nº 4.320/64 e Decretos-lei nºs 200 e 900; que tenham constado das leis orçamentárias de 1994 e 1995; e que possuam receitas próprias e diversas, isto é, que não sejam mantidos apenas com recursos do Tesouro Nacional.

O Poder Legislativo e a instituição de fundos

Também no Poder Legislativo, as restrições à criação de fundos têm sido bem evidentes, sobretudo a partir de meados da década dos 80. Primeiro, pela inclusão, no texto constitucional, de várias normas restritivas à criação e ao funcionamento de fundos. Depois, pela estruturação do modelo orçamentário que situou os fundos como unidades orçamentárias da administração direta. Terceiro, pelas limitações feitas a esses instrumentos nos projetos de lei complementar orientados para disciplinar a matéria, com base no art. 165, § 9º, da Constituição. Finalmente, por meio de normas que – com base na melhor orientação doutrinária – formalizam o princípio da exceção na

instituição de fundos de qualquer natureza (especiais, rotativos, contábeis, etc.). Com relação a esse último aspecto, é emblemática a posição da Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados, que, incumbida, nos termos dos arts. 32 e 53 do Regimento Interno, do exame de compatibilidade ou adequação orçamentária e financeira das proposições, definiu, em Norma Interna de 22/05/1996, sua posição contrária aos fundos, ou seja:

“Art. 6º É inadequada orçamentária e financeiramente a proposição que cria ou prevê a criação de fundos com recursos da União. Parágrafo único. Ressalvam-se do disposto no ‘caput’ deste artigo, observadas as demais disposições desta Norma Interna e desde que a proposição contenha regras precisas sobre a gestão, funcionamento e controle do fundo, os casos em que: I – o fundo a ser criado seja de relevante interesse econômico ou social para o País e; II – as atribuições previstas para o fundo não possam ser realizadas pela estrutura departamental da Administração Pública.”

3. *Fundos especiais e fundos atípicos: distinção indispensável*

Como se acha evidenciado em vários pontos desta abordagem, as expressões FUNDO, FUNDO ORÇAMENTÁRIO E FUNDO ESPECIAL designam tipos excepcionais de programação orçamentária e de gestão de recursos financeiros. Entre tais instrumentos, *apenas os fundos especiais possuem características razoavelmente definidas em nossa ordem jurídica*, conforme ficará demonstrado mais adiante. Isso não impede que existam, no contexto da administração federal, alguns *Fundos* cujas características os situem como exemplares *atípicos* em relação ao referencial legal básico delineado nesta abordagem, *ou seja, de fundos que, embora criados por normas de ordem superior, não se enquadram nas espécies básicas de fundos especiais*.

Os FUNDOS ATÍPICOS se enquadram, em nosso entender, em cinco categorias, quais sejam: a) fundos de repartição de receitas; b) fundos de redefinição de fontes; c) fundos de instrumentalização de transferências; d) fundos de incentivos fiscais; e) fundos por designação. Destas, as três primeiras são relativas, essencialmente, aos fundos instituídos com base em disposições constitucionais ou por determinação da Lei Maior.

Fundos de repartição de receitas

Enquadram-se nesse grupo os fundos: de Participação dos Estados (FPE); de Participação dos Municípios (FPM); e “Especial” (rateio de parte da receita do IPI entre Estados exportadores de produtos industrializados)¹¹, que constituem apenas instrumentos de repartição das receitas do imposto sobre a renda e do imposto sobre produtos industrializados, segundo os critérios definidos pelos arts. 159 e 161 da Carta de 1988, diferenciando-se dos fundos especiais por não possuírem programação própria. Tais fundos, como se sabe, foram instituídos sob a égide da Constituição de 1967, com três objetivos básicos: tirar partido da melhor e mais aparelhada estrutura de fiscalização tributária da União; atuar no plano da redistribuição dos recursos com vistas a reduzir as disparidades regionais; assegurar alocações mínimas em áreas tidas como de importância estratégica para o desenvolvimento, sobretudo em educação e investimentos em infra-estrutura.

Fundos de redefinição de fontes

Nessa segunda categoria, temos o Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) e o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, criados pelas Emendas Constitucionais nºs 10 e 31, que não se destinam a articular programações, mas sim à particularização de recursos em fontes próprias, com vistas a orientar e a controlar aplicações em certas ações ou objetivos predeterminados. Tais “fundos”, por serem excepcionados (pelo próprio texto constitucional) da observância às normas

que regem a instituição e operação de fundos, possuem as seguintes singularidades: a) não constituem unidades orçamentárias; b) não possuem uma programação própria sujeita a um gestor determinado; c) não se vinculam a um órgão determinado da Administração. Em resumo, tais “fundos” são mais uma forma de particularizar recursos nos orçamentos, por meio de fontes diferenciadas, do que instrumentos especiais de programação e de gestão de recursos.

Fundos de instrumentalização de transferências

Essa categoria é constituída pelos FUNDOS DIFUSOS, ou seja, por itens de programas de trabalho que, sem constituir um fundo, transferem recursos para fundos estaduais com vistas ao cumprimento de disposições constitucionais ou legais. Constitui exemplo típico desse tipo de “Fundo” as transferências previstas na Lei Orçamentária Anual para os Fundos de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), criados nos Estados como fundos contábeis, em obediência ao que estabelece o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (EC nº 14/96). As finalidades desses fundos e os critérios de distribuição dos recursos constam do próprio ato legal que os institui.

Fundos de incentivos fiscais

Nessa categoria se enquadram, além do Fundo de Recuperação Econômica do Espírito Santo (FUNRES), criado pelo Decreto-lei nº 880, de 1969, o Fundo de Investimentos do Nordeste (FINOR) e o Fundo de Investimentos da Amazônia (FINAM), criados pelo Decreto-lei nº 1.366, de 1974, como parte do instrumental concebido pelo Governo para apoiar o desenvolvimento das regiões Nordeste e Amazônica. O caráter atípico desses fundos advém de operarem com recursos de incentivos fiscais e não com dotações orçamentárias, bem como de atuarem por meio de instituições financeiras oficiais

(o Banco do Nordeste do Brasil – BNB e o Banco da Amazônia - BASA) sob a supervisão de órgãos regionais (SUDAM e SUDENE até início de 2001). A diferente natureza desses fundos, em especial por não receberem recursos orçamentários, levou o Governo a excluí-los, a partir de 1997, das Leis Orçamentárias da União, com fundamento em norma contida nas LDOs¹², mantida, entretanto, a obrigatoriedade de submeterem suas prestações de contas ao Tribunal de Contas da União. Os fundos Nacional de Cultura e Nacional para a Criança e o Adolescente, embora também caracterizados como de incentivos fiscais, não são incluídos nesta categoria por duas razões: a) receberem expressivas parcelas de recursos de outras fontes que não os incentivos fiscais, sobretudo do Tesouro Nacional, para financiamento de programações típicas do orçamento; b) possuírem a sua programação detalhada na lei orçamentária anual.

Fundos por designação

Finalmente, a categoria constituída pelos FUNDOS QUE NÃO SÃO FUNDOS, ou seja, por entes da Administração que, embora designados ou tomados por “Fundos”, são, na realidade, entidades da administração indireta. Enquadram-se nessa situação o FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO (FNDE) – criado em 21/11/1968, pela Lei nº 5.537, como *autarquia federal* – e o FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO (FND) – instituído originalmente em 1974 pela Lei nº 6.093 e recriado pelo Decreto-lei nº 2.288/86, como *autarquia* vinculada ao Ministério da Fazenda e ora administrado pelo BNDES –, com legislação que proíbe a realização de doações ou aplicações a fundo perdido. Algo similar ocorre com o FINAME, tomado por muitos como um Fundo, mas que, na realidade, constitui, desde 1971, uma *empresa pública* intitulada “Agência Especial de Financiamento Industrial”, que opera com o suporte do BNDES.

Além dessas categorias, cabe apontar a existência de fundos que, embora mencio-

nados na Constituição e/ou leis específicas e sujeitos à supervisão de entidades da administração federal, fogem às características dos fundos especiais e não integram o patrimônio do setor público. Tais fundos, de natureza parafiscal, constituem soluções atípicas para a acumulação de recursos de terceiros com vistas ao atendimento de objetivos sociais que o Estado tem interesse em tutelar. Os exemplos mais característicos desses são o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e os fundos dos serviços sociais autônomos (SEBRAE, SESI, SENAC, etc.). Outra situação atípica é a do Fundo de Desenvolvimento Social, criado na Caixa Econômica Federal pelo Decreto nº 103, de 22/4/91, com expressa vedação de recebimento de recursos orçamentários.

4. Fundos especiais: conceito legal e atributos básicos

Conceito legal

Conforme já comentamos, os fundos especiais tiveram sua primeira caracterização legal estabelecida pelo Código de Contabilidade Pública, cujo art. 83 definiu FUNDO ESPECIAL como “o produto das fontes de renda a que, em virtude de preceitos de lei e de estipulações contratuais, houver sido determinada aplicação especial.” Curiosamente, o Decreto nº 20.923, de 8/1/32, que instituiu o Fundo Naval, não se reportou a esse fundamento legal, mas sim a um ato do próprio Governo Provisório (o Decreto nº 19.398), baixado no mês de novembro de 1930. Essa definição do Código de Contabilidade foi aprimorada pela Lei nº 4.320, de 17/3/64, cujo art. 71 estabelece: “Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.” *Tal conceito legal, como afirmado em vários textos técnicos e jurídicos, continua sendo a principal norma legal sobre este meio especial de execução orçamentária, sendo utilizado, inclusive no*

glossário de termos do Sistema Integrado de Administração Financeira (SIAFI).

É preciso ter presente, entretanto, que o conceito delineado pelo art. 71 possui elementos adicionais estabelecidos em outros dispositivos da própria Lei nº 4.320, como o contido no art. 72, que deixa claro que *os fundos integram a Lei de Orçamento e que as aplicações destes devem ocorrer por meio de dotações consignadas na Lei de Meios*. A relevância desse imperativo é de tal ordem que, além de previsto na Constituição, ele tem sido reafirmado no texto das leis de diretrizes orçamentárias dos últimos dez anos. Também os arts. 73 e 74 da Lei nº 4.320 complementam o art. 71, ao indicar, como regra, a apropriação pelo fundo dos saldos existentes ao final do exercício e ao prever a possibilidade da definição de normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas na lei que instituir o fundo. Portanto, pode-se adotar como CONCEITO LEGAL DE FUNDO ESPECIAL: *o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, mediante dotações consignadas na Lei de Orçamento, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação, controle, prestação e tomada de contas.*

Atributos básicos

Nos termos da Legislação vigente, os fundos especiais, *necessariamente criados com base em prévia autorização em lei*¹³, devem possuir os seguintes atributos:

I - *receitas especificadas*, ou seja, o fundo especial deve ser instituído com base em receitas específicas (tributos, contribuições ou outras receitas), determinadas em lei;

II - *gastos vinculados à realização de determinados objetivos*, ou seja, a aplicação das receitas deve vincular-se à realização de investimentos, serviços ou ações claramente conexos com os programas de interesse da Administração que levaram à instituição do Fundo;

III - *vinculação a órgão da administração direta* de um dos Poderes, ou seja, não há razão para se criar fundo vinculado ou ge-

rido por autarquia, fundação ou empresa pública¹⁴;

IV – *aplicação dos recursos por meio de dotações consignadas na Lei Orçamentária* (por alocação originária ou mediante créditos adicionais), ou seja, os fundos constituem meios para a execução orçamentária de despesas e não para gastos extra-orçamentários;

V – *utilização de contabilidade particularizada no âmbito do sistema contábil setorial*, ou seja, esta não existe em separado, mas como parte da contabilidade do órgão orçamentário a cuja programação o Fundo se integra na Lei Orçamentária;

VI – *normas peculiares de aplicação*, ou seja, a lei que instituir o fundo especial poderá estabelecer ou dispor sobre condições e exigências para a aplicação dos recursos;

VII – *emprego de meios adicionais de controle*, ou seja, os fundos requerem orçamentos detalhados, contabilidade particularizada e prestações de contas específicas;

VIII – *preservação dos saldos do exercício*, ou seja, salvo disposição em contrário na lei que instituir o Fundo, os saldos apurados no Balanço de final de exercício se convertem em disponibilidades deste para gastos futuros.

Desse conjunto de elementos emerge a conclusão que deve ser mantida em perspectiva, ou seja, a de que *o fundo especial não constitui uma entidade jurídica ou órgão orçamentário* – embora tenha passado a ser caracterizado como unidade orçamentária nas Leis de Meios –, *mas, sim, um tipo especial de gestão financeira dos recursos vinculados à realização de determinados objetivos por determinação legal*, cujos atos de execução de receitas e despesas devem ser particularizados no sistema de Contabilidade do órgão a que se vincula.

Como se pode observar, as caracterizações legais dos fundos e dos fundos especiais têm sido vazadas, quase sempre, em termos genéricos. Isso possibilita a realização de interpretações extensivas de sua aplicabilidade e a articulação de criativas normas sobre a operação e a aplicação dos recursos de

cada Fundo, gerando instabilidade tanto para seus gerentes quanto para os agentes dos sistemas de controle, além de comprometer a transparência dos processos.

A situação é quase a mesma no plano regulamentar, embora a partir do advento do Decreto nº 93.872, de 1986 (arts. 72 a 81), tenham sido estabelecidas limitações objetivas ao emprego desse instrumental. Foi esse Decreto que definiu a obrigatoriedade da aprovação dos orçamentos próprios dos fundos especiais antes do início do exercício financeiro, que submeteu a sua contabilidade aos Sistemas de Controle Interno dos Poderes da República, que vedou a existência de fundos especiais em empresas públicas e fundações, e que orientou no sentido de que os fundos inativos por mais de dois exercícios fossem extintos. Embora tais inovações tenham perdido relevância com o advento da Constituição de 1988, que tornou obrigatório o detalhamento da programação dos fundos, autarquias e fundações na lei orçamentária anual, essas normas constituíram importantes avanços na época em que foram instituídas.

5. Fundos especiais: naturezas e atipicidades

Embora o conceito legal dos *fundos especiais* induza ao raciocínio de que tais constituem uma só espécie de instrumento especial de programação e de execução de despesas públicas, a atenta análise do universo de fundos institucionalizados na administração federal e da legislação que os rege demonstra que existem caracterizações normativas que tentam situá-los como sendo de *duas naturezas básicas*: CONTÁBIL e FINANCEIRA. Além dessas, em razão da falta de um claro delineamento de tais categorias – tanto no plano legal como nas abordagens teórico-doutrinárias –, podem ser identificadas várias atipicidades nesse instrumental, inclusive formas híbridas (fundos com múltiplas operações) e uso de denominações inadequadas (que mascaram seus objetivos).

Algumas dessas atipicidades derivam do precário entendimento dado aos “Fundos Rotativos”, que, embora distintos dos fundos especiais, acabaram sendo, em alguns poucos casos, impropriamente caracterizados como tipos singulares dos fundos especiais.

As diferentes naturezas dos fundos especiais

A distinção entre as várias naturezas dos fundos especiais (contábil e financeira) só passa a existir a partir do Decreto nº 93.872/86 – único ato regulamentar citado no RELATÓRIO E PARECER PRÉVIO SOBRE AS CONTAS DO GOVERNO, DE 1997 (p.124) como parte da legislação básica sobre os fundos –, cujo art. 71 (reafirmando o que dispõe a Lei nº 4.320), estabelece: “Constitui *Fundo Especial de natureza contábil ou financeira*, para fins deste Decreto, a *modalidade de gestão* de parcela de recursos do Tesouro Nacional, vinculados por lei à realização de determinados objetivos de política econômica, social ou administrativa do Governo”¹⁵. Nos parágrafos 1º e 2º, desse artigo, o Decreto situa como FUNDOS DE NATUREZA CONTÁBIL “os constituídos por disponibilidades financeiras evidenciadas em registros contábeis [recursos pertencentes ao patrimônio do próprio Fundo], destinados a atender saques a serem efetuados contra o caixa do Tesouro Nacional”, e como FUNDOS DE NATUREZA FINANCEIRA “os constituídos mediante a movimentação de recursos do caixa do Tesouro Nacional para depósitos em estabelecimentos oficiais de crédito, segundo cronograma aprovado, destinados a atender aos saques previstos em programação específica [cobertura de gastos na execução de programas de trabalho do Governo].”

Como se pode perceber, tais caracterizações padecem de vários problemas. O primeiro destes é serem de difícil compreensão, por se referirem a conceitos e práticas que não são de uso comum no dia-a-dia da administração pública (afinal, qual a diferença entre “saques contra o caixa do Tesouro” e “saques previstos em programação específica”). O segundo é a ótica emi-

nentemente financeira das caracterizações, que dificulta uma percepção mais clara dessas espécies para efeitos de programação orçamentária. O terceiro, e mais importante, é a articulação de uma dicotomia que não se sustenta na prática, visto que a maior parte dos fundos “de natureza financeira”, com base em disposição constante de seu ato de instituição ou na faculdade estatuída pelo art. 73 da Lei nº 4.320, tem direito de se apropriar dos saldos apurados nos balanços dos anos anteriores, tornando-se credores de “disponibilidades financeiras evidenciadas em demonstrativos contábeis”. Além disso, qualquer movimentação de recursos (disponibilidades ou créditos) tende a demandar prévia programação específica e a movimentação de recursos a ocorrer, em quaisquer casos, salvo poucas exceções, por meio de estabelecimentos oficiais de crédito.

Em razão disso, entendemos que tal distinção não é suficiente, sobretudo para os fins de tipificação dos fundos a partir da natureza programática de suas operações. Como alternativa, propomos, até que surjam caracterizações legais melhor acabadas, o seguinte entendimento: que os fundos especiais sejam tidos como de natureza CONTÁBIL quando *operarem com ativos (moeda, títulos, direitos e/ou assemelhados)* destacados das disponibilidades do caixa do Tesouro Nacional (embora possam até permanecer custodiados neste) para a realização de ações ou operações que representem essencialmente imobilizações temporárias (empréstimos, aquisição de títulos e outras inversões financeiras e/ou prestação de garantias), e de natureza FINANCEIRA quando *operarem apenas com dotações e recursos (moeda)* do caixa único do Tesouro, individualizados em seu nome por meio de contas bancárias em estabelecimentos oficiais de crédito, para a realização de investimentos e/ou custeio de programações típicas do setor público detalhadas nas LOAs. Porém, tendo em vista que essa é uma caracterização nova (*ex post* à criação de muitos fundos), cumpre observar que vários dos fundos ora

ativos realizam ações de ambas naturezas (combinam ações de inversões financeiras, ou seja, aplicações com retorno ao patrimônio do fundo, com ações de caráter programático ligadas aos objetivos do fundo, sem retorno ao patrimônio do fundo), como, por exemplo, o Fundo de Amparo ao Trabalhador, o Fundo de Defesa da Economia Cafeeira e o Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações – FUNTTEL.

Fundos especiais de natureza contábil

Embora alguns autores, como Sella e Arruda (1996), caracterizem os FUNDOS CONTÁBEIS como “técnica de contabilidade que tem o propósito de fornecer informações de caráter gerencial e financeiro de uma determinada área de responsabilidade, possibilitando a aferição de resultados setorializados ou priorizados, sendo apenas um mecanismo administrativo opcional da entidade”, no âmbito federal, os fundos dessa natureza, criados nos últimos anos, têm características e objetivos bem mais amplos. Entre os instituídos na vigência da atual Constituição, são declaradamente “de natureza contábil” os fundos: de Garantia para a Promoção da Competitividade – FGPC (Lei nº 9.531/97); Nacional de Desestatização (Lei nº 8.031/90); de Garantia à Exportação – FGE (Lei nº 9.818/99); de Aval para a Geração de Emprego e Renda – FUNPROGER (Lei nº 9.872/99); de Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações - FUNTTEL (Lei nº 10.052/00); e de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior – FIES (Medida Provisória nº 2.094/99). Tais fundos, com suas operações realizadas por intermédio de instituições financeiras oficiais – sobretudo BNDES e Banco do Brasil –, embora mobilizando recursos do Tesouro (por vinculações de receitas, destinações de ativos ou transferências orçamentárias), não vinham sendo incluídos nas Leis Orçamentárias dos últimos anos, em violação ao disposto no art. 165, § 5º, da Constituição, ou seja, que os fundos – sem distinção – devem constar dos orçamentos fiscal e da seguridade social.

Essa irregularidade, porém, ao que parece, deverá ser corrigida a partir do próximo orçamento, já que o MTO/2-2002, editado pela SOF, passou a incluir tais fundos como unidades orçamentárias. Com relação aos fundos assim caracterizados, cumpre observar que, embora maior parte deles se destine a realizar inversões financeiras ou a prestar garantias a certas operações, parte desses tem dupla natureza, como ocorre com o FUNTTEL (que, além de aplicar recursos no processo de inovação tecnológica, na capacitação de pessoal e no fomento à geração de empregos, destinará, a partir de agosto de 2001, 20% de seus recursos à Fundação CPQd) e com o Fundo de Defesa da Economia Cafeeira (que, além da concessão de financiamentos, realiza um programa de trabalho peculiar).

Fundos especiais de natureza financeira

Pelas práticas atuais, os fundos especiais “de natureza financeira” são aqueles cujos atos de instituição não explicitam a sua natureza (deixando implícito não se tratarem de fundos “de natureza contábil”) e, por outro lado, definem objetivos cuja realização envolva a execução de ações programáticas. Tais elementos acham-se presentes nos atos de criação dos fundos: de Promoção do Esporte Amador (Lei nº 7.752/89); do Meio Ambiente (Lei nº 7.797/89); para a Criança e o Adolescente (Leis nºs 8.069/90 e 8.242/91); Penitenciário Nacional (Lei Complementar nº 79/94); de Segurança e Educação do Trânsito (Lei nº 9.503/97); de Aparelhamento e Operacionalização das Atividades Fim da Polícia Federal (Lei Complementar nº 89/97); de Terras e da Reforma Agrária – Banco da Terra (Lei Complementar nº 93/98); de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Lei nº 9.998/00) e Nacional de Segurança Pública (Lei nº 10.201/01). Todos esses fundos têm a sua programação detalhada nas leis orçamentárias anuais e, além de eventuais normas peculiares de prestação de contas, subordinam-se às normas gerais de execução orçamentária e contabilidade pública.

Atipicidades: fundos rotativos

Ao lado dos Fundos Especiais, alguns atos legais e abordagens teóricas se reportam aos *fundos rotativos*. Também nesse caso cumpre lamentar o precário delineamento desse instrumento na literatura técnica brasileira. Tal designativo, constante do art. 13 da Lei nº 4.320 como um dos níveis de detalhamento da subcategoria econômica INVERSÕES FINANCEIRAS, jamais foi objeto de delineamento legal. Não obstante, o seu enquadramento como uma das modalidades das inversões financeiras representa uma importante delimitação, qual seja, a de que *as alocações em fundos rotativos não se destinam à realização de gastos (custeios ou investimentos), mas à execução de aplicações que não impliquem perdas patrimoniais para o setor público*. Tais aplicações devem representar apenas temporárias imobilizações, constituindo, ao nível dos balanços patrimoniais, simples alterações entre as contas do Ativo sem modificação em seu montante.

Na falta de um melhor delineamento legal, não faltaram tentativas no sentido de caracterizar os fundos rotativos como uma variedade dos fundos especiais, distinguindo-se dos tipos tradicionais por serem mais um instrumental de administração de certas operações de entes com operações industriais ou comerciais do que um meio para a implementação de programações. É nessa perspectiva que deve ser tomado o delineamento feito por J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis, na obra *A Lei 4.320 Comentada* (28ª edição, Rio de Janeiro, IBAM, 1998), segundo o qual OS FUNDOS ROTATIVOS “se caracterizam pela obtenção de receita própria, que é utilizada no desenvolvimento de suas operações, gerando novos recursos que são reinvestidos nas suas atividades.” Durante a década dos 70, no Estado do Paraná, a criação desse tipo de fundo foi entendida como válida para entes com operações especiais – de Imprensa Oficial, por exemplo – para centralizar as receitas e despesas de suas atividades industriais, evi-

denciando que a produção cobria os seus custos. De igual modo entendeu-se que ela seria cabível em órgãos centrais de compras, para viabilizar a aquisição de materiais de uso geral, sendo tais aplicações ressarcidas pelas unidades usuárias quando da requisição dos materiais; bem como em unidades de extensão e assistência rural, para viabilizar a aquisição de equipamentos e insumos agrícolas com vistas ao seu fornecimento, a preço de custo, a pequenos produtores do setor primário.

Embora existam alguns registros da criação de fundos desse tipo na administração federal –tais com o Fundo Rotativo da Comissão de Financiamento da Produção, o Fundo Rotativo de Máquinas Agrícolas para Revenda, o Fundo Rotativo de Águas e Esgotos, o Fundo Rotativo Habitacional de Brasília e o Fundo Rotativo da Câmara dos Deputados –, todos constituídos há mais de vinte e cinco anos, *nas práticas recentes da administração federal esse tipo de fundo caiu em completo desuso*, sendo substituído, com vantagens, pelos fundos especiais de natureza contábil e por programas de caráter permanente das agências financeiras oficiais de fomento. Salientamos, com relação aos dois últimos (“Fundo Rotativo da Câmara dos Deputados” e “Fundo Rotativo Habitacional de Brasília”¹⁶) – que permaneceram ativos após a Constituição de 1988 –, que, embora incluindo o designativo “fundo rotativo” em seu título, tais fundos sempre se caracterizaram, por suas fontes de recursos, objetivos e operações (custeio de gastos e realização de investimentos), como autênticos fundos especiais de natureza financeira.

Outras atipicidades

Além dos fundos com operações híbridas (contábeis e financeiras), referidos há pouco, outras atipicidades significativas ocorrem nos fundos constitucionais de financiamento aos setores produtivos das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste (FNO, FNE e FCO), instituídos pela Lei nº 7.827, de 27/09/1989, com vistas a dar cumprimento

ao art. 159, I, c, da Constituição. A primeira dessas atipicidades é a singularidade de terem seus recursos básicos (percentual dos Impostos sobre a Renda e sobre Produtos Industrializados), instrumentos de aplicação (instituições financeiras regionais) e referencial básico de planejamento (planos regionais de desenvolvimento) definidos pela própria Constituição. A segunda, o fato de tais fundos, embora constituídos como unidades orçamentárias, não possuem conteúdo programático, tendo seus recursos alocados na Lei de Meios sob a forma de dotações globais, que são particularizadas pelos agentes financeiros durante o exercício e em consonância com os planos regionais de desenvolvimento. A última, e maior dessas, o fato de terem sido criados como fundos de natureza financeira para cumprir funções típicas dos fundos de natureza contábil (realização de inversões financeiras). Essa atipicidade acha-se presente também no Fundo de Terras e da Reforma Agrária – Banco da Terra, que, embora não tenha sido caracterizado como fundo especial de natureza contábil, destina-se à realização de operações (inversões financeiras) mais típicas destes. Também apresenta relevante atipicidade o Fundo Nacional de Saúde, cuja dinâmica operacional é típica de autarquia.

6. Condições para a instituição e operação de fundos

Desde as primeiras edições de sua obra *A Lei 4.320 Comentada*, lançada em 1971 (Rio de Janeiro, IBAM), J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis têm observado que “a Constituição do Brasil [de 1967] não proíbe a criação de fundos, apenas veda a vinculação do produto da arrecadação de qualquer tributo a determinado órgão, fundo ou despesa (§ 2º do art. 62)”. Tal posicionamento, correto e adequado ao contexto jurídico-constitucional da época, em nosso entender, requer poucos ajustes para se conformar à situação atual. *A Constituição de 1988 tampouco proíbe a criação de fundos, porém impõe*

quatro condições para tanto, quais sejam: a) que a criação do fundo não envolva vinculação de receita de impostos, ressalvadas as exceções enumeradas pela própria Lei Maior (art. 167, IV); b) que a instituição do fundo, independentemente de sua natureza, conte com prévia autorização legislativa (art. 167, IX); c) que a programação do fundo conste da lei orçamentária anual (art. 165, § 5º) na forma indicada pela lei de diretrizes orçamentárias (art. 165, § 2º); d) que a instituição e o funcionamento do fundo se dê segundo as condições fixadas em lei complementar (art. 165, § 9º, II), tão logo essa lei se torne disponível (existem apenas projetos em tramitação no Congresso Nacional).

Com relação a essas condições básicas, cabem as seguintes observações:

No que se refere às “vinculações de receita”, a *Constituição atual*, diferentemente da anterior, que proibia a vinculação de qualquer tributo, *veda apenas a vinculação de impostos*, não impedindo que se promova a vinculação de taxas, de contribuições e de receitas de outras naturezas. Essa vinculação, nos termos do que estabelece o art. 71 da Lei nº 4.320/64, deve ocorrer por Lei, a qual deverá indicar os objetivos ou serviços que serão viabilizados pela vinculação, podendo estabelecer ou não normas peculiares de aplicação, controle, prestação e tomada de contas, bem como disposições sobre o destino do saldo apurado no balanço anual.

Quanto à “prévia autorização legislativa” – cuja forma e conteúdo se acham pendentes de melhor definição, dado o que dispõe o art. 165, § 9º, II, *in fine*, da Constituição –, resta decidir se há necessidade de lei específica ou se tal autorização pode estar contida em lei genérica ou setorial¹⁷. Porém, seja por lei genérica que trate de matéria correlata (vide Lei Complementar nº 95), seja por lei específica, a prévia autorização legislativa é essencial, devendo esta indicar, pelo menos: I - as receitas específicas que lhe ficam vinculadas; II - os objetivos ou serviços em favor dos quais serão aplicadas tais receitas. Essas exigências derivam da Lei nº 4.320, que, se-

gundo interpretações abalizadas¹⁸, foi recepcionada pela atual ordem constitucional, a fim de regular a matéria até o advento da lei complementar prevista no art. 165, § 9º, da Lei Maior. Segundo os artigos 71, 73 e 74 da Lei nº 4.320, impõe-se que a lei que instituir o fundo: a) especifique as receitas que lhe ficam vinculadas; b) indique os objetivos ou serviços em favor dos quais as receitas vinculadas serão aplicadas; c) indique o destino do saldo apurado no balanço anual do fundo; d) indique, se desejável, normas peculiares de aplicação de recursos, bem como de controle, de prestação e de tomada de contas. Portanto, são vedadas autorizações genéricas que não cumpram tais exigências, como, por exemplo: “Fica o Poder Executivo autorizado a instituir o Fundo ...”

Com relação às “condições para a instituição e funcionamento de fundos, na forma da lei complementar”, uma das novidades da Lei Maior, no campo dos fundos, cumpre observar que pouco se avançou na viabilização do que determina a Constituição em seu art. 165, § 9º, II (“cabe à lei complementar ... estabelecer ... condições para a instituição e funcionamento dos fundos.”) O pior é que, além de tais normas ainda não terem sido produzidas, mesmo nos projetos mais articulados sobre a matéria – o PLC nº 222/90, de autoria do Deputado José Serra, e o PLC nº 135/96, de autoria da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização –, a matéria relativa a “Fundos” se acha insuficientemente regulada. Não obstante, no texto do substitutivo aprovado pela Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados, na apreciação do PLC nº 135, foram incluídas três promissoras normas sobre os fundos, quais sejam: 1) eles passam a ter prazo limitado de vigência, o qual, ressalvado no caso dos fundos Constitucionais, não poderá exceder o período de vigência do PPA; 2) cada fundo terá de ser avaliado ao final do prazo de vigência como condição para a sua renovação por novo período; 3) não será permitida a criação de fundo ou a renovação de sua vigên-

cia em três situações: I - quando seu programa de trabalho puder ser executado diretamente pelo órgão a que se vincula; ou II - quando suas receitas próprias não atingirem cinquenta por cento de sua receita total; ou III - quando suas finalidades puderem ser alcançadas pela simples vinculação de receitas a objetivos ou serviços específicos.

Quanto à “inclusão da programação do fundo na lei orçamentária anual (LOA), na forma indicada pela LDO”, constitui uma das principais mudanças em relação à ordem legal anterior a 1988. No período 1965 a 1989, a inclusão da programação dos fundos nos orçamentos foi regida por diversas orientações, porém sempre sob o entendimento de que a execução de despesas, por meio de fundos especiais, só poderia ocorrer no contexto da lei orçamentária. De 1965 a 1972, embora já vigentes as normas da Lei nº 4.320/64 – cujo art. 72 estabelece que “a aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a fundos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais” –, as dotações destinadas aos fundos, ressalvadas algumas exceções, não constavam de forma perceptível nos Orçamentos, sendo tais identificáveis apenas por codificações técnicas. Essa situação se modifica, em parte, a partir da Lei Orçamentária de 1973, quando na nova estrutura da Lei de Meios – formalizada no ano seguinte para uso pela União, Estados e Municípios, pela Portaria nº 9/74 do Ministro de Estado do Planejamento – a programação de cada fundo passa a ser explicitada, sob a forma de projetos (dotações globais de contribuições a fundos) no “Programa de Trabalho” do órgão supervisor¹⁹. Porém, *apenas com as normas da Carta de 1988 é que se avança no sentido de promover uma mais clara identificação das realizações a cargo dos fundos nos Orçamentos*. Para tanto, estes passam a ser caracterizados, a partir da LOA de 1990, como unidades orçamentárias (nos termos do art. 14 da Lei nº 4.320) da administração direta do Ministério ou órgão supervisor a que se vinculam.

Portanto, existem duas grandes diferenças no processo atual de programação dos fundos especiais, em relação à situação vigente até 1988: 1) a clara identificação dos fundos nas Leis Orçamentárias; 2) a exigência de apropriado detalhamento programático das despesas, uma vez que foi suprimida a norma da Constituição anterior (art. 62, § 1º) que facultava a previsão dos gastos dos fundos sob a forma de dotações globais²⁰ e seu detalhamento posterior por meio de orçamentos próprios. Num primeiro momento, isso ocorreu por força das normas da Portaria nº 9/74 (inciso III), que exigiam o detalhamento dos gastos por subprogramas, e, a partir de 1990, em decorrência das normas das leis de diretrizes orçamentárias (LDOs), que passaram a exigir que a alocação de recursos na lei orçamentária anual, para Poderes, *seus fundos*, órgãos e entidades da administração indireta (art. 9º da LDO/90), se fizesse por subprojetos e subatividades (art. 42, § 6º da LDO/90), com individualização das metas e localidades beneficiadas.

Nesse novo contexto, tornou-se óbvio que *a programação por meio de Fundos Especiais não dispensa o administrador público da obrigação de programar, previamente, a alocação dos seus recursos, detalhando-os por categorias programáticas e realizando a especificação da despesa segundo as categorias definidas na LDO do exercício*, ambos em consonância com os objetivos que levaram à criação do fundo. Cumpre salientar, porém, que essa exigência não decorre apenas das normas da Constituição de 1988 – bem mais restritiva sobre os Fundos do que as anteriores – mas também das normas da Lei nº 4.320, cujo art. 2º, § 2º, determina que os planos e a aplicação dos fundos especiais devem acompanhar a Lei de Orçamento. O reforço em tal exigência, sobretudo pelas normas das LDOs, deriva da necessidade de dar maior substância aos projetos sobre matéria orçamentária submetidos à apreciação do Poder Legislativo, bem como de *respeitar a proibição do início de programas ou projetos que não estejam incluídos na lei orçamentária anual*, nos termos do que estabelecem os

arts. 166 e 167, I, da Constituição. Observe-se que a norma do art. 167, I, define o nível mínimo de detalhamento do programa de trabalho dos fundos, isto é, por projetos, nível que pode ser (e tem sido) ampliado pela LDO.

No que se refere à questão do controle, embora a Lei nº 4.320/64 tenha conferido certa flexibilidade aos Fundos, ao estabelecer, em seu art. 74 que a, “A lei que instituir fundo especial poderá determinar normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas, sem, de qualquer modo, elidir a competência específica do Tribunal de Contas ou órgão equivalente”, entendemos que tal norma se acha, em grande parte, derrogada. Afinal, será que existe hoje espaço para tais “normas peculiares”? Lembramos que, no contexto atual, a programação do fundo deve: 1) constar da Lei Orçamentária Anual (art. 165, § 5º, da Constituição); 2) ser detalhada por categorias programáticas em seu menor nível, isto é, por subtítulos (subprojetos e subatividades) e especificadas por grupos de despesa (como manda a Lei nº 9.995/2000 – LDO/2001 – nos arts. 3º a 7º); 3) respeitar as restrições fixadas pela Constituição (art. 167), pela Lei de Responsabilidade Fiscal e pela LDO do exercício (vide, por exemplo, os arts. 21, 24 a 26, 31 e 35 da LDO/2001); 4) ter sua execução registrada no SIAFI, mensalmente, compreendidas todas as operações de execução da receita e da despesa (arts. 71, 72 e 78 da LDO/2001), segundo Plano de Contas que observe as normas de contabilidade fixadas pela Lei nº 4.320; 5) ter seus registros patrimoniais realizados nas Contas do ente a que se vincula, por não possuir patrimônio próprio; 6) funcionar com o CNPJ da entidade a que se vincula, com todos os documentos da despesa emitidos em nome deste e do Fundo.

Em razão disso, o aspecto mais suscetível de normas peculiares é o da prestação de contas, pois, se o fundamento da criação do fundo é atender um determinado objetivo, impõe-se que a alocação dos recursos, *in concreto*, se faça com base numa programação que detalhe, física e financeiramente,

como isso irá ocorrer em cada exercício. Essa programação, por certo, há de ser aprovada pelo titular do órgão a que se vincula o instrumento especial de execução de gastos, pois, se a questão é de tal relevância que justificou uma medida excepcional – a criação de um fundo –, é natural que o gestor deste tenha de prestar contas detalhadas, ao escalão superior, de suas ações e dos resultados obtidos na concretização dos fins respectivos. Sem isso a gerência do órgão não poderá empreender avaliações periódicas sobre o desempenho do fundo na realização de seus objetivos, nem decidir sobre eventuais medidas corretivas²¹. Essa seria, portanto, uma condição adicional para a instituição e operação de fundos especiais na administração pública federal.

Em resumo, seja pelas normas ora vigentes – disposições da Constituição complementadas pelas normas da Lei nº 4.320 (recepcionada pela nova ordem constitucional), do Decreto-lei nº 200, da Lei Complementar nº 101 e das LDOs –, seja pelas contidas nos textos das proposições que expressam as tendências de médio prazo – em particular os dos projetos de lei complementar que tramitam no Congresso Nacional –, as condições básicas para a instituição e operação dos fundos especiais²² são: a) criação por lei, na qual se definam os recursos do fundo (proibida a vinculação de impostos), o órgão a que este ficará vinculado e os objetivos ou serviços a serem atendidos; b) definição de normas peculiares de aplicação, de controle, de prestação e tomada de contas, preservada a competência do TCU e respeitados os princípios de universalidade e unidade de caixa acolhidos pela Constituição; c) inclusão da programação do fundo na Lei Orçamentária Anual com os detalhamentos definidos pela LDO do exercício (por programas, ações e localidades/entidades beneficiadas); d) observância ao plano de contas único da Administração e registro das transações de receita e despesa no SIA-FI, facultada a adoção de detalhamentos adicionais na contabilidade própria; e) ope-

ração com o CNPJ do órgão ou entidade a que o fundo se ache legalmente vinculado; f) prestação de contas segundo as normas gerais aplicadas à Administração e normas particulares definidas na lei de criação.

7. Vantagens e desvantagens da execução por fundos especiais

Como salientamos anteriormente, os fundos constituíram um valioso recurso para agilizar a execução orçamentária e financeira nos tempos em que a centralização dos processos e as restrições dos meios de comunicação retardavam as ações da administração pública. Porém, com as mudanças operadas nos processos do setor público, a partir dos anos 70, e ganhos trazidos pelos modernos recursos de comunicação e informática, a partir dos anos 80, muitas das vantagens desse instrumental passaram a desaparecer, tornando mais evidentes as suas desvantagens.

Deixando de lado as avaliações passadas sobre as vantagens e desvantagens da execução orçamentária por meio de fundos – já anteriormente comentadas –, importa considerar quais seriam, no contexto atual, os principais aspectos positivos e negativos dessa forma de execução²³.

Possíveis vantagens da execução orçamentária por intermédio de fundos

a) garantir que certa receita ou conjunto de receitas seja destinada a um setor, entidade, área geográfica ou ramo de atividades, para a execução de uma determinada programação ou para viabilizar a realização de objetivos pré-estabelecidos (resultado que geralmente pode ser obtido com a simples vinculação de receitas, sem a necessidade da criação de fundos);

b) descentralizar a execução de um programa de trabalho para um determinado gestor, com a correspondente descentralização das responsabilidades pela execução dos gastos, já que o gestor do fundo é legalmente responsável pelos atos de gestão que praticar

(embora sem prejuízo da responsabilidade solidária do ordenador setorial de despesas);

c) viabilizar melhores avaliações dos resultados obtidos com a execução da programação, bem como dos custos das atividades (serviços, obras, empreendimentos, etc.) que lhe são relacionadas, pela possibilidade de adoção de normas peculiares de programação e controle (embora o melhor controle dependa mais de vontade política do que de instrumental);

d) possibilitar um controle mais sistemático e efetivo sobre as receitas geradas com a prestação de determinados serviços, realização de certas atividades ou produção de bens em contraste com os seus principais custos (quando os recursos são vinculados a um fundo, o seu gestor tende a se interessar mais pela eficácia da arrecadação e racionalidade dos gastos);

e) assegurar que os recursos financeiros destinados às finalidades do fundo e não utilizados num exercício sejam preservados para uso no exercício seguinte (o que evita desperdício de recursos pelo atabalhoado comprometimento dos saldos nos finais de exercício, embora tal resultado possa ser obtido pela simples adoção de boas práticas de administração).

Usuais desvantagens da execução orçamentária por intermédio de fundos

a) criar áreas de rigidez no processo de definição do programa de trabalho do Governo, na medida em que as vinculações de receitas a fundos representam uma limitação às decisões sobre o conteúdo da lei orçamentária anual, bem como à definição de prioridades nas LDOs;

b) possibilitar a constituição de feudos de poder, na medida em que a nomeação do gestor do fundo se dê por indicação política, pois isso pode conduzir à adoção de linhas independentes de atuação e de critérios de prioridade distintos dos fixados pelo titular do órgão setorial;

c) elevar os custos operacionais da administração pública, ao impor a realização

de registros individualizados da execução orçamentária, financeira e patrimonial de cada fundo, em duplicidade com os atos regulares de registro no sistema geral de contabilidade;

d) transferir para a tecnoburocracia do Poder Executivo a tomada de decisões alocativas que caberiam ao Parlamento, na medida em que a programação dos fundos tende a ocorrer sob a forma de dotações genéricas cujo detalhamento por ações e localidades específicas ocorre no decorrer do exercício segundo prioridades e critérios definidos pelos seus gestores²⁴;

e) ensejar duplicidade de intervenção sobre um mesmo problema, dado que os objetivos e áreas de atuação dos fundos tendem a ser fixados em termos muito gerais e seus programas de trabalho a serem pouco detalhados (problema que ocorre com todas as dotações genéricas);

f) viabilizar ações ou práticas que reduzam a eficácia dos processos de controle ou dificultem o seu exercício – sobretudo no plano da administração financeira –, como a sistemática de transferências/repasses entre fundos (como é possível no Fundo Naval e fundos vinculados) e entidades da administração direta e indireta (do mesmo ou outro nível de governo).

É essa situação de limitadas vantagens e de problemáticas desvantagens que justifica o fato de os técnicos dos sistemas de planejamento, de programação orçamentária e de controle dos gastos públicos se posicionarem, em geral, contra a criação de novos fundos e preservação da maioria dos existentes. O seu entendimento básico é de que, *no contexto atual, os fundos têm tão poucas vantagens que devem ficar restritos a situações realmente excepcionais*. O substrato dessa postura se acha incorporado ao texto do Substitutivo do PLC nº 135/96 – orientado para a produção da lei complementar prevista no art. 165, § 9º, da Constituição – aprovado pela Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados, cujo art. 71 estabelece: “Ressalvados os [fundos] de que

trata a Constituição, os fundos terão vigência máxima até o término do plano plurianual em vigor, findo o qual somente serão renovados mediante autorização legislativa específica”. Esse texto prevê, em outros dispositivos, que a renovação será por prazo determinado e de forma a se extinguir ao término da vigência do plano plurianual. Nessa mesma linha restritiva, o art. 72 da proposição estabelece: “É vedada a constituição de fundo ou sua ratificação quando: I – seu programa de trabalho possa ser executado diretamente pelo órgão ou entidade supervisora; ou II – as receitas próprias do fundo não atinjam cinquenta por cento das receitas totais; ou III – as finalidades do fundo possam ser alcançadas mediante a vinculação de receitas a objetivos ou serviços específicos”. A concordância das áreas técnicas do Poder Executivo com essa linha restritiva aos fundos fica patente pelo fato de tais disposições terem sido mantidas, nesses mesmos termos, na proposta de alterações ao Substitutivo formulada pelo Poder Executivo²⁵.

8. Fontes tradicionais de recursos dos fundos federais

Os Fundos, de um modo geral, possuem especificadas nas leis que os instituem as suas fontes básicas de recursos. Essa exigência, já indicada no art. 71 da Lei nº 4.320 e no art. 172 do Decreto-lei nº 200, tornou-se mais evidente no caso dos Fundos criados após a Constituição de 1988, em razão da necessidade de evidenciar que tais não conflitavam com a proibição de vinculação de receitas de impostos estatuída pelo art. 167, IV, da Constituição.

A análise dos Fundos Especiais ora existentes no setor público federal evidencia que seus recursos costumam advir das seguintes fontes:

a) de dotações derivadas de vinculações de impostos, nos casos em que isso não afronte as proibições estabelecidas pelo art. 167 da Constituição Federal;

b) de dotações derivadas de vinculações de taxas, contribuições e outras receitas públicas;

c) de dotações consignadas nas leis orçamentárias anuais por ato de programação, ou seja, recursos não derivados de vinculações legais;

d) de doações de pessoas físicas, jurídicas e/ou de organismos internacionais;

e) de receitas próprias derivadas de multas ou de outras penalidades;

f) de receitas próprias derivadas de aplicações de disponibilidades no mercado financeiro;

g) de receitas próprias derivadas da produção de bens ou prestação de serviços;

h) do produto da alienação de bens apreendidos e/ou confiscados;

i) do retorno de aplicações ou empréstimos concedidos (no caso de Fundos que operam por intermédio de instituições financeiras oficiais);

j) do produto do arrendamento ou alienação de bens;

k) de convênios, acordos ou tratados de cooperação;

l) de saldos apurados nos balanços de exercícios anteriores;

m) de outras receitas próprias (receita patrimonial, tarifas, emolumentos, etc.).

Com relação aos recursos de convênios e instrumentos assemelhados, embora seja factível que os fundos especiais recebam recursos de outros níveis de Governo (transferências de Estados e/ou Municípios), tais são difíceis de programar e de operacionalizar – inclusive pelo fato de as leis orçamentárias respectivas serem formuladas e apreciadas na mesma época –, existindo poucos exemplos concretos dessa forma de aporte na realidade atual.

Além dessas fontes, a legislação de alguns fundos registra, também, a fonte “repasse de outros fundos”, sendo o termo “repasse” empregado com o sentido de transferência e não de descentralização de recursos financeiros. Porém, essa possibilidade acha-se em conflito com a orientação adota-

da pelas LDOs dos últimos exercícios, que proíbem “a consignação de recursos a título de transferência para unidades [orçamentárias] integrantes dos orçamentos fiscal e da seguridade social”, a fim de evitar o “passo” de recursos por várias instituições públicas e de evitar procedimentos que interfiram ou dificultem o exercício do controle.

9. Fundos e instituições financeiras

Os fundos, como já vimos, *não são entes da estrutura organizacional do setor público*, constituindo, apenas, afetações (vinculações) de recursos (dotações, recursos financeiros e outros ativos) a determinados objetivos. Nessa condição, não possuem nem estrutura organizacional, nem personalidade jurídica própria, operando com base nos recursos humanos, materiais e institucionais do órgão ou entidade a que se subordinam, sendo detentores tão-somente de particularização contábil no sistema de contabilidade destes. Portanto, os fundos não devem ser confundidos com órgãos ou entidades da administração indireta.

Esse é um aspecto que, com frequência, não é percebido por defensores da instituição dessa forma extraordinária (e às vezes extravagante) de programação e execução de despesas públicas, sobretudo por aqueles que pretendem constituir fundos como instrumentos para o financiamento de determinados setores, objetivos e/ou programas. Talvez a principal causa desse equívoco seja a pluralidade de acepções dadas ao termo “fundo” no setor público, como procuramos demonstrar nesta abordagem. De um modo geral são poucas as pessoas capazes de perceber a grande diferença que existe entre os fundos tradicionais e o Fundo Nacional de Desenvolvimento – que, além de ser autarquia (com personalidade jurídica própria), opera com o suporte de um grande banco, o BNDES –, entre os fundos tradicionais e os Fundos Constitucionais (FCO, FNE e FNO), que, embora orçamentários, operam, por determinação constitucional

(art. 159, I, c), por meio de instituições financeiras regionais (BNB, BASA e Banco do Brasil), e o Fundo de Terras e da Reforma Agrária – Banco da Terra, criado por lei complementar e cuja gestão financeira se dá por meio de bancos oficiais (como determina o art. 4º da Lei Complementar nº 93/98).

Desse modo, ainda que os fundos pudessem ser caracterizados como entes – o que não se admite na ordem atual –, para que um desses pudesse operar como instituição financeira, teria de atender vasto conjunto de exigências, entre as quais: a) ter personalidade jurídica própria; b) ser credenciado pelo Banco Central do Brasil e subordinar-se às normas operacionais baixadas por tal instituição; c) possuir patrimônio próprio e em valor suficiente para garantir as operações; d) dispor de estrutura técnica capacitada a apreciar os pleitos, organizar liberações, fiscalizar os empreendimentos e cobrar os inadimplentes. Como se pode perceber, isso demanda uma estrutura apropriada, meios materiais e recursos humanos capacitados, implicando custos significativos. Não é por outra razão que até mesmo os fundos previstos na Constituição se valem de bancos oficiais existentes na estrutura da Administração Federal para realizar as suas operações.

10. Os fundos após a Constituição de 1988

As mudanças na situação legal dos fundos

Como procuramos evidenciar ao longo desta abordagem, os fundos figuram com destaque entre os instrumentos de ação institucional precariamente regulados na ordem jurídica posterior à Constituição de 1988. Por “fundos” entendam-se os FUNDOS ESPECIAIS, conforme previstos na Lei nº 4.320 e no art. 172 do Decreto-lei nº 200, OS FUNDOS ATÍPICOS (fundos de partilhamento de receitas, fundos de transferências de recursos, fundos de incentivos fiscais, etc.), conforme caracterizados nesta abordagem, e OS FUNDOS ROTATIVOS.

Deve ser destacado, entretanto, que isso ocorreu apesar da grande cautela que tiveram os Constituintes em relação a esse meio de executar gastos públicos. Estes, além de fazer constar do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a obrigatoriedade de ratificação dos fundos existentes sob pena de sua extinção, incluíram três importantes normas constitucionais sobre os fundos: a) pelo art. 167, IX, tornaram exigível a prévia autorização legislativa para a instituição de fundos de qualquer natureza; b) pelo art. 165, § 9º, atribuíram à lei complementar a fixação de condições para a instituição e funcionamento de fundos; c) pelo art. 165, § 5º, definiram que a programação dos fundos deveria passar a integrar os orçamentos fiscal e da seguridade social.

Essa terceira norma (art. 165, § 5º) implicou radical alteração na situação dos fundos, que tinham sido considerados, durante muitos anos, um tipo híbrido de ente, situados em posição intermediária entre as administrações direta e indireta, recebendo, embora sem personalidade jurídica própria, tratamento assemelhado ao dado às autarquias, sobretudo a inclusão de seus recursos nas Leis Orçamentárias sob a forma de dotações globais²⁶. Ora, na medida em que a Constituição de 1988 equiparou as autarquias e fundações às unidades da administração direta, para fins de programação e execução orçamentária, exigindo o detalhamento do seu programa de trabalho na própria lei orçamentária anual, os fundos perderam seus privilégios. Além disso, a conjugação dessa norma com a implícita no art. 167, incisos I e IV, da Lei Maior, tornou exigível o detalhamento da programação dos fundos, na lei orçamentária anual, por categorias de programação, isto é, no mínimo, por programas e projetos²⁷.

Na realidade, a programação dos Fundos passou a ser detalhada, a partir de LOA/1990, por subprojetos e subatividades, nos próprios anexos dessa Lei, acompanhando o tratamento que se passou a dar às autarquias, às fundações e às empresas

públicas dependentes do Tesouro para a sua manutenção²⁸. Com isso se reduziu, em muito, o caráter instrumental dos Fundos – em relação à flexibilidade detida anteriormente para programar e realizar aplicações –, por ter-se tornado exigível o detalhamento de seus gastos por programas e ações específicas, explicitando, em relação a cada uma dessas categorias, por intermédio de subprojetos/subtítulos, os valores por localidades beneficiadas, em obediência às normas estabelecidas a partir da LDO/90, reforçadas por normas incluídas a partir da LDO/94 (vide art. 17, parágrafo único, da Lei nº 8.694/93 – LDO/94 e art. 23, parágrafo único, da Lei nº 9.811/00 – LDO/00)²⁹. Não é por outra razão que grande parte da programação dos Fundos Nacional de Saúde (FNS), de Assistência Social (FNAS) e Penitenciário (FUNPEN), para citar só alguns exemplos, é detalhada por unidades da federação.

Portanto, após 1988, em particular depois de 1990, quando se consolida a estrutura jurídica que passou a nortear a matéria orçamentária na esfera federal, os fundos tiveram de se ajustar a essa nova realidade. Desde então, ressalvados os casos dos fundos derivados de normas constitucionais (regidos por normas especiais), esses instrumentos tiveram de passar a preencher, em sua estruturação e funcionamento, as condições básicas e atributos que apontamos nos títulos “Fundos especiais: conceito legal e atributos básicos” e “Condições para a instituição e operação de fundos”, desta abordagem.

Não se pode alegar que não existam normas legais básicas sobre os fundos. A nossa avaliação, de que estes se acham precariamente regulados na ordem jurídica atual, funda-se no fato de a matéria ser regulada por normas de caráter supletivo – articuladas principalmente pelas LDOs, que dão operacionalidade a disposições constitucionais –, na falta de maior clareza na definição da real utilidade desse instrumento no contexto atual, e na precariedade das caracterizações legais das tipologias básicas dos fundos existentes no contexto da administração pública.

A ratificação de fundos e a criação de novos

Como já assinalado, o ADCT, em seu art. 36, determinou a extinção dos fundos que não fossem ratificados pelo Congresso Nacional dentro do prazo de dois anos, ressaltados aqueles de interesse para a segurança nacional (Fundo Aeronáutico, Fundo Naval, Fundo do Exército, etc.), os de isenções fiscais que passassem a integrar o patrimônio privado (FINAM, FINOR, FUNRES, Nacional de Cultura, etc.) e, naturalmente, os derivados de normas da própria Constituição (FPE, FPM, etc.). Essa norma, porém, acabou não sendo implementada no prazo estabelecido. Conforme evidenciado na publicação *Fundos Federais*, editada pela SOF, até final de 1990 apenas doze fundos haviam sido ratificados pelo Congresso Nacional, dos quais apenas seis dentro do prazo fixado pelo ADCT, quais sejam: Rotativo da Câmara dos Deputados (Decreto Legislativo nº 9, de 21/5/90), Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização (Dec. Legislativo nº 22, de 27/8/90), Especial do Senado Federal, FUNDASEN e FUNCEGRAF (Dec. Legislativo nº 27, de 14/9/90), Desenvolvimento do Ensino Profissional Marítimo (Dec. Legislativo nº 30, de 18/9/90), Federal Agropecuário, Geral do Cacau, Eletrificação Rural de Cooperativas, Nacional de Cooperativismo, Nacional de Ação Comunitária e Especial para Calamidades Públicas (Dec. Legislativo nº 66, de 18/12/90).

Porém, em razão de um vasto conjunto de interesses – setoriais, regionais e políticos – na manutenção dos fundos então existentes e diante da impossibilidade de ratificá-los em tempo, foi articulada uma fórmula de emergência para evitar que as suas operações caíssem na ilegalidade. Essa fórmula foi a inclusão na Lei nº 8.173, de 30/1/91, que instituiu o Plano Plurianual para o período 1991 – 1995, de um dispositivo recriando os fundos extintos, vazado nos seguintes termos: “Art. 6º São recriados tem-

porariamente, no período abrangido por esta lei, todos os fundos, constantes dos Orçamentos da União para 1990 e 1991, extintos nos termos do art. 36 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mantidas suas denominações e respectiva legislação em vigor na data de sua extinção.” Com base nessa disposição, foram tidos como regularizados, temporariamente, 39 fundos, maior parte dos quais com suas programações incluídas nas leis orçamentárias de 1991 e dos anos seguintes. Além desses, foram ratificados/ recriados, ainda no exercício de 1991, três outros fundos especiais: o Geral do Turismo (pela Lei nº 8.181, de 28/3/91), o de Atividades de Informática (pela Lei nº 8.244, de 16/10/91) e o Nacional de Cultura (pela Lei nº 8.313, de 23/12/91).

Assim, somados os 12 fundos ratificados por decretos legislativos, os 3 recriados por leis específicas, os 8 de interesse da defesa nacional e de incentivos fiscais (que prescindiam de ratificação), os 5 criados pela Constituição de 1988 (não computado o FPE e o FPM, por serem, na verdade, instrumentos de repartição de receitas e não de execução de programações) e os 39 “legitimados” pela lei do Plano Plurianual (não computados o FND e o FNDE, pela sua condição de autarquias), os fundos especiais ativos, em 1991, eram em número de 67³⁰.

Nos anos seguintes vários desses fundos foram extintos ou tornados inativos (Especial da SUCAM, Especial para Deficientes da Visão, Especial para Deficientes da Audição, para Atividades de Informática, Rotativo Habitacional de Brasília, Nacional de Cooperativismo, etc.), enquanto alguns outros foram instituídos (Penitenciário Nacional, Nacional para a Criança e Adolescente, de Terras e da Reforma Agrária – Banco da Terra, Nacional Antidrogas, etc.). O resultado dessas alterações no conjunto de fundos se acha expressa na lei orçamentária de 2001, que detalha a programação de 43 fundos³¹ (não computados FPE, FPM, FND e FNDE), com redução de 37% em relação aos 59 fundos especiais constantes do

Orçamento de 1991. Essa redução é significativa mesmo se considerado que vários fundos de natureza contábil, criados nos últimos anos e em atividade, não foram incluídos no Orçamento de 2001, como ficou salientado.

Curiosamente, nos anos recentes, apesar das muitas restrições doutrinárias às vinculações de recursos – atributo típico dos fundos especiais –, corroboradas pelas experiências do setor público nos últimos 40 anos, o Governo Federal vem apresentando marcada tendência na difusão desse instrumento especial de execução. São evidências disso expressivo número de fundos criados nos últimos três anos e de fundos em fase de gestação. Foram criados, a partir de 1999, os fundos: 1) Nacional Antidrogas; 2) de Garantia à Exportação; 3) de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior; 4) de Terras e da Reforma Agrária – Banco da Terra; 5) do Regime Geral da Previdência Social; 6) de Universalização dos Serviços de Telecomunicações; 7) para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações e 8) Nacional de Segurança Pública. Além desses, estão sendo instituídos os fundos: a) de Recursos da Desestatização de Empresas Estatais (Emenda Constitucional nº 31/2000); b) de Desenvolvimento da Amazônia (MP nº 2.145/2001); e c) de Desenvolvimento do Nordeste (MP nº 2.145/2001). Adicionalmente, acham-se previstos, em projetos de lei em tramitação, os Fundos para a Universalização dos Serviços de Saneamento Básico (Projeto de Lei nº 4.147/2001), o Fundo Nacional de Saneamento (Projeto de Lei nº 2.763/2000) e o Fundo Nacional de Habitação (Projeto de Lei nº 2.710/1992), para citar apenas alguns dos que possuem maiores chances de aprovação.

O mais curioso na nova postura do Governo – em evidente conflito com a posição que vem sendo defendida pelo órgão central do sistema de orçamento federal (SOF) – é o caráter atípico de alguns dos fundos criados ou em processo de criação.

A primeira dessas atipicidades é a indução a que Estados e Municípios criem instrumentos similares para receber recursos

de programas federais. Essa fórmula, até razoável no caso da prestação dos serviços de saúde (Fundo Nacional de Saúde), de assistência social (Fundo Nacional de Assistência Social) e de educação (Fundo de Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério), por viabilizar a combinação dos recursos de várias esferas num só processo de atendimento e propiciar um maior controle social sobre as aplicações, vem sendo adotada para ações em que outros procedimentos poderiam ser mais efetivos e vantajosos. O encadeamento de vinculações decorrentes desse processo pode levar a duplicidades de esforços (duplo processo de programação), à ampliação dos custos burocráticos (com a multiplicação de entes de pseudodeliberação coletiva), à multiplicação dos feudos de poder, a retardos na efetiva implementação das ações em favor dos beneficiários (pela falta de acordo entre os decisores) e aos desperdícios que são usuais nas vinculações.

A segunda atipicidade é a criação de fundos geridos por entes autárquicos, como ocorre na Medida Provisória nº 2.145/01, em que os fundos de Desenvolvimento da Amazônia (FINAM) e de Desenvolvimento do Nordeste (FINOR), suportados por expressivas dotações, passam a ser geridos pelas Agências de Desenvolvimento da Amazônia e do Nordeste (ANA e ADENE), de natureza autárquica. Ora, se os entes autárquicos possuem maiores instrumentalidades que os fundos especiais, ou seja, são fundos dotados de personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira, orientados para a realização dos objetivos estabelecidos em seu ato de criação, fica difícil entender as determinantes da instituição desses fundos. A melhor aplicação dos recursos não irá ocorrer pela criação de um fundo, mas pela precisa definição dos objetivos da autarquia, da adequada estruturação de seu programa de trabalho, de apropriada e eficaz gerência, de sistemático acompanhamento de suas ações e de periódica avaliação de seu desempenho.

*Resultados propiciados
pelos novos fundos*

Como ficou evidenciado, nos doze anos de vigência da Constituição (1989 a 2001), além dos sete fundos previstos no texto da Lei Maior – FPE, FPM, FCO, FNO, FNE, Fundo Partidário e Fundo Nacional de Saúde –, foram instituídos 19 novos fundos, quais sejam: 1) Fundo de Promoção do Esporte Amador (Lei nº 7.752/89); 2) Fundo Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 7.797/89); 3) Fundo Nacional de Desestatização (Lei nº 8.031/90); 4) Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente (Leis nºs 8.069/90 e 8.242/91); 5) Fundo de Custeio de Programas de Habitação Popular (Lei Complementar nº 77/93); 6) Fundo Penitenciário Nacional (Lei Complementar nº 79/94); 7) Fundo Nacional de Segurança e Educação do Trânsito (Lei nº 9.503/97); 8) Fundo de Garantia para Promoção da Competitividade (Lei nº 9.531/97); 9) Fundo de Aparelhamento e Operacionalização das Atividades Fim da Polícia Federal (Lei Complementar nº 89/97); 10) Fundo de Terras e da Reforma Agrária – Banco da Terra (Lei Complementar nº 93/98); 11) Fundo do Regime Geral da Previdência Social (Lei Complementar nº 101/00); 12) Fundo de Garantia à Exportação (Lei nº 9.818/99); 13) Fundo de Aval para a Geração de Emprego e Renda (Lei nº 9.872/99); 14) Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (Medida Provisória nº 2.094/99), já reeditada muitas vezes); 15) Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Lei nº 9.998/00); 16) Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações (Lei nº 10.052/00); 17) Fundo Nacional de Segurança Pública (Lei nº 10.201/01); 18) Fundo de Desenvolvimento da Amazônia (MP nº 2.145/01); e 19) Fundo de Desenvolvimento do Nordeste (MP nº 2.145/01). Desses, os Fundos de Custeio de Programas de Habitação Popular e de Promoção do Desporto Amador acham-se desativados; os Fundos de Desestatização, de Garantia para

Promoção da Competitividade, de Garantia à Exportação, para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações e de Aval para a Geração de Emprego e Renda são fundos contábeis (que não têm constado das leis orçamentárias) destinados a garantir certas operações que são geridos com o apoio do BNDES, Banco do Brasil e outras instituições financeiras oficiais. Portanto, apenas doze são fundos para execução especial de despesas, dos quais os dois últimos (com dupla vinculação a entidades da administração indireta) se acham ainda em fase de legitimação (aprovação da MP) e estruturação.

A análise da programação e execução orçamentária desses dez fundos ativos, nos últimos anos, coloca em evidência que, afora os casos do Fundo de Terras e da Reforma Agrária – Banco da Terra, do Fundo de Aparelhamento e Operacionalização das Atividades Fim da Polícia Federal, do Fundo do Regime Geral da Previdência Social e do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior, as suas programações poderiam ter sido regularmente executadas por intermédio dos programas de trabalho dos órgãos a que se acham vinculados, desde que disponibilizados recursos suficientes para tanto. A corroboração dessa assertiva nos é dada pelo fato de que a desativação dos fundos Agropecuário, de Custeio de Habitação Popular e de Promoção do Desporto Amador, realizada nos últimos anos, em nada afetou o programa dos investimentos respectivos nos orçamentos do Ministério da Agricultura e Abastecimento, da Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano e do Ministério do Esporte e Turismo. No caso dos fundos de Segurança Pública, de Educação e Segurança de Trânsito, da Criança e Adolescente, do Meio Ambiente e Penitenciário, vinculados aos Ministérios da Justiça e do Meio Ambiente, a natureza de sua programação pouco difere daquela a cargo de unidades da administração direta.

Poderia ser alegado que o fundamento da preservação desses fundos é o da segurança na aplicação dos recursos de deter-

minadas fontes em certos programas e/ou ações, porém isso não corresponde à verdade. *A segurança das aplicações não depende da existência de um fundo, mas sim da vinculação de receitas, por norma legal de hierarquia apropriada, a programas, setores, objetivos e/ou ações.* Os dados da execução orçamentária no ano 2000 evidenciam como são falsos tais pressupostos em relação à maioria dos fundos existentes. No que se refere aos fundos apontados no parágrafo anterior, os índices de execução orçamentária em 2000 (valores pagos / valores autorizados na LOA) foram os seguintes: Fundo Nacional de Segurança Pública, 76,2%; Fundo de Educação e Segurança de Trânsito, 52,9%; Fundo Penitenciário, 51,2%; Fundo de Amparo à Criança e Adolescente, 31,2%; e Fundo do Meio Ambiente, 39,8%. Salientamos que tais índices se alteram muito pouco, na maior parte desses fundos, se computados em relação aos valores empenhados. Portanto, índices muito próximos dos obtidos pela maior parte das demais unidades orçamentárias que integram a lei orçamentária anual.

11. Conclusões e recomendações

As avaliações que empreendemos sobre os fundos, no ambiente institucional recente da administração federal, colocaram em evidência que esses instrumentos especiais de atuação do Governo se acham precariamente caracterizados na ordem jurídica vigente. Segundo pudemos perceber, apenas os fundos especiais têm características razoavelmente definidas na atual ordem jurídica, porém, mesmo esses tiveram as suas definições distorcidas por normas regulamentares e, sobretudo, por práticas da Administração. Como ressaltamos ao longo da abordagem, as caracterizações dos fundos têm sido vazadas em termos genéricos, o que faculta a realização de interpretações extensivas de sua aplicabilidade e a articulação de criativas normas sobre a operação e a aplicação dos recursos de cada Fundo. Essa situação resulta em problemas, seja por in-

duzir agentes públicos bem intencionados a equívocos quanto à real utilidade e operacionalidade desses instrumentos; seja por tornar a programação e execução orçamentária mais burocratizada e dispendiosa do que seria necessário; seja por ampliar o nível de rigidez da programação, em razão das vinculações e das mobilizações de órgãos colegiados; seja por reduzir o nível de transparência do programa de trabalho do Governo, por mobilizar, de forma pouco clara, recursos financeiros e outros ativos (títulos, participações acionárias, etc.) ou por empregar igual designativo para instrumentos instituídos com diferentes finalidades.

Não se pode negar que há alguns anos, quando os meios de comunicação eram menos acessíveis e confiáveis e as operações bancárias mais burocratizadas (com limitadas interfaces eletrônicas), os fundos cumpriram papéis muito importantes na descentralização de decisões e de operações. Tais necessidades, como apontado nesta abordagem, conduziram, inclusive, à criação de normas para sua utilização nos órgãos autônomos. Porém, felizmente, a realidade se alterou significativamente, não mais subsistindo as limitações de então. Vivemos hoje sob novos paradigmas, de um lado o das facilidades da telemática, que permite instantâneas conexões e transferências de recursos entre quaisquer pontos do País; de outro o da orçamentação decremental – no sentido dado por Wildawsky ao conceito –, em que a crônica limitação de recursos, maior a cada ano, impõe a que os escassos recursos disponíveis não fiquem sujeitos a esquemas cartoriais que impeçam a sua melhor alocação, segundo as demandas do interesse público; de outro, o da pressão social por maior participação direta nas decisões e no acompanhamento dos processos, o que demanda facilidades de acesso e maior transparência nos processos e registros.

Nesse contexto, mais do que uma simples conveniência, torna-se quase um imperativo que se adotem, a curto prazo, providências como as seguintes:

1) *formal definição dos tipos de fundos que devam subsistir no âmbito da administração federal* (providência que certamente induzirá os Estados e Municípios a similar providência), mediante estruturação de uma taxinomia com categorias mutuamente excludentes de fundos, *com clara definição dos elementos singulares de cada espécie e sua finalidade*. Em princípio, essa categorização poderia ser integrada por seis espécies: a) FUNDOS PROGRAMÁTICOS, destinados à execução de programas especiais de trabalho (obras, equipamentos, serviços ou auxílios financeiros a entes públicos para ações dessa natureza); b) FUNDOS CONTÁBEIS, destinados, exclusivamente, à realização de inversões financeiras, e operando, sempre, por intermédio de instituições financeiras oficiais; c) FUNDOS DE TRANSFERÊNCIAS LEGAIS, destinados a sistematizar as transferências derivadas do compartilhamento de receitas e ao cumprimento de encargos impostos por determinações legais (FPE, FUNDEF, etc.); d) FUNDOS DE REDEFINIÇÃO DE FONTES, destinados apenas à recharacterização de fontes de recursos com vistas à orientar sua aplicação; e) FUNDOS DE GARANTIA, destinados, apenas, a propiciar garantias a determinadas operações, definidas em lei, de interesse do País, operando por intermédio de instituições financeiras oficiais e com base em ativos reais caracterizados como compondo o seu patrimônio; f) FUNDOS DE INCENTIVOS FISCAIS, destinados a sistematizar os recursos mobilizados, em cada exercício, com base em incentivos fiscais específicos e nos retornos das aplicações em exercícios anteriores.

2) *formal definição de regras objetivas que limitem os fundos programáticos às situações em que tal seja imprescindível* para a obtenção de melhores resultados, promovendo a extinção dos fundos programáticos cujo programa de trabalho possa ser executado diretamente pelos órgãos a que se vinculam; ou cujas receita próprias não atinjam cinquenta por cento de sua receita total; ou cujas finalidades possam ser alcançadas pela simples vinculação de receitas;

3) *cabal proibição da instituição de fundos programáticos em entidades da administração indireta*, dado que nestas, pelo grau de autonomia que já possuem – terem personalidade jurídica própria; contarem com receita própria e desfrutarem de autonomia administrativa e financeira –, a instituição de fundos programáticos apenas amplia os custos administrativos, além de auxiliar na estruturação de operações ou processos que dificultam as ações de controle;

4) *gradual implementação de mudanças nos títulos impróprios de fundos e entidades*, isto é, suprimir o designativo “Rotativo” do Fundo Programático da Câmara dos Deputados; mudar a denominação do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) para algo mais condizente com a sua natureza autárquica (algo como “Instituto Nacional de Desenvolvimento da Educação – INDE”); mudar a denominação do Fundo Nacional de Desenvolvimento (FND) para um título que melhor expresse a natureza de suas operações (algo como “Agência Nacional de Financiamento do Desenvolvimento Industrial – ANFIDI”); adotar nova sigla para a “Agência Especial de Financiamento Industrial”, já que a sigla FINAME, mantida após a instituição dessa empresa pública, não expressa a magnitude do órgão, transmitindo mais a idéia de tratar-se de um fundo ou de um programa de financiamento à média empresa.

Além disso, talvez até como a forma mais adequada de implementar tais recomendações, cumpre retomar, com urgência, o processo de produção da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, da Constituição, seja a partir das proposições que tramitam no Congresso Nacional, seja por intermédio de outras propostas. A falta dessa lei dificulta a difusão de um claro e apropriado entendimento da forma e estrutura dos planos plurianuais, das leis de diretrizes orçamentárias e da própria lei orçamentária anual, bem como de importantes conceitos relativos à programação, execução e ajuste dos orçamentos públicos no âmbito das

várias esferas de Governo. No que se refere ao tema em questão, cabe a essa lei, nos termos do que estabelece o inciso II do referido § 9º, “estabelecer ... condições para a instituição e funcionamento de fundos”.

Ao finalizar, entendemos ser oportuno ressaltar que a gestão de recursos por intermédio de fundos é cercada de inconvenientes, conforme foi apontado em vários pontos da abordagem. Aliás, foi a consolidação dessa consciência que acabou por motivar a Secretaria de Orçamento Federal a questionar a real utilidade dos fundos como instrumentos de operação do setor público, articulando um conjunto de argumentos contra a proliferação destes. Vários de seus argumentos, salientamos, acham-se mais do que legitimados na atual ordem constitucional, que situa a gestão por fundos como exceções e sujeita a programação destes às normas gerais que regem os orçamentos.

Notas

¹Essa flexibilidade ocorreu em duas vertentes: a) por melhor explicitar os tributos passíveis de vinculação a determinados órgãos, fundos ou despesas; b) por permitir a vinculação *parcial* de certos tributos à realização de despesas de capital. Na Carta de 1967, havia apenas uma referência genérica aos impostos únicos e não se previa a hipótese de vinculação parcial da arrecadação de determinados tributos a despesas de capital.

²Esse Código, em seu art. 83, define *fundo especial* como “o produto das fontes de renda a que, em virtude de preceitos de lei e de estipulações contratuais, houver sido determinada aplicação especial.” Porém, curiosamente, essa faculdade legal só veio ser utilizada a partir de 1932, com a instituição do Fundo Naval, cujo ato de criação estabeleceu bases de operação e controle desse novo tipo de instrumento de atuação da administração pública.

³Em nível estadual, segundo o Ministro Homero Santos, do TCU, em seu artigo “Fundos Federais”, publicado na Revista do TCU, nº 51, Jan./Mar. 1992, “os fundos [especiais] de caráter contábil e natureza financeira remontam ao ano de 1927, quando ... foi criado no Brasil [em Minas Gerais] o Fundo Escolar (cf. Lei nº 989/27).”

⁴Fundo Florestal, em 1934; Fundo de Reaparelhamento Penal, em 1934; Fundo de Modernização da Lavoura, em 1937; Fundo da Marinha Mercan-

te, em 1941; Fundo de Ensino Profissional Marítimo, em 1942; Fundo Aeronáutico, em 1945; Fundo de Assistência Hospitalar, em 1946; Fundo Agropecuário, em 1962; Fundo de Telecomunicações, em 1962; Fundo de Compensação de Variações Salariais, em 1964; Fundo do Exército, em 1965; Fundo de Seguro Rural, em 1966; Fundo de Cooperativismo, em 1966 e Fundo de Turismo, em 1966.

⁵No texto do Ministro Homero Santos (1992), este se reporta ao estudo sobre fundos realizado pela SEPLAN, em 1977, no qual é salientada a confusão reinante à época em relação aos 179 fundos especiais, especiais contábeis, rotativos e financeiros então catalogados. Reporta-se, igualmente, a estudo do IPEA, publicado em 1984, compreendendo 116 fundos, excluídos os desativados por bloqueio das fontes de recursos.

⁶Segundo Heraldo da Costa Reis (1991), são três os tipos básicos de *gestão de recursos financeiros*: I – por caixa única ou fundo geral de valores; II – por fundos especiais naturais; III – mista. Neste último “a administração dos recursos se desdobra em formas diferentes de gestão, ou seja, por caixa única e por fundos especiais regulamentados, funcionando estes como exceções daquela.” No entendimento do autor, a gestão mista é o tipo adotado na administração pública brasileira, sob o amparo da combinação do art. 56 (princípio de unidade de tesouraria) com os arts. 71 a 74 (normas peculiares de aplicação e prestação de contas) da Lei nº 4.320/64, visando a gestão por fundos regulamentados promover a descentralização dos processos decisório e de controle. De nossa parte achamos importante aduzir que a gestão financeira não pode, em nosso contexto legal, ser dissociada da gestão orçamentária, já que o art. 60 da Lei nº 4.320 veda a realização de despesas sem prévio empenho e que o art. 167, II, da Constituição veda a realização de despesas ou assunção de obrigações que excedam os créditos orçamentários.

⁷Tais fundos eram: Fundo Naval, Fundo Aeronáutico, Fundo do Exército e Fundo do Serviço Militar.

⁸O Ministro Homero Santos (1992), do TCU, comenta que alguns dos Fundos Federais estariam excluídos da necessidade de ratificação, por integrarem o próprio sistema constitucional instituído pela nova Carta. Entre esses, aponta, especificamente, os Fundos de Participação (FPE e FPM), os Fundos Constitucionais de Financiamento (FCO, FNE e FNO), o Fundo Partidário, o FGTS e os fundos articulados nos termos do art. 239 da Constituição (PIS/PASEP e FINSOCIAL).

⁹A Lei nº 8.173/91, de 30/01/91, que “dispõe sobre o plano plurianual para o quinquênio 1991/1995”, estabelece, em seu art. 6º: “São recriados temporariamente, no período abrangido por esta lei, todos os

fundos, constantes dos Orçamentos da União para 1990 e 1991, extintos nos termos do art. 36 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mantidas suas denominações e respectiva legislação em vigor na data de sua extinção. § 1º Os fundos recriados nos termos deste artigo serão extintos ao final do primeiro exercício financeiro subsequente à publicação da lei complementar de que trata o art. 165, § 9º, da Constituição Federal, caso não tenham sido ratificados pelo Congresso Nacional, através de lei, até o final do sexto mês anterior ao prazo de extinção estabelecido neste parágrafo. § 2º No prazo de três meses após a publicação da lei complementar de que trata o art. 165, § 9º, da Constituição Federal, o Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional projeto de lei para tramitação em regime de urgência, definindo: I - todos os fundos a serem ratificados, bem como as alterações que se fizerem necessárias em sua legislação, tendo em vista a adequação à lei complementar de que trata este artigo; II - todos os fundos que serão extintos nos termos deste artigo; III - a destinação do patrimônio ... dos fundos... Embora a constitucionalidade dessa Lei (8.173) tenha sido questionada à época de sua instituição, por violar o princípio de que uma norma do ADCT não pode ser modificada por lei ordinária, como nenhuma ADIN foi formalizada, os fundos tiveram sua vigência estendida, até o advento da Lei nº 9.276/96 e de outras leis específicas de regularização.

¹⁰ Embora vários projetos tenham sido formalizados com esse propósito, entre os quais os mais completos são o PLC nº 222/91, de autoria do Deputado José Serra, e o PLC 135/96, de autoria da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, essa lei complementar ainda não foi aprovada pelo Congresso Nacional.

¹¹ O designativo “Fundo Especial”, embora não empregado no atual texto constitucional, foi utilizado na vigência da Constituição anterior (a partir do Ato Complementar nº 40/68) – art. 25 da EC 1/69 – para designar a parcela de 2% das receitas do Imposto sobre Produtos Industrializados e do Imposto de Renda distribuída aos Estados.

¹² A Lei nº 9.293, de 15/7/96 (LDO/97), em seu art. 27, estabelece que: “Os fundos de incentivos fiscais não integrarão a lei orçamentária, figurando, exclusivamente, no projeto de lei, em conformidade com o disposto no art. 165, § 9º, da Constituição.” Essa disposição, repetida nas LDOs dos anos seguintes, acha-se grafada, na LDO/2001 (Lei nº 9.995, de 25/7/00), art. 16, também nesses termos. Cumpre observar, porém, que a não inclusão destes fundos na Lei Orçamentária Anual (LOA) só é legítima enquanto existir norma autorizativa em lei de hierarquia especial – LDO ou lei complementar –, sem o que prevalece a norma geral do art. 165 da Constituição.

¹³ A redação do texto Constitucional indica não ser cabível a criação de fundo, *de qualquer natureza*,

por meio de medida provisória (MP), visto que essa modalidade de ato legal não caracteriza a “*prévia autorização legislativa*” exigida pela Lei Maior. Em primeiro lugar, porque a “*prévia autorização legislativa*” pressupõe a realização de ampla discussão da matéria no âmbito do Poder Legislativo, com oportunidade de participação dos interessados em vários fóruns de apreciação. Em segundo, porque a medida provisória representa uma manifestação unilateral e centralizada, que entra em vigor de imediato antes de qualquer apreciação da matéria pelo Parlamento. No caso de criação de fundo por MP, o que irá ocorrer, ao arripio do que fixa a norma constitucional, será a “*posterior autorização legislativa*”, isso se, após o estágio de apreciação e transformação em projeto de lei de conversão, ela vier a ser convertida em lei.

¹⁴ Esse entendimento se baseia no fato de que os fundos constituem, essencialmente, um meio de dotar os órgãos orçamentários (Ministérios e assembléados) de um instrumento especial de intervenção, que assegure fontes preestabelecidas de recursos (cujos saldos ficam assegurados para os exercícios seguintes) para atender a objetivos ou serviços determinados, sob normas peculiares de aplicação e controle. No caso dos entes da administração indireta (autarquias, fundações e empresas públicas), tais instrumentos são desnecessários e burocratizantes, visto que estes, dotados de autonomia administrativa e financeira, já desfrutam de normas peculiares, só podem atuar em relação aos fins definidos em sua legislação, possuem fontes de recursos pré-definidas e têm assegurado, por Lei, que os saldos apurados em seus balanços ficam preservados para uso nos anos subsequentes.

¹⁵ Cumpre ressaltar que foi nessa época (1986) que se iniciou a implantação do Sistema Integrado de Administração Financeira (SIAFI) e a adoção da nova estrutura de Conta Única pelo Tesouro Nacional.

¹⁶ O Fundo Rotativo Habitacional de Brasília, embora revalidado pela Lei nº 8.173/91, teve sua extinção autorizada pela Lei nº 8.025, de 12/04/1990 (art. 18) e efetivada em 1996.

¹⁷ Reafirmamos o entendimento, expresso anteriormente nesta abordagem, de ser inadmissível o suprimento da “*prévia autorização legislativa*” por meio de medida provisória, pelas razões apontadas, mas, também pelo fato de que, dificilmente a criação de um fundo atenderia o pressuposto de “*relevância e urgência*” exigido pela norma constitucional como condição para a edição de medida provisória com força de lei, já que, para atender emergências orçamentárias, o Poder Executivo já conta com um instrumento apropriado, ou seja, com o crédito extraordinário.

¹⁸ Esse entendimento é expresso pelo Ministro Homero Santos, do TCU (1992), nos seguintes ter-

mos: “Na nova ordem constitucional cabe à lei complementar estabelecer as condições para a instituição e funcionamento dos fundos (art. 165, § 9º, II) ... Assim, enquanto não for editada a lei complementar de que trata o citado § 9º do art. 165 da Constituição Federal, permanecem vigentes as normas estabelecidas pela Lei nº 4.320/64 (arts. 71/74) e o art. 69 da Lei nº 4.728/65.”

¹⁹ Advertimos que essa regra teve aplicação progressiva, não chegando a atingir todos os fundos dos Ministérios Militares, dos quais apenas o Fundo Naval passou a ser claramente indicado a partir de 1987. Até o final dessa década, as dotações destinadas aos Fundos da Aeronáutica e do Exército continuaram a figurar nos programas de trabalho dos Ministérios respectivos sob designações como “Reequipamento ...”, “Adequação...” e assemelhadas.

²⁰ Na realidade, conforme fundamentado nesta abordagem, os fundos não teriam direito a esse tratamento, uma vez que a Constituição o previu apenas para as entidades da administração indireta, ou seja, às autarquias, fundações e empresas públicas dependentes de recursos do Tesouro. Porém, sob o ânimo da época, de agilizar as ações da Administração, o benefício não só lhes foi estendido, como ampliado em relação àquelas entidades, cujas dotações eram desdobradas pelo menos ao nível de subprogramas, o que nem sempre ocorria com os fundos.

²¹ Entende-se que tais prestações de contas, desejáveis nas programações em geral e imperativas nos fundos, devem ocorrer por meio de relatórios gerenciais que incluam, entre outros, elementos objetivos sobre: resultados produzidos por localidades beneficiadas; custos incorridos por projetos e serviços; desempenho financeiro e patrimonial do fundo, causas determinantes de atrasos ou de variações em relação aos objetivos estabelecidos.

²² Ressalvados os casos em que normas superiores – sobretudo as constitucionais – definem procedimentos peculiares e uma instituição ou conjunto de instituições como responsáveis pelas suas operações, como ocorre com o FPE, FPM, Fundo Especial, FUNDEF, FCO, FNO, FNE e Fundo Nacional de Saúde.

²³ Segundo SELLA E ARRUDA (1996), “a administração pública tem optado freqüentemente por este sistema de gestão de recursos financeiros em virtude de algumas vantagens, tais como: melhor avaliação dos custos das atividades realizadas; possibilidade de apuração de resultados por setores ou áreas prioritárias; medida mais apurada do desempenho financeiro; e apuração de informações de caráter gerencial. Todavia ... a adoção deste sistema leva à pulverização dos recursos por vezes tão escassos em todas as esferas de governo.”

²⁴ Essa situação não ocorre em todos fundos, já que alguns, como o Penitenciário, o de Desenvolvi-

mento Científico e Tecnológico, o de Assistência Social, o de Segurança Pública, o de Amparo ao Trabalhador, o de Cultura e o de Saúde, recebem particularizações, inclusive por meio de emendas parlamentares. Porém, a maior parte dos fundos (cerca de 75% destes) operam com dotações genéricas (com detalhamentos, no máximo, ao nível de programas), como poderá ser comprovado pela análise da programação contida na Lei Orçamentária Anual do ano 2001.

²⁵ As posições do Poder Executivo sobre o PL 135 se acham documentadas na *Proposta Preliminar de Alteração do SPLC nº 135/96*, da Comissão de Revisão Técnica e Consolidação, criada pela Portaria Interministerial MF/MPO nº 270, de 14/10/1997, cujo teor se acha reproduzido na Revista ABOP (2001).

²⁶ Na Constituição de 1967, o art. 62, § 1º, com a redação da EC nº 1 (de 1969), estabelecia: “A inclusão, no orçamento anual, da despesa e da receita dos órgãos da administração indireta será feita em dotações globais e não lhes prejudicará a autonomia na gestão legal dos seus recursos.”

²⁷ Segundo o art. 167, inciso I, da Constituição “são vedados [a todos os entes compreendidos pela lei orçamentária anual, ou seja: Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações] o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual”. Pelo inciso VI, “são vedados [a todos os entes...] o remanejamento ou a transferência de recursos de uma *categoria de programação*” [grifo nosso] para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa”. Tais normas indicam que o orçamento deve ser estruturado segundo categorias de programação, com o detalhamento que seja fixado pela Lei, o qual não poderá ser mais agregado do que o nível de programas e de projetos.

²⁸ As categorias programáticas têm sido definidas, no âmbito da União, pelas Leis de Diretrizes Orçamentárias – entendidas como o meio mais apropriado enquanto não for produzida a lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, da Lei Maior –, com pequenas variações num ano ou outro, nos seguintes termos: a) na LDO/1990 (Lei nº 7.800, de 10/7/89), art. 42: “Na lei orçamentária anual... a discriminação da despesa far-se-á por categoria de programação, indicando-se, pelo menos, para cada uma, no seu menor nível: I – o orçamento a que pertence; II - a natureza da despesa... § 6º As categorias de programação de que trata o “caput” deste artigo serão identificadas por sub-projetos ou subatividades, os quais serão integrados por título e descritor que caracterize as respectivas metas ou a ação pública esperada.”; b) na LDO/1997, art. 6º: “Os orçamentos... discriminarão a despesa por unidade orçamentária, segundo

a classificação funcional-programática, expressa por categoria de programação em seu menor nível... § 1º As categorias de programação de que trata este artigo, serão identificadas por subprojetos ou subatividades ...; c) na LDO/2000 (Lei nº 9.811, de 28/07/1999), que redefine a estrutura programática do orçamento, em seu art. 3º, § 4º: “As categorias de programação de que trata esta Lei serão identificadas no projeto de lei orçamentária por programas, atividades, projetos ou operações especiais, e respectivos subtítulos com indicação de suas metas físicas.”

²⁹ A Lei nº 8.694/93 (LDO/94), define, em seu art. 17, parágrafo único: “Excetuados os casos de obras cuja natureza ou continuidade física não permitam o desdobramento, a lei orçamentária anual não consignará recursos a subprojeto que se localize ou atenda a mais de uma unidade da federação.” Tal disposição foi mantida, com pequenos ajustes, nas LDOs dos anos seguintes, constando da Lei nº 9.811/99 (LDO/00), no art. 23, parágrafo único, com o seguinte texto: “Excetuados os casos de obras cuja natureza ou continuidade física não permitam o desdobramento, a lei orçamentária anual não consignará recursos a projeto e respectivos subtítulos que se localize em mais de uma unidade da federação, ou que atenda a mais de uma.”

³⁰ Deixaram de constar da Lei Orçamentária de 1991 os fundos: 1) Especial para Calamidades Públicas; 2) Especial de Formação e Desenvolvimento do Serviço Público; 3) Nacional de Cultura; 4) Nacional de Desestatização; 5) Nacional de Desenvolvimento Desportivo; 6) para as Atividades de Informática; 7) do Serviço Militar; 8) de Defesa dos Direitos Difusos. Cabe observar que o FPE e o FPM, orientados para a repartição das receitas do Imposto sobre a Renda e Imposto sobre a Produção Industrial entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, diferentemente dos fundos especiais, não constituem unidades orçamentárias, sendo apenas categorias de programação do órgão orçamentário “Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios”.

³¹ Fundos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Informática e Proc. de Dados, da Secretaria Especial de Editoração e Publicação, Partidário, Antidrogas, Geral do Cacau, de Defesa da Economia Cafeeira, de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, de Estabilidade do Seguro Rural, de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização, de Compensação e Variações Salariais, de Garantia à Exportação, de Treinamento e Desenvolvimento, de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior, de Imprensa Nacional, de Garantia p/ Promoção da Competitividade, de Defesa dos Direitos Difusos, Penitenciário, para a Criança e o Adolescente, para Apare-

lhamento e Operação das Atividades Fim da Polícia Federal, de Segurança e Educação do Trânsito, de Segurança Pública, de Assistência Social, do Regime Geral da Previdência Social, de Saúde, de Amparo ao Trabalhador, da Marinha Mercante, de Cultura, de Meio Ambiente, de Terras e da Reforma Agrária (B. da Terra), Geral de Turismo, do Ministério da Defesa, de Adm. do Hospital das Forças Armadas, do Serviço Militar, Aeronáutico, Aeroviário, do Exército, Naval, de Desenvolvimento do Ensino Profissional Marítimo, Constitucional de Financiamento do Norte, do Nordeste e do Centro-Oeste.

Bibliografia

ABOP 5, [S.l.], n. 3, v. 2, set./dez. 1976, p. 102. (Conclusões do grupo de trabalho).

ABOP - Associação Brasileira de Orçamento Público, [S.l.], v. 42, 2001. Edição especial.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Orçamento Federal. *Manual técnico de orçamento: instruções para elaboração da proposta orçamentária da união para 2002 (MTO-02)*. Brasília. 2001.

BRASIL. Presidência. Secretaria de Planejamento. Secretaria de Orçamento Federal. *Fundos federais*. Brasília. 1995.

BRASIL. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas. *Constituição da República Federativa do Brasil: Quadro Comparativo das Constituições de 1946, 1967, 1969 e 1988*. Brasília: CEGRAF. 1996.

LEMGRUBER, João B. Araújo; GUEDES, Reginaldo de A; TRISTÃO, Gilberto. O posicionamento das entidades da administração descentralizada, órgãos autônomos e fundos, no contexto orçamentário. In: *Revista ABOP*, [S.l.] v. 2, n. 3, set./dez. 1976.

MACHADO JÚNIOR, J. Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 Comentada, 28. ed.* Rio de Janeiro: IBAM, 1998.

PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. *O papel dos fundos parafiscais no fomento: FGTS e FAT*. Brasília: IPEA, 1997.

PISCITELLI, Roberto Bocaccio et. al. *Contabilidade pública: uma abordagem da administração financeira pública*. São Paulo: Atlas, 1995.

REIS, Heraldo da Costa. Fundos especiais: nova forma de gestão de recursos públicos. In: *Revista de Administração Municipal*, v. 38, n. 201, out./dez. 1991.

SANTOS, Homero. Fundos federais. In: *Revista do TCU*, Brasília, v. 23, n. 51, jan./mar. 1992. p. 21-29.

SANCHES, Osvaldo Maldonado. *Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins*. Brasília: Prisma, 1997.

SELLA, Danielle Moraes; ARRUDA, Célia Cristina. Fundos Especiais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Paraná*, n. 118, p. 76-89, abr./jun. 1996.

WILDAWSKY, Aaron. *The new politics of the budgetary process*. Boston: Scott, Foreman & Co. 1988.

**Seção Resenha Legislativa da
Consultoria Legislativa do Senado Federal**

Uma digressão sobre a evolução do pensamento econômico: os limites do crescimento

André Eduardo da Silva Fernandes

Sumário

1. Introdução. 2. Crescimento, mercado monetário e mercado real: evolução do pensamento econômico. 3. Conclusão.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar os mecanismos de transição conceitual efetuada, do ponto de vista da teoria econômica, das concepções clássicas para as concepções keynesianas, assim como os seus reflexos na prática das políticas econômicas, mais especificamente nas restrições ao crescimento.

O conceito-chave a ser desenvolvido é o de fuga às restrições, ou seja, de como se dará o processo de crescimento em uma economia capitalista, quando se pretende escapar dos limites que o conflito distributivo poderia impor a essa trajetória.

O estudo a ser apresentado neste trabalho apreende como restrições efetivas à continuação do processo de acumulação do capital aquelas que são percebidas pelos empresários como passíveis de comprometer a manutenção da taxa de lucro. Portanto, as restrições podem tornar-se efetivas no âmbito das relações do capital com os trabalhadores no mercado de trabalho (mercado real), ou na me-

André Eduardo da Silva Fernandes, Mestre em Economia pela Universidade de Brasília, é Consultor Legislativo do Senado Federal.

dida em que não se consegue estabelecer uma gestão da moeda flexível capaz de propiciar o livre fluxo das mercadorias com a sua realização à taxa de lucro vigente (mercado monetário). Quando tais restrições se tornam efetivas, quebra-se a naturalidade da acumulação de capital (como um processo semi-automático) e se revela o caráter social do processo econômico. Nesse momento, surge a crise econômica caracterizada atualmente por inflação, descoordenação do sistema produtivo, bem como perda da simetria da estrutura de produção (atrofia de alguns setores *versus* hipertrofia de outros). Nesse contexto, a fuga às restrições socialmente estabelecidas passa a ser o objetivo da política econômica.

Para tanto, tentar-se-á mostrar a evolução da teoria econômica até a predominância do keynesianismo, em que a racionalidade instrumental (orientação da razão para a busca de instrumentos de intervenção na realidade, sem uma preocupação quanto aos aspectos que a transcendam) engendrará mecanismos capazes de contrapor, via gerenciamento macroeconômico, o mercado real (em que se delimita o conflito entre o capital e o trabalho) ao mercado monetário (que visa a gerir as diversas formas de moeda na economia).

2. Crescimento, mercado monetário e mercado real: evolução do pensamento econômico

A promessa do crescimento apresenta-se como a ideologia necessária para a manutenção do funcionamento de uma economia capitalista moderna. No período pré-keynesiano, as flutuações econômicas (ou seja, as variações cíclicas) não tinham nenhuma forma de controle explícita. Enquanto isso, as preocupações teóricas centravam-se na questão do equilíbrio. De fato, todo o arcabouço teórico e analítico prestava-se a compreender o sistema econômico como se fosse um protótipo de um modelo da física (mecânica) clássica. Enquanto neste a força

gravitacional cumpria o papel-chave, na economia o preço de mercado seria o elemento equilibrador. Nessa linha, os exemplos dos primeiros neoclássicos como Jevons, Menger e Marshall são a própria encarnação dessa visão. Porém, o modelo de equilíbrio geral de Walras pode ser encarado como a tipificação mais conclusiva da idéia de equilíbrio e harmonia social de longo prazo do sistema capitalista.

Contudo, nesse mesmo período, as crises de produção e circulação das mercadorias vinham cada vez mais se tornando ameaçadoras para o funcionamento do sistema econômico. As análises de equilíbrio não tinham nada a dizer prescritivamente, a não ser que o livre funcionamento das forças de mercado garantiria, por si mesmo, o retorno de toda economia ao ponto mais eficiente do bem-estar social. Os modelos analíticos existentes mostravam isso e, mais ainda, sendo filho dileto do pensamento positivista, não havia como fugir do bem montado escopo teórico das análises dominantes¹.

Entretanto, a realidade teimava em se sobrepor às análises dos economistas. De fato, pode-se afirmar que o grau de separação entre o real e o pensado em economia tinha chegado a tal ponto que se fazia premente o surgimento de um novo escopo teórico de análise que permitisse ao sistema de produção capitalista seguir em frente, mantendo essencialmente intocadas as relações de produção baseadas nas categorias salário e lucro.

O exemplo histórico, até a década de 1930, tinha mostrado como todas as crises econômicas refletiam-se fundamentalmente na ampliação do desemprego em massa, com o consequente agravamento das tensões sociais (Ver HUNT, [1989], p. 428 -). Por outro lado, nos períodos de “boom”, seria também a partir do mercado de trabalho, com o escasseamento da força de trabalho, que o sistema econômico daria os primeiros sinais de esgotamento. O crescimento, deixado às livres forças de mercado, engendraria constantemente mecanismos que levariam ao freio da acumulação.

Colocado o problema dessa forma, torna-se claro que havia no sistema capitalista uma tendência inerente ao desequilíbrio e às crises cíclicas.

No capitalismo clássico (tradicional), o mercado de trabalho² seria o que guardaria o segredo de polichinelo da economia capitalista, já que lá se encontraria aquela mercadoria especial que tinha a capacidade intrínseca de determinar a taxa de lucro: o trabalho assalariado. O lucro, portanto, não seria dado por nenhum elemento exógeno ou sobrenatural, mas pela capacidade dos capitalistas de conseguirem desenvolver um processo de apropriação do excedente³ que viabilizasse a manutenção da taxa de acumulação.

Porém, aqui podemos falar de uma verdadeira dialética do crescimento⁴, já que tal crescimento apresentar-se-ia como elemento-chave do funcionamento de todo o sistema, mas, ao operarem os seus mecanismos propulsores, engendravam-se os seus próprios limites. Tudo isso, devido às tensões crescentes no mercado real. De fato, toda a economia, até o surgimento do pensamento keynesiano, estava dominada pela impossibilidade de desenvolver mecanismos que pudessem funcionar como contraponto (ou seja, mecanismos compensadores) aos limites de expansão do mercado real, dado o objetivo de maximização do lucro.

A questão-chave era como crescer e, simultaneamente, acomodar as tensões que porventura pudessem vir a se desenvolver na relação capital/trabalho, isto é, como manter, do ponto de vista macroeconômico, o bom funcionamento da estrutura capitalista de acumulação. Claro estava que a ortodoxia, com sua análise microeconômica e de equilíbrio, mostrava-se incapaz de responder àquela questão crucial, que atingia a esfera do funcionamento global de sociedade.

É importante colocar desde já que o funcionamento do modo de produção capitalista traz, em si, a necessidade de uma constante fuga às restrições (como definida an-

teriormente), isto é, uma espécie de neurose obsessiva freudiana em nível social caracterizada pela compulsão para o crescimento⁵.

Contudo, até a década de 1930, o crescimento apresentava-se como uma síntese, em última instância, perigosa (por não acomodar as tensões do mercado real no longo prazo) e frustrante (por desembocar inexoravelmente numa crise recessiva). A fuga às restrições não conseguia exercer toda a sua funcionalidade para o modo de produção capitalista.

É importante destacar que esse processo de fuga às restrições necessita de duas pré-condições essenciais: a existência de mecanismos (instrumental) propulsores do crescimento e a não existência de um conflito distributivo aberto. De fato, as duas seriam interdependentes e de interação mútua, constituindo-se no pólo positivo (instrumentos) e no pólo negativo (não conflito) de um mesmo processo. Aqui, podemos perceber que os dilemas enfrentados pelo capitalismo tradicional (não-intervencionista) estavam intimamente ligados à inexistência de instrumentos (monetários e fiscais), tanto analíticos como práticos (um decorre do outro), capazes de propiciar uma trajetória de crescimento estável.

Mais do que isso, o processo de fuga às restrições tornava-se cada vez mais inviabilizado devido à impossibilidade de se gerir adequadamente o mercado real. Em outras palavras, não havia nada que pudesse vir a funcionar como contraponto aos mecanismos que operavam no mercado real durante o crescimento, isto é, não existiam mecanismos amortecedores que impedissem que a dialética do crescimento levasse à supressão de todo o processo de acumulação. Não obstante, o processo de crescimento econômico tinha que ser de tal forma que não se transformasse “numa luta aberta de todos contra todos”.

A teoria econômica tradicional, com a sua visão de ciência e de sociedade arraigada no século XIX, não poderia trazer um

novo aporte para a solução dessa problemática (evitada que estava da sua pretensão universalizante, dedutivista e pouco instrumental). A teoria keynesiana surgiria, assim, como um “novo” arcabouço teórico capaz de criar instrumentos possíveis de deslocar o problema da dialética do crescimento e do conflito no mercado real.

O keynesianismo é uma teoria do capitalismo evoluído e que opera a mutação desse mesmo capitalismo dotando-o de armas para seguir em frente, sem romper com a base da organização social. Keynes concebeu “uma teoria com base no mundo econômico existente sob seus olhos, a fim de melhorá-lo e conservar o que nele ainda existe de válido e estimável. Eis aí o motivo pelo qual sua teoria não é neutra, estando, ao contrário, impregnada de incontestável finalismo” (BARRÉRE, 1961, p. 30).

Porém, a fim de empreender o salto qualitativo requerido pelo capitalismo de então, fazia-se necessário questionar alguns pressupostos essenciais da escola clássica de pensamento. Entretanto, é importante perceber que a crítica desses pressupostos era essencial para que se pudesse dotar a economia de instrumentos que “resolvessem” o dilema (crescer e gerar a crise, não crescer e gerar a crise) em que se encontrava a possibilidade de crescimento. O maior problema era a rigidez do mercado real e seus efeitos nefastos sobre a acumulação capitalista no longo prazo.

A construção teórica do pensamento keynesiano teve como efeito o desenvolvimento de mecanismos capazes de operar com variáveis nominais do sistema econômico, desenvolvendo assim uma luta fundamental contra o ciclo.

Antes de mostrar de que forma e onde se deu a grande inovação keynesiana que permitiu deslocar do lado real a barreira de expansão da economia, cabe uma pequena digressão sobre o ponto de vista clássico e marxista do sistema econômico. Do ponto de vista clássico, a economia sempre se apresentava como uma economia instantanea-

mente equilibrada e no pleno emprego. Tal conclusão derivava de duas premissas fundamentais, quais sejam: a chamada Lei de Say e a idéia da moeda véu. A Lei de Say supunha que toda a oferta criaria sua própria demanda, já que, com o valor de uma mercadoria gerando concomitantemente renda correspondente, não poderia ocorrer superprodução generalizada. Assim, as crises gerais estavam afastadas. Paralelamente, a moeda era vista como um simples lubrificante das engrenagens no sistema econômico, e que, portanto, não se demandaria moeda por si própria, mas somente como um intermediário na realização das trocas.

Ricardo expressou muito bem essa visão quando afirmara que “os produtos sempre são comprados com outros produtos ou com serviços. O dinheiro é apenas o meio pelo qual se efetua a troca” (1983, p. 198). Say, que dera nome ao princípio dos mercados, fora taxativo ao afirmar que “certos produtos se encontram em grande abundância porque outros vieram a faltar” (1983, p. 140). Desse modo, estava afastado o perigo de vazamentos no sistema econômico que prejudicasse o sistema como um todo. A chamada revolução marginalista de 1870, com a ascensão da escola neoclássica, livrou-se de tudo o que era considerado “metafísica” na teoria dos clássicos (como teoria do valor trabalho)⁶, mas manteve a essencialidade dos dois pressupostos acima citados (sobre os mercados e a moeda), que, por sinal, davam coerência a sua visão de equilíbrio e harmonia social.

Marx iniciou a sua obra a partir de uma perspectiva diametralmente oposta e já nos primeiros capítulos de “O Capital” esforçava-se por demonstrar a ingenuidade dos clássicos no que tange ao funcionamento de uma economia com a especificidade do capitalismo “em que o lucro como riqueza abstrata materializada é o objetivo, e não a troca”. Na análise do que ele chamou de “Robinsonada”, mostrou que a descrição clássica correspondia a uma economia pré-capitalista de troca simples, em que o circuito

produtivo seria M-D-M', ou seja, um indivíduo possuindo uma mercadoria trocária por dinheiro visando a adquirir uma outra mercadoria qualitativamente diferenciada, a fim de suprir suas necessidades.

Por outro lado, a dinâmica capitalista de produção seria inteiramente inversa e apresentaria um circuito da forma D-M-D', isto é, o capitalista, possuindo uma determinada quantia de riqueza no início do processo, contrataria uma mão-de-obra e compraria matéria-prima (as máquinas já estariam disponíveis). Mediante o processo produtivo, obter-se-ia uma mercadoria (*output*) qualitativamente diferenciada dos insumos. E com um valor superior à soma da remuneração dos componentes utilizados como insumos (devido à característica intrínseca da força de trabalho de “vender” a sua capacidade de trabalho em troca do seu valor de produção e reprodução). Essa economia, definida como monetária desde o princípio, é que traz a possibilidade da crise do sistema como um todo.

Porém, a idéia clássica de Lei de Say e de moeda como um véu, com a economia trabalhando em pleno emprego junto com mecanismos autocorretivos, inviabilizava uma postura ativa de governo sobre o funcionamento do sistema econômico a fim de evitar o choque com a rigidez do mercado real (já que toda a lógica remetia ao funcionamento automático do mercado). Por isso a visão da depressão como necessária para a busca do equilíbrio de um sistema econômico que se tinha entregado à “orgia” de um crescimento desordenado (SCHUMPETER, 1983).

As variáveis-chave eram essencialmente reais, a moeda como simples lubrificante não propiciava possibilidades de que se pudesse gerir os conflitos que porventura surgissem no sistema econômico. Não fazia parte do escopo da ciência econômica, muito menos da filosofia que a sustentava, a idéia de que se pudesse atuar sobre variáveis reais visando a alterar a lógica do sistema. Portanto, podemos constatar que os pressupostos clássicos impunham uma bar-

reira à superação da dialética do crescimento e dos limites da fuga às restrições.

Por outro lado, a visão de Marx, embora crítica dos pressupostos clássicos de análise econômica, encontrava-se impossibilitada de romper com as dificuldades derivadas dos limites ao crescimento. Logicamente, as premissas filosóficas e políticas sobre as quais se assentava o seu pensamento eram diametralmente opostas a qualquer forma de conciliação parcial que pudesse dar sobrevida ao sistema capitalista. A dialética do crescimento deveria ser levada até as suas últimas conseqüências de forma que as forças produtivas pudessem continuar a se desenvolver, porém, agora, sob relações sociais de produção qualitativamente diferenciadas (IANNI, 1988, p. 83) da forma conceitual salário/lucro (ou seja, da oposição capital/trabalho).

Dentro desse ponto de vista, não havia, para a teoria marxista, num horizonte histórico mais amplo, a possibilidade de que o sistema pudesse desenvolver uma fuga às restrições e ainda continuar a manter as suas características capitalistas. A dialética do crescimento conduziria inexoravelmente à revolução, com suas inevitáveis conseqüências sobre o sistema econômico e o processo social como um todo.

O elemento renovador da teoria keynesiana foi a percepção da economia capitalista como essencialmente diferente de uma economia da troca simples, mas com uma perspectiva completamente antagônica à visão de Marx. A abordagem de Keynes visava a romper a lógica da dialética do crescimento com a operacionalização de instrumentos que possibilitassem a gestão do mercado real, sem que tornasse necessária a ruptura definitiva com o *status quo*. Mas, para tanto, a intervenção não podia ser sobre o mercado real diretamente (essa era a proposta do fascismo), senão a partir de algum outro elemento que se contrapusesse (permitisse o gerenciamento) àquele.

Nesse sentido, Keynes havia concluído (mesmo antes da Teoria Geral) que “uma

economia monetária se comportava de maneira fundamentalmente diferente de uma economia de troca ou de uma economia neutra de dinheiro, em que este é apenas um elo neutro, transitório, na cadeia de transação” (MOOGRIDE, 1981, p. 9). Sendo a economia capitalista o protótipo das ditas economias monetárias, sua análise deveria subverter os pressupostos clássicos.

De fato, para Keynes, ocorria que “a presença do dinheiro na economia era de crucial importância, pois influiría no comportamento dos preços relativos, especialmente dos salários e taxas de juros, nas condições de desequilíbrio e, portanto, afetava o lugar de descanso do equilíbrio final da economia” (MOOGRIDE, 1981, p. 9). Ora, claro fica que, ao se falar de preços relativos dos salários e dos juros, começava-se a estabelecer a forma de conexão com o mercado real, sem que se aja diretamente sobre as variáveis reais. A economia passava a ser desde o princípio tomada monetariamente. Logo, o que se tinha a fazer era compreender como operariam os mecanismos de fixação monetária da renda, a fim de que se buscasse, dentro de uma trajetória de crescimento, viabilizar a acomodação dos diversos segmentos sociais.

Portanto, “a teoria monetária se converte em uma parte essencial da teoria econômica em geral mercê da sua relação com a teoria dos juros, e a política monetária se faz parte vital da teoria econômica geral” (PILLARD, 1989, p. 150). Começa-se a perceber que, em contraponto ao mercado real em que se defrontam capitalistas e trabalhadores, desenvolve-se um conjunto de relações monetárias características, mas, acima de tudo, de amplas possibilidades de operacionalização instrumental sobre a realidade. A Economia iniciava um processo de ruptura radical com o sentimento incapacitante derivado do pensamento clássico, estava agora em busca de um novo aporte que lhe garantisse o desenvolvimento de uma racionalidade instrumental (nos moldes destacados anteriormente). Ou seja, de um

processo racional que lhe permitisse gerar mecanismos capazes de influenciar a trajetória real da economia, contudo sem macular a estrutura capitalista de produção e, acima de tudo, mantendo seu “*status*” de ciência.

A oposição trabalho/capital, essência da definição de capitalismo, que se apresentava tão problemática do ponto de vista das relações sociais, trazendo consigo o conflito, o distúrbio e a tensão constante do processo de acumulação, poderia agora ser mantida sob controle por instrumentos de gestão monetária. O mercado monetário passa, então, a ser o contraponto do mercado real, mais do que isso, passa a ser um complemento necessário para o deslocamento dos limites de crescimento (tentando-se gerir o próprio ciclo). O que antes era luta clara, com interesses definidos, passa a ser sombra e confusão. É como se a teoria da relatividade de Einstein passasse a vigorar para a economia, e como axioma primeiro (e único) dessa “nova” ciência se tivesse a máxima: “tudo é relativo”. Mas como a teoria Einsteiniana havia uma constante para permitir que o modelo fechasse (velocidade da luz), na economia também teríamos essa constante que é o trabalho, o qual, na maré de valores monetários, tenderá a perder a capacidade de gerir o seu próprio posicionamento dentro do sistema capitalista.

Na análise do mercado monetário, podemos parafrasear Marx nas suas considerações sobre a questão da mercadoria, já que “os produtos do cérebro humano parecem dotados de vida própria, figuras autônomas, que mantêm relações entre si e com os homens” (1983, p. 71). Eis a melhor constatação sobre os caminhos que tomariam a “nova” dicotomia (mercado real e mercado monetário), sendo que a moeda, que era “um produto necessário do processo de troca, no qual diferentes produtos de trabalho são, de fato, igualados entre si e, portanto, convertidos em mercadoria” (p. 81), adquiriria um caráter volátil intrínseco, e, além do mais,

tornando-se o instrumento, por excelência, da gestão dos conflitos distributivos.

Como já havia destacado o professor Lauro Campos (1980, p. 156), foi “a consideração de todos os agregados, talvez com exceção da ocupação, em suas expressões monetárias que Keynes tornou menos aparentes determinadas conseqüências e implicações de suas proposições”. A transposição do conflito distributivo de sua forma nua e crua, assim como a possibilidade de superar o próprio impasse causado pela dialética do crescimento, estão na raiz de todas as proposições de Keynes. Contudo, esse “passe de mágica” não poderia vir a ser dado no vazio. Algo deveria estar acontecendo com esse capitalismo mutante, e isto era o surgimento de instrumentos de intervenção na realidade embasados em novas proposições conceituais (principalmente no que diz respeito à questão dos juros).

É fundamental compreender que Keynes escreveu durante a última grande crise deflacionista da economia capitalista mundial (das quais foi o coveiro). Portanto, é perfeitamente cabível a sua ênfase nos mecanismos de recuperação dos níveis de emprego. Contudo, não podemos esquecer que, como seus discípulos nos demonstraram na prática, é da gestão da dicotomia mercado real *versus* mercado monetário que vai-se erguer o edifício do crescimento e empurrar novamente o capitalismo em direção ao seu processo de constante fuga às restrições.

A ideologia do crescimento apresentava-se, então, como corolário “natural” da idéia keynesiana de que se havia dominado o ciclo econômico e que os empecilhos ao crescimento estavam temporariamente superados. A economia tornara-se uma ciência evoluída instrumentalmente, logo capaz de operar na realidade a partir de mecanismos tecnicamente eficientes e politicamente neutros. A fé keynesiana afirmara claramente que “a procura efetiva de consumo ou de investimento, ou de ambas as coisas, pode ajustar-se de modo que a procura agrega-

da iguale o nível requerido para o pleno emprego sem inflação”(DILLARD, 1981, p. 234).

No pós-guerra (décadas de 1950 e 1960), o otimismo quanto ao crescimento ilimitado baseado na gestão coerente (e tecnicamente capaz) do sistema econômico tendia a sufocar qualquer tentativa de se questionar os dogmas propostos. O keynesianismo produtivista (com fé total no crescimento do produto bruto) estava em alta. Como já destaquei, a fuga às restrições necessita de dois elementos constituintes essenciais: a existência de mecanismos e a não existência de um conflito aberto. O keynesianismo gerou mecanismos e endogenizou⁷ o conflito distributivo baseado na promessa da trajetória de crescimento ilimitada.

Cabe agora analisar como, via mecanismo dos juros, o mercado monetário opera na superação da dialética do crescimento. Rompendo com a tradição clássica de análise da economia real, perdia-se o poder de argumentação que explicava o juro como a remuneração da abstinência. De fato, os juros passariam a ser “o preço mediante o qual o desejo de manter a riqueza em forma líquida se concilia com a quantidade de moeda disponível”(KEYNES, 1983, p. 122). Ou, dito de outra forma, a taxa de juros seria “a recompensa de renúncia à liquidez, é uma relutância dos que possuem dinheiro em alienar o seu direito de dispor o mesmo” (p. 122). Assim, dentro do mecanismo tradicional de equilíbrio a partir de um determinado nível de renda, o juro elevado representaria um impasse já que desestimularia a realização do investimento, o que prejudicaria o nível de renda (a partir do multiplicador keynesiano) e conseqüentemente o nível de produção e de emprego.

Entretanto, o que faria com que os detentores de moeda preferissem guardá-la sob a forma líquida em vez de dar a ela outra destinação? Antes de tudo, deve-se compreender que a moeda não é, em hipótese alguma, neutra. De fato, ela nasce de um emaranhado complexo de relações sociais centradas

numa estrutura capitalista de produção. Assim como Marx havia destacado que o capital não é uma máquina, mas uma relação social de produção, a moeda (dentro do capitalismo) não é um *quantum* de ouro (do outro produto qualquer), mas a possibilidade de se controlar um processo produtivo (direta ou indiretamente) visando-se a aumentar a quantidade de riqueza abstrata materializada. Isto é, o que move o sistema é a necessidade obsessiva e frenética de efetuar constantemente a reprodução ampliada do capital, a fim de se buscar o aumento da riqueza em geral. Essa riqueza em geral é capital em potencial. Porém, assim como uma máquina parada não se exercita como capital, riqueza esterilizada também não cumpre a sua função precípua.

Então, a lógica estaria em forçar a entrada em circulação produtiva daquela riqueza esterilizada. Transformar energia potencial em energia cinética, ou seja, capital em potencial em capital em movimento, que se valoriza e reproduz o sistema como um todo. “O juro é o preço que se deve pagar a um detentor de moeda, para que este concorde em abandonar o uso da mesma”(KEYNES, 1983, p. 122). Porém o que Keynes toma como um dado e não explicita é como aquela quantidade de riqueza abstrata se concentrou em um pólo inerte e por que os elementos constitutivos desse pólo não buscariam romper com essa inércia. Para tanto, Keynes recorre a um psicologismo de última instância ao afirmar que “talvez fosse mais exato dizer que a taxa de juros seja um fenômeno altamente convencional do que basicamente psicológico, pois o seu valor observado depende sobremaneira do valor futuro que se lhe prevê”(p. 144).

Portanto, como num lance de ficção que lembra as histórias do Barão de Munchhausen, Keynes tenta erguer-se puxando seus próprios cabelos, e silenciando exatamente no coração da problemática.

Devemos compreender que a análise apurada desse ponto feriria de morte a *praxis* keynesiana. É precisamente nesse ponto

que encontramos o gerenciamento da dicotomia mercado real/mercado monetário. O que travaria o processo acumulativo é a dialética do crescimento. O juro elevado, mantendo o arcabouço keynesiano, seria a resistência dos indivíduos de retornarem ao processo de acumulação enquanto as condições de reprodução não fossem viabilizadas. Na visão clássica, o mercado de trabalho desembocaria em constante tensão sem formas compensatórias. A partir de Keynes, o mercado monetário indicava essas tensões, caberia somente “administrar” corretamente para seguir na fuga às restrições.

Entretanto, o mercado monetário ficaria rígido (as taxas não cairiam) enquanto as condições de acumulação não fossem viabilizadas, isto é, enquanto o mercado real não conseguisse ser “pacificado”, impossibilitando o estabelecimento de uma trajetória de crescimento com um dado padrão distributivo, aceito pelos participantes do processo social. Quando a estrutura capitalista não apresenta o caminho a seguir, quando as tensões desenvolvem-se de forma crescente, quando a acumulação não pode prosseguir a uma taxa “segura”, o capital assume a sua forma de negação (do ponto de vista produtivo) e cristaliza-se na forma líquida. Se, por outro lado, o mercado real apresenta-se desobstruído, o caminho a seguir é desobstruir o mercado monetário (então, as taxas caem) visando a retomar o processo de investimento (aumentando o emprego e a produção).

A grande depressão de 1929 tinha “resolvido” a questão pelo lado do mercado real. A forma de interpretação keynesiana fornecia o arcabouço necessário para compreender o que se passava e propor saídas para o impasse. Porém, por se tratar de uma ruptura com toda a visão tradicional de compreensão do processo social capitalista, houve resistências. Keynes pôde perceber que a gravidade da crise era de tal ordem que a confiança dos capitalistas tinha que ser restabelecida com mecanismos mais eficazes.

Após isso, ele pôde propor que “não havia como pensar que uma política monetária de mercado aberto possa atingir, sozinha, este resultado”(1983, p. 184). A economia de guerra faria o papel de convencer as mentes mais reticentes da necessidade de operar qualitativamente diferente sobre a economia nesse novo estágio da economia capitalista.

Em verdade, podemos observar que o finalismo pragmático⁸ que norteava a obra de Keynes é o que possibilitou o salto qualitativo em direção ao gerenciamento da dicotomia mercado monetário/mercado real como forma de “administrar” os impasses da economia capitalista. O mercado monetário tinha que se desenvolver, diversificar e “complexificar” de maneira que pudesse refletir a fuga às restrições com a superação dos impasses do mercado real.

É importante destacar que a própria criação da estrutura conceitual keynesiana viabilizava esse tipo de empreitada na medida em que, ao se desvincular da questão do lado real (trabalhando com variáveis nominais), não existia nenhuma âncora que restringisse a utilização dos instrumentos *ad nauseam*. O finalismo era pragmático e não quanto aos valores. Assim, o dístico “o que é útil não é verdadeiro, e o que é verdadeiro não é útil”(SZMRECSÁNYI, 1984) pode servir como divisa de todo o seu pensamento. Todo o esquema político keynesiano é caracterizado por esse “salto mortal” em que a utilização dos chamados agregados macroeconômicos deve ser vista como uma maneira de se dar a fuga às restrições sem nenhuma preocupação mais coerente e profunda com o processo social. O próprio conceito de demanda agregada é, em si, despedido de qualquer finalismo social além do crescimento, por isso se justificaria, até mesmo, enterrar e desenterrar garrafa.

A idéia de que os instrumentos deveriam ser maximizados, buscando adiar as tensões que pudessem surgir na rentabilidade do capital (taxa de lucro), permeia a idéia de política monetária e, conseqüentemente,

de mercado monetário. “A política monetária keynesiana é simples: já que o investimento se desenvolve enquanto a eficácia marginal do capital permanece superior à taxa de juros, é preciso esforçar-se para elevar a primeira e baixar a segunda. Assim, as perspectivas de lucro serão maiores e o montante, no qual as duas variáveis se juntarão ao mesmo nível, será mais distante no tempo”(BARRÉRE, 1961, p. 287). É clara a tentativa de se reduzir a uma relação instrumental, que se daria pelo embate entre variáveis, o que, em última instância, não passa de um verdadeiro conflito distributivo no sistema econômico. A proposta tão simples, enunciada na citação anterior, denota a pacificação do mercado real como condição *sine qua non* para a continuação do investimento.

Esse ideal keynesiano de controle perfeito do sistema econômico atuando sobre variáveis nominais (mercado monetário), visando ao controle sobre a rentabilidade do capital (portanto, do mercado real), pode ser expresso pela visão de que, “se o Estado for capaz de determinar o montante agregado dos recursos destinados a aumentar esses meios (de produção) e a taxa básica de remuneração aos seus detentores, terá realizado o que lhe compete”(SZMRECSÁNYI, 1984, p. 256). Parece, nesse momento, que Keynes tinha plena confiança nos mecanismos que estava engendrando.

Ao buscar reintroduzir a moeda no fluxo da produção e do emprego (DILLARD, 1989, p. 149), que se tinha realmente como meta era a possibilidade de “controlar” instrumentalmente os rumos da economia. Mas, o controle do mercado real via instrumentos monetários é simplesmente a forma pela qual se tenta endogenizar o conflito distributivo de forma a estabelecer um padrão internalizado por todos os agentes dentro de uma trajetória de crescimento. Por isso, “a baixa da taxa (de juros) só será durável se a autoridade monetária chegar a persuadir o público de que essa taxa será mantida” (BARRÉRE, 1961, p. 288). Contudo, para

a baixa ser persistente e “convencer o público”, é necessário mais uma vez perceber que o mercado real deve estar “resolvido”. Pois, caso contrário, a dialética do crescimento volta a operar e a riqueza geral (abstrata) fugirá do progresso produtivo.

Não se pode esquecer que riqueza capitalista é poder acumulado e, portanto, somente mobilizável para a produção se for possível a obtenção de uma rentabilidade condizente com a estrutura do capital. “O primeiro objetivo da política monetária será o de persuadir o público da sua continuidade e seu êxito, e tal missão pode falhar” (BARRÉRE, 1961, p. 288). Não há como isolar, destarte, o fato de que o uso dos instrumentos traz uma possibilidade aberta à economia capitalista. Contudo, a efetivação ou não dessa possibilidade dependerá das condições iniciais do sistema econômico, bem como do estabelecimento claro da trajetória de crescimento. A evolução das políticas keynesianas demonstrará os limites de tal abordagem.

Todavia, é importante destacar que a pré-condição da formulação das políticas públicas desde Keynes tem sido a busca da administração dos instrumentos adequados à obtenção do pleno emprego (crescimento contínuo) tentando utilizar agregados macroeconômicos (com expressão em níveis monetários). A taxa de lucro é a força motriz, e a continuação da acumulação sem os “perigos” que porventura pudessem advir do mercado real é a meta do keynesianismo. “Investir é trocar moeda por meios de produção. Quando esta política promete mais lucro do que se poderia obter pelo empréstimo de moeda, há uma indução a investir” (SHACKLE, 1991, p. 145).

É importante ressaltar que a quase totalidade dos autores keynesianos não consegue desenvolver uma percepção da realidade social. O que, conseqüentemente, impede que eles desenvolvam a conexão fundamental entre mercado real e mercado monetário. Portanto, acabam desenvolvendo toda a forma de fetichismo quanto à ocorrência

das crises. “Assim, a possibilidade de um desemprego geral maciço surge da influência de uma instituição humana, a da moeda, sobre a natureza essencial da existência humana, no percurso infinito do ser humano no vazio do tempo” (SHACKLE, 1991, p. 145). A moeda aparece, desse modo, como o grande vilão, mas em posição diferente da interpretação clássica. Agora, ela está no modelo (no clássico era um simples véu dado exogenamente), tenta-se incorporar conjuntamente uma visão de incerteza que remete à moeda “encarada como um vínculo entre o presente e o futuro e sua teoria monetária dos juros” (KURIHARA, 1961, p. 100). Mais uma vez, pode-se constatar a inexistência de qualquer ponte que una mercado monetário e mercado real, o que fatalmente conduz a análise econômica a uma visão fetichista e autônoma quanto ao processo social.

3. Conclusão

Portanto, a política keynesiana passa a ser o elo que tenta unificar os diversos conflitos que possam surgir em uma sociedade em crescimento. Ao compreender a economia capitalista como eminentemente monetária, pode desenvolver mecanismos capazes de gerir diferenciadamente tais conflitos (os quais, de outro modo, estourariam no mercado real). O conflito assume a forma fenomênica de expansão dos níveis de preço, com a moeda passando de uma simples causa (dada exogenamente) à expressão do gerenciamento de uma situação conflituosa na partição do produto.

Administrar as variáveis monetárias, gerir o processo inflacionário, esse passaria a ser o fim último das políticas keynesianas (tanto fiscais como monetárias), contando para isso com gerenciamento da dicotomia mercado real/mercado monetário. Quando o mercado real estivesse rígido, o mercado monetário forçaria a flexibilização a fim de garantir a continuação da acumulação. A dialética estava rompida, o crescimento não

viria somente do mercado real, mas também da administração monetária funcional da economia.

O salto para a economia monetária, sem conceito e sem valores de nenhuma natureza, constitui-se no salto mortal da economia keynesiana para tentar viabilizar a economia capitalista. Manter o mercado monetário flexível⁹ por todos os mecanismos possíveis passa a ser o instrumento desse fim.

Além do mais, é fundamental para o debate econômico atual o resgate do conceito de taxa de juros defendido por Keynes, a fim de que se possa compreender também os limites que existem para a redução da referida taxa em uma economia capitalista, portanto de seu próprio crescimento econômico.

Notas

¹A distinção economia positiva *versus* economia normativa, já realizada por Stuart Mill, garantia que a chamada economia positiva tratava do que é; a economia normativa, por sua vez, do que deveria ser.

² Optarei daqui por diante, para fins de compatibilização com as análises posteriores, chamar de mercado real, trazendo a idéia de que é nele que se desenvolvem as relações reais entre os dois pólos do processo produtivo, trabalhador e capital, que tenderá a se contrapor ao mercado monetário.

³ Não entraria nenhum conceito ético na visão marxista de explicação, mas a pura análise econômica.

⁴ Tal conceito deve ser compreendido à luz da interpretação da Escola de Frankfurt (ver ADORNO, 1997). A idéia de dialética do crescimento seria de que o processo de crescimento econômico traria consigo forças endógenas que anulariam não só a dinâmica como a sua positividade.

⁵ Marx havia colocado essa visão como inerente ao ponto de vista do capitalismo: “acumulai, acumulai...”. Sobre o conceito de neurose obsessiva, ver Rogério Amorett (1989, p. 55).

⁶ Com o desenvolvimento da postura objetivante do positivismo, tudo o que buscava ir além do imediatamente dado acabava sendo relacionado com idéias metafísicas. Para tanto, ver “Economia como ciência”, Eleutério Prado, IPE -USP, 1991.

⁷ No sentido de manter dentro dos marcos da base conceitual – prática modificada.

⁸ Relacionado ao conceito de razão instrumental que não questiona o processo econômico dentro da esfera social como um todo.

⁹ Incluindo, no mercado monetário, a gestão da moeda de forma ampla.

Bibliografia

ADORNO, Theodor Wiesengrund; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1997.

AMORETT, Rogério (Org.). *Freud: pensamento e ação*. Brasília: UnB, 1989.

BARRÉRE, A. *Teoria econômica e impulso keynesiano*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

CAMPOS, L. *A crise da ideologia keynesiana*. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

DILLARD, D. *A teoria econômica de John Mynard Keynes*. 6. ed. São Paulo: Pioneira, 1989.

FIORI, J. L. *Reforma ou sucata: o dilema estratégico do setor público brasileiro*. São Paulo: IESP/FUN-DAP, 1991.

HUNT, E. K. *História do pensamento econômico*. Rio de Janeiro: Campus, [1989].

IANNI, Octávio (Org.). *Karl Marx*. 6. ed. São Paulo: Ática, 1988. (Grandes Cientistas Sociais).

KALECKI, M. *Crescimento e ciclo das economias capitalistas*. São Paulo: Muctec, 1987.

KEYNES, J. M. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda: inflação e deflação*. São Paulo: Abril, 1983. (Os Economistas)

KURIHARA, K. K. *Introdução à dinâmica keynesiana*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

MANDEL, E. (Org.). *Marxian economics*. London: Macmillan, 1990.

MARX, K. *O capital*. São Paulo: Abril, 1983. v. 1.

MOOGRIDGE, D. E. *As idéias de Keynes*. São Paulo: Cultrix, 1981.

RICARDO, David. *Princípios de economia política e tributação*. São Paulo: Fundo de Cultura, 1983. (Os Economistas).

SAY, J.B. *Tratado de economia política*. São Paulo: Fundo de Cultura, 1983. (Os Economistas).

SCHUMPETER, Joseph A. *A teoria do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Fundo de Cultura, 1983.

SHACKLE, G. L. S. *Origens da economia contemporânea*. São Paulo: Muctec, 1991.

SZMRECSÁNYI, T. (Org.). *Keynes*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1984.