


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Abril-Junho/2004 – Ano 41 – Nº 162
Edição especial comemorativa dos 40 anos



Estudos em
homenagem a
Anna Maria Villela

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 41 • nº 162
abril/junho – 2004

ESTUDOS EM HOMENAGEM A ANNA MARIA VILLELA

Organização
Jorge Fontoura

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: Cláudia Moema de Medeiros Lemos e Angelina Almeida Silva

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Anderson Gonçalves de Oliveira e Angelina Almeida Silva

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.

Pídese 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)

{ENTRA FOTO DA HOMENAGEADA}

O COMPARATISMO JURÍDICO E A INTELIGÊNCIA DO DIREITO NA OBRA DE ANNA MARIA VILLELA

A era do mercado proporciona ao Direito Comparado formidável espaço de evocação e reafirmação. Como esforço de construção de um sentido universal para as Ciências Jurídicas, o comparatismo valoriza-se sobremaneira em seu tríplice mister de aproximar para conhecer, conhecer para cotejar e cotejar para aperfeiçoar.

A notória exaustão dos estudos positivistas, em um mundo minimizado pela tecnologia e pela instantaneidade da informação, leva à esterilidade do estudo bastante em si dos ordenamentos jurídicos nacionais. A profusão de novas órbitas de jurisdição, dos direitos comunitários às formas alternativas de solução de controvérsias, dos fóruns multilaterais jurídicos, mas não judiciais, como o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, ou as instâncias arbitrais privadas, como o Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio de Paris, tudo isso compõe o marco jurídico em que modernamente nos devemos mover.

As relações desses planos aparentemente distantes, em inusitadas possibilidades de interações tangentes e secantes de conflitos normativos, projetam e valorizam o Direito Comparado. Curiosamente, não vem da área jurídica a lição que parece melhor exprimir a importância da percepção comparatista. André Malraux, usando a perspectiva da arte, ensinou, também com proveito para o estudo jurídico, que: [...] *nous ne pouvons sentir que pour comparaison. Quiconque connaît Andromaque ou Phèdre sentira mieux ce qu'est le génie français en lisant le Songe d'une Nuit d'Été qu'en lisant toutes les autres tragédies de Racine. Le génie grec sera mieux compris par l'opposition d'une statue grecque à une statue égyptienne ou asiatique, que par la connaissance de cent statues grecques.*

O mundo em que viveram os glosadores da Escola de Bologna, que criaram o comparatismo jurídico, era *locus* de necessidades novas – a Itália politicamente fragmentada do começo da Idade Moderna –, mas que se integrava em comércio, e, logo, em demandas que iam além dos limites geográficos das ricas cidades mercadoras. A pós-moderna “praça do mundo” guarda muitas semelhanças com tal período, compartilhando necessidades similares de comunicação e interação jurídica.

Para o Direito Ocidental, a Revolução Comercial significou não apenas o nascedouro do Direito Comparado, mas o advento do próprio Direito Comercial. Da mesma sorte, verificamos à nossa volta o surgimento e a afirmação dos Direitos integrados, como o inusitado Direito Comunitário Europeu e, mesmo, o Direito do Comércio Internacional, com sua plêiade de novidades. Desde sempre, a vida precede ao Direito, na multiplicidade de desafios e na renovação de demandas.

Hoje, constatamos estar irremediavelmente esgotada a herança jurídica que recebemos da sociedade industrial. A variedade das regras de Direito substancial, em face da internacionalização do Direito, reclama novos paradigmas que estejam mais além das meras respostas estatais ou do “tratamento nacional”. O caráter obsoleto e mesmo a inutilidade do nacionalismo ou *estatismo* jurídico demonstram a ineficiência das abordagens ideológicas, de soluções unilaterais *power oriented*, impositivas e inegociáveis; do encastelamento dos Estados em razões não deduzíveis no senso geral de justiça, como a legislação de normas com pretensão alcance extraterritorial, ou de sentido discriminatório, que vez por outra se chega a aventar.

Tida como disciplina jurídica tão elitista como desnecessária, o Direito Comparado foi, em nosso meio, isolado em academicismo estéril e alheio à realidade cultural de uma Nação jovem e

continental, carente de horizontes mais amplos. Não ou mal ensinado na universidade, maltratado em doutrina, pouco exercitado na jurisprudência, o Direito Comparado refletiu, *in absentia*, o rígido dualismo positivista que sempre nos conformou.

Ao justificar seu artigo denominado *O Direito Comparado como Fonte do Sistema Jurídico Brasileiro* – in Notícia do Direito Brasileiro, p. 41, 1976 –, Anna Maria Villela constatava o abandono da disciplina no Brasil, ao afirmar que ela se destinava aos vários Institutos de Direito Comparado que, no mundo inteiro, se preocupavam em manter vivo o gosto e o interesse pelo estudo dos sistemas jurídicos estrangeiros. E prosseguia: [...] *é por isso que achamos interessante apresentar a esses jurisperitos, que nos queiram ler, e que usam do Direito Comparado com finalidade de erudição ou de reformulação dos respectivos sistemas jurídicos nacionais, o papel que, entre nós, foi reservado à ciência ou método que cultivamos desinteressadamente.*

O conhecimento dos mundos estrangeiros tem sido para a cultura jurídica um grande desafio em toda a América Latina. Nosso *aislamiento* continental pode ser contabilizado em imensos prejuízos que refluem sobre todos, sem distinção de classes, a gerar a visão limitada do nacionalismo exacerbado. Cegamente avesso ao estrangeiro, tal nacionalismo precisaria retemperar-se, tomando em conta a lição de Henri Batiffol: [...] *L' aversion pour ce qui est étranger est un sentiment en un sens naturel: selon une formule thomiste célèbre, on n'aime que ce qu'on connaît* – in *Droit International Prive, 5ème Édition, Librairie General de Droit et Jurisprudence, Paris, 1970, p.8.*

Precocemente falecida, Anna Maria Villela deixou obra jurídica de grande riqueza e densidade, marcada pelo firme propósito de não se limitar às fronteiras. Foi sempre além. Transgrediu e trouxe prismas inusitados ao estudo do Direito, com o estro ilimitado e pelas possibilidades infinitas que só o comparatismo jurídico pode proporcionar. Desconheceu a *summa divisio*, elaborando suas idéias com substância e propriedade, tanto em temas de Direito Público como em temas de Direito Privado. Da *Transmition d'Hérité en Droit Brésilien et Français*, sua tese de doutoramento na França – publicada pela *Librairies Techniques de la Cour de Cassations, Paris, 1971*, – ao estudo dos rios internacionais e seus regimes jurídicos, ou o Direito das Sucessões, ou os contratos de compra e venda internacional, ou o Tratado da Bacia do Prata, foi publicista e privatista indistintamente, mas sempre internacionalista, bem ao sabor da cultura jurídica franco-italiana, onde costumava transitar com facilidade, abstraindo os Alpes, como se não houvera o *Mont Blanc*.

O tributo que prestamos à eminente doutrinadora, na forma do presente *Liber Amicorum*, provavelmente não contaria com o entusiasmo da homenageada. Recôndita e discreta, avessa às manifestações elogiosas, seguramente, em vida, procuraria eximir-se das luzes que sobre ela, agora, seus colegas de magistério, ex-alunos e amigos de sempre querem projetar.

Por mais de duas décadas, foi professora titular na Universidade de Brasília, no Curso de Preparação à Carreira de Diplomata do Instituto Rio Branco e, por concurso de provas e títulos, onde obteve a primeira classificação, Consultora Legislativa do Senado Federal. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, na turma de 1960, obteve, entre outros títulos importantes, o *Diplôme d'Études Supérieur, DES*, em Direito Privado, em 1963, em Ciências Criminais, em 1969, e, em 1970, o *Doctorat d'État*, em Direito Privado, sempre na Universidade de Paris. Realizou, ademais, cursos de Direito Comparado em Estrasburgo, Helsinque, Lubiana, Trieste, Pescara, Teerã e Istambul. Trabalhou também no Instituto de Direito Romano da Universidade de Roma, na Universidade Livre de Bruxelas e no Instituto Universitário Internacional de Luxemburgo. Como delegada brasileira, esteve presente na IV CEDIP, Conferência Especializada Interamericana de Direito Internacional Privado, da OEA, em Montevidéu, em 1989.

Com particular significado para a presente homenagem, Anna Maria Villela possui em sua biografia o importante fato de ter dirigido a Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, do segundo semestre de 1988 ao primeiro trimestre de 1993. Entre outras tarefas, incumbia-lhe a

publicação desta prestigiosa Revista de Informação Legislativa, que comemora, com a presente edição especial, nº 162, quarenta anos de ininterrupta existência.

Na lembrança da Embaixadora Maria Tereza Quintella, que dirigiu o Curso de Formação à Carreira de Diplomata, do Instituto Rio Branco, Anna Maria, em seu ciclo de ensino diplomático, foi *scholar* cosmopolita e perfeccionista, devotada ao aperfeiçoamento cultural de seus alunos. Erudita e simples, afável e circunspecta, durante os longos anos em que ali regeu a disciplina de Direito Internacional Privado, forjou imenso legado, sob a reverência devida a proverbial cultura e conduta exemplar.

Francisco Rezek evoca, em singelo depoimento, a indefectível mineiridade de Anna Maria: *As primeiras lembranças, das muitas que me ficaram dela, são de Paris, onde ela vivia no Foyer International des Etudiantes, Boulevard Saint Michel, naquele ano alucinante de 1968. Para mim, que chegava à Universidade, ela, já num ponto avançado de seu doutorado, era a palavra segura e o conselho prudente. Anna Maria era, ao alcance permanente dos olhos, a imagem criada um dia por nosso poeta maior: o próprio espírito de Minas, lançando sobre as incertezas de meu exílio o claro raio ordenador. O mesmo que desde então, e até que ela nos fosse tirada à traição pelo destino, projetaria, sobre tantos, tanta luz.*

Na Universidade de Brasília, da mesma forma, foi professora presente e dedicada, desde os tempos heróicos da criação de novos cursos, tendo promovido, por intermédio de seu empenho pessoal, a vinda de docentes que iriam marcar a vida jurídica brasileira. Desse áureo período, lembra Carlos Henrique Cardim: *Anna Maria ensinava pelo exemplo. Sem palavras, mostrava, com seu trabalho, o proveitoso caminho da dedicação, e o falso atalho da improvisação. Com fino senso de humor, ganhava vida nela o conselho de Chaucer: Aprende alegre e ensina com alegria.*

Como Assessora Legislativa e depois Consultora Legislativa do Senado Federal, atuou na área de Direito Internacional e relações exteriores, sempre prodigiosa e disponível. Na referência de Sérgio F. P. de O. Penna, Consultor-Geral Legislativo, *a humildade intelectual de Anna Maria fazia com que ela conseguisse manifestar a propriedade de seu pensamento, sem melindrar a susceptibilidade de seus pares. Talvez residisse nessa facilidade de argumentação a grande virtude da colega, sempre presente como jurista, como conselheira e, acima de tudo, como amiga.*

Todos os participantes da presente edição coletiva foram pessoas presentes na vida da homenageada, ex-alunos ou colegas, na Universidade de Brasília, no Instituto Rio Branco ou no Senado Federal. Merece destaque a republicação do expressivo prefácio que René David escreveu para o livro publicado por Anna Maria na França, em 1971. Um dos mais fulgurantes juristas europeus do século XX, o autor da lapidar obra *Les Grands Systèmes de Droit Contemporain* foi seu professor dileto e orientador de doutoramento de Estado, na Universidade de Paris, *Panthéon-Sorbonne*, obtido com méritos inigualáveis, prenúncio da memorável carreira que iria trilhar em sua volta ao Brasil.

Nossos agradecimentos ao Senador José Sarney, Presidente do Congresso Nacional, ao Primeiro-Secretário do Senado Federal, Senador Romeu Tuma, à sua Diretoria-Geral, na pessoa do Dr. Agaciél da Silva Maia, à UNILEGIS, ao Centro de Estudos de Direito Internacional, CEDI, à Universidade de Brasília – UnB e seu reitor, Professor Doutor Lauro Morhy, ao Instituto Rio Branco, IRBr, do Ministério de Relações Exteriores, e ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pela inextinguível compreensão e colaboração para que realizássemos a presente homenagem.

A ocasião de honrar a edificante memória de Anna Maria Villela, por meio da obra solidária que agora publicamos, é motivo de júbilo para todos nós.

Jorge Fontoura

BIBLIOGRAFIA DE ANNA MARIA VILLELA

VILLELA, Ana Maria. A unificação do direito na América Latina: direito uniforme e direito internacional privado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 21, n. 83, p. 5-26, jul./set. 1984.

_____. A usucapião especial no Brasil ou descaracterização de um instituto jurídico romano? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 22, n. 85, p. 291-306, jan./mar. 1985.

_____. Direito das coisas. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, p. 167-184, 1970.

_____. Direito romano e sistema jurídico latino-americano. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 18, n. 70, p. 115-124, abr./jun. 1981.

_____. L'unification du droit international privé en Amérique latine. *Revue Critique de Droit International Privé*, Paris, v. 73, n. 2, p. 233-265, avril/juillet, 1984.

_____. *La transmission d'hérité*: en droit brésilien et en droit français. Préface de R. David. Paris: Techniques, 1971. 102 p.

_____. Le droit international privé brésilien et la question du divorce. *Revue Critique de Droit International Privé*, Paris, v. 69, n. 2, p. 231-278, avril/juin 1980.

_____. O direito comparado como fonte do sistema jurídico brasileiro. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, p. 41-50, 1972.

_____. O direito das sucessões e o projeto e o projeto do código civil. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 19, p. 46-53, out. 1985.

_____. O direito internacional privado na constituição brasileira. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, p. 233-239, 1971.

_____. O direito romano e a unificação das normas jurídicas relativas aos contratos de compra e venda internacionais de mercadorias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 18, n. 72, p. 135-160, out./dez. 1981.

_____. *O divórcio no direito internacional privado brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 88 p.

_____. O mercado comum europeu e as concentrações de empresas. *Documentação e Atualidade Política*, Brasília, n. 1, p. 54-56, out./dez. 1976.

_____. O tratado da Bacia do Prata. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 21, n. 81, p. 147-176, jan./mar. 1984. Suplemento especial – Integração na América Latina.

_____. Os princípios jurídicos e a utilização dos rios internacionais. *Relações Internacionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 60-73, jan./abr. 1978.

_____. *Processo legislativo, normas constitucionais e regimentais*. Brasília: Senado Federal, 1992. 414 p.

_____. Um privilégio de nacionalidade: o direito internacional privado na constituição brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 17, n. 65, p. 131-146, jan./mar. 1980.

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 41 · nº 162 · abril/junho · 2004

René David	Préface (republicação de prefácio a livro de Anna Maria Villela de 1971) 13
Alessandro Candéas	Direito comparado – entre a norma e a cultura. A contribuição de Anna Maria Villela no Instituto Rio-Branco 15
Carlos Eduardo Caputo Bastos e Jorge Fontoura	O adensamento jurídico do Mercosul e o Protocolo de Olivos 19
Carlos Fernando Mathias de Souza	A responsabilidade penal das pessoas jurídicas 25
Carlos Henrique Cardim	Norberto Bobbio, professor de clássicos 31
Carlos Mário da S. Velloso	Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 35
Celso de Tarso Pereira	Entre a apologia e a utopia: em busca da ética possível 47
Celso Lafer	Parecer. O caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo 53
Claudia Lima Marques	O Direito Internacional Privado solucionando ‘conflitos de cultura’: os divórcios no Japão e seu reconhecimento no Brasil 91
Estevão C. de Rezende Martins	A prática jurídica ocidental. A inteligência e a voz 115
Francisco Rezek	Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil 121
Gilmar Ferreira Mendes	O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional 149
Guido Fernando S. Soares	Os Direitos Humanos e a proteção dos estrangeiros 169
Inocêncio Mártires Coelho	O novo Código Civil e seu ‘complemento’ pela jurisprudência 205
José Carlos Brandi Aleixo	Anna Maria Villela e Pedro Aleixo: um depoimento 217
José Flávio Sombra Saraiva	Sociedade nacional e relações internacionais: um novo ensaio cooperativo argentino-brasileiro 221
José Theodoro Mascarenhas Menck	Em direção a uma constituição europeia 229
Luiz Edson Fachin	Le juriste de demain et la connaissance du code civil 235

Luiz Fernando Coelho	O renascimento do direito comparado 247
Luiz Olavo Baptista	A interpretação e aplicação das regras da OMC nos primeiros anos 265
Marcio P. P. Garcia	Responsabilidade internacional do Estado: atuação da CDI 273
Maristela Basso	A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual 287
Mirtô Fraga	A obrigatoriedade do tratado na ordem interna 311
Pierangelo Catalano	Princípios jurídicos e esperança de uma futura “autoridade pública universal” 329
Roberto Rosas	Venda do ascendente ao descendente. A revogação da Súmula 494 do STF 337
Rubens Ricupero	Um continente à deriva 341
Salomão Almeida Barbosa	O poder de celebrar tratados no direito positivo brasileiro 353
Sandro Schipani	Debito indebito? Regole per il mercato globale 363
Stéphane Monclaire	Para uma arqueologia constitucional 377
Vamireh Chacon	A engenharia política institucional do primeiro Estado brasileiro 385
Walter Costa Porto	Católicos e acatólicos: o voto no Império 393

PREFACE

Lorsque Mademoiselle Anna Maria Villela, après avoir conquis son diplôme d'études supérieures de droit à notre Faculté, est venue me demander un sujet de thèse, je l'ai orientée sur la question de la transmission et de la liquidation de la succession en droit brésilien.

La raison qui a déterminé ce choix est la suivante. Les différents droits, à ce sujet, suivent deux systèmes. Dans un premier groupe, conformément à un adage qui frappe les étudiants, «le mort saisit le vif»: les héritiers, - au moins en règle générale – sont directement saisis des biens héréditaires, ainsi que des droits du défunt. Dans un second groupe cette notion de saisine, de transmission directe des droits, actions et obligations du défunt à ses héritiers n'existe pas : la transmission de l'hérédité est soumise à un contrôle judiciaire; sa liquidation est confiée à une personne désignée à cet effet, qui parfois seulement est choisie parmi les héritiers.

J'avais trouvé tout naturel de rencontrer cette opposition entre droit français et droit anglais, les deux droit utilisant très fréquemment des techniques différentes. J'avais été surpris cependant en découvrant, ultérieurement, que la classification des droits en familles, généralement acceptée, était ici en défaut. Un grand nombre de droits de l'Europe continentale étaient ralliés au système français, mais les exceptions étaient nombreuses : l'Autriche, le Danemark, la Suède, le Portugal paraissaient incliner plutôt vers la conception anglaise.

Je m'étais demandé comment ce groupement quelque peu hétéroclite pouvait s'expliquer. Je croyais pouvoir en trouver l'explication dans le droit canonique. L'Eglise a, de longue date, manifesté un grand intérêt pour les successions, principalement lorsqu'il existe un testament, dans lequel on peut s'attendre à trouver des legs pour des oeuvres pies ou des monastères. C'est par le droit canonique que, au témoignage des meilleurs auteurs, un contrôle sur la transmission des successions a été institué en Angleterre, où Guillaume le Conquérant a dû se faire pardonner une naissance mal vue de l'Eglise : honni soit qui mal y pense! Il me paraissait naturel de retrouver la même influence dans certains autres pays, et notamment au Portugal. Ce n'était là cependant qu'une hypothèse. Je souhaitais la faire vérifier, en ce qui concerne le droit portugais et, dérivé de lui, le droit brésilien. Les recherches effectuées par Anna Maria Villela montrent que je m'étais trompé; et ce n'est pas le moindre mérite de l'auteur d'avoir présenté et défendu, courageusement, une thèse opposée à celle que je lui suggérais.

Mademoiselle Villela nous montre, dans son ouvrage, que la situation est, en vérité, beaucoup plus complexe en droit portugais et brésilien qu'elle ne m'était apparue. Le Portugal ne peut, à proprement parler, être classé dans aucun des deux groupes que, schématiquement, on tend à distinguer. Dans le principe, il se situe dans le second; mais deux considérations interviennent, qui affectent profondément les données du problème. En premier lieu il faut tenir compte du fait que, parmi les biens immobiliers, - ceux qui, jusqu'au XIXe siècle, ont été les plus importants, - beaucoup sont constitués en majorats; la transmission de ces biens, comme leur dévolutions, obéit à des règles spéciales, différentes du droit qui s'applique de façon générale. En second lieu les époux sont normalement mariés au Portugal sous le régime de la communauté universelle, avec la

conséquence que l'époux survivant est, indépendamment de toute vocation héréditaire, en possession, et reste généralement, en possession de la succession. Partant de ces données, Mademoiselle Anna Maria Villela nous montre comment un nouvel élément de complexité a été introduit dans la matière par une Ordonnance qui, au milieu du XVIIIe siècle, a voulu recevoir le système français de la saisine. L'introduction de cette réforme a été en fait neutralisée par un attachement tenace à la tradition.

De sujet, traité par Mademoiselle Anna Maria Villela, s'est révélé à l'étude très difficile. Je tiens à dire ici mon admiration pour son auteur qui, dans des conditions parfois très dures, a tenu à prolonger son séjour en France jusqu'à ce qu'elle ait pu terminer son travail. Les qualités d'ordre tant intellectuel que moral dont elle a donné la preuve me font souhaiter, et donnent lieu de croire qu'un avenir plein de promesses lui est ouvert dans l'enseignement du droit dans ce pays que j'aime, le Brésil.

René David
Professeur
à la Faculté de droit de Paris
12 septembre 1970.

Direito Comparado – entre a norma e a cultura

A contribuição de Anna Maria Villela no Instituto Rio Branco

Alessandro Candéas

O Direito é um produto histórico e cultural das sociedades. A definição, assim posta, pode causar certa perplexidade aos formados nos cânones dogmáticos, normativistas e positivistas de nossas escolas jurídicas, para quem, fiéis à tradição kelseniana, Direito é pura Norma.

Essa é, entretanto, a lição mais importante ensinada pela professora Anna Maria Villela, discípula de René David (*Les grands systèmes de droit contemporains*), em suas aulas de Direito comparado, ministradas a diplomatas por ela formados no Instituto Rio Branco, em Brasília. Villela introduziu na academia diplomática brasileira o Direito comparado, chamando a atenção para a diversidade cultural, histórica e geográfica do fenômeno jurídico, conseqüência do processo de nacionalização das ordens jurídicas.

René David sublinhava que a diversidade normativa em escala mundial resultou do processo histórico de superação do *jus commune*, fundado no direito natural, e da formação de “direitos nacionais”, em especial no século XIX. Nesse processo, cada “direito nacional” passou a constituir um sistema normativo fundamentado em concepções específicas de ordem moral e social – culturalmente determinadas.

Anna Maria Villela mostrava, apoiando-se no jurista francês, que o Direito não se identifica exclusivamente com a lei, ao contrário do que ensinava a tradição normativista das faculdades de Direito. O Direito é

um sistema complexo que articula conceitos, terminologias, categorias normativas, técnicas de formulação legislativa e métodos de hermenêutica. Tais elementos, de ordem cultural e institucional, são mais estáveis que a norma em si, que pode ser modificada com uma simples caneta. Além disso, uma história da evolução das normas jurídicas – como nascem e transitam através das fronteiras – sublinha que o Direito contém um componente transnacional.

Com base nesses elementos estáveis – e não no conteúdo mutável das normas –, Villela ensinava aos seus alunos do Instituto Rio Branco sobre as diversas “famílias jurídicas”: romano-germânica, *common law*, muçulmana, ex-socialista, japonesa, e assim por diante. Sua ênfase se concentrava nas duas primeiras.

A família romano-germânica, à qual se filia o Direito brasileiro, formou-se sobre a base do direito romano, assentando-se em regras abstratas e gerais de conduta que buscam instaurar critérios de justiça e moral. O Direito romano-germânico consolidou-se no esforço de universidades européias que desenvolveram, desde a Idade Média, uma ciência jurídica comum baseada nas compilações do Imperador Justiniano, adaptando-a às necessidades específicas de seu tempo. A expansão colonial das Metrôpoles européias estendeu o Direito romano-germânico a outros continentes. A adesão foi parcial em algumas sociedades, como no caso dos países muçulmanos.

Por sua parte, a *common law* formou-se no trabalho de juizes em torno da resolução de casos particulares, por meio de regras que visavam a solucionar processos específicos – e não pela elaboração de regras gerais de conduta baseadas numa moral e numa justiça abstratas. Nesse caso, as regras de forma, processuais – administração de justiça, jurisprudência, prova –, e não de regras de fundo. O interesse desse sistema é restabelecer a ordem perturbada pelo ilícito, e não estabelecer as bases da convivência geral da sociedade. Tanto quanto o Direito Romano

germânico, a *common law* se expandiu geograficamente além da Europa.

As famílias Romano-germânica e de *common law* mantiveram profundos contatos ao longo dos séculos. Ambas foram diretamente influenciadas pela moral cristã e por doutrinas filosóficas voltadas para a construção do Estado, da moral e da justiça. Ambas também assimilaram valores de individualismo e liberalismo, com ênfase nos direitos subjetivos.

René David dedica atenção especial à noção de norma jurídica no sistema romano-germânico. A regra de direito, nesse contexto, não se define como a que dá a solução a um caso concreto, como no sistema de *common law*. Ela eleva-se a um nível de abstração superior, como regra de conduta dotada de generalidade, situando-se acima das aplicações judiciais no caso concreto. A norma não é obra do juiz, mas é o produto de uma reflexão fundada em parte sobre a observação da prática e em parte sobre considerações filosóficas de justiça, moral e mesmo de política. A norma, enfim, contém um modelo de organização social, e não simplesmente de contencioso.

A norma jurídica no direito romano-germânico situa-se, portanto, a meio caminho entre a decisão do litígio, considerada aplicação concreta, e os princípios gerais do direito, dos quais as regras jurídicas são cristalizações. É necessário que a regra seja suficientemente geral, a fim de abarcar um certo número de situações concretas, e não somente aplicável à decisão do juiz a uma situação particular. A generalidade da norma faz com que a tarefa dos juristas seja entendida como a de interpretação de fórmulas legislativas, com certa margem de manobra para o juiz – ao contrário da *common law*, em que a técnica jurídica exige que as regras sejam formuladas da maneira mais precisa possível. O legislador, no sistema romano-germânico, deve abster-se de prever todos os casos concretos. Em consequência, o número de normas nos países desse sistema é menor que nos adeptos da *common law*.

Ao introduzir no Instituto Rio Branco o Direito comparado, Villela sublinhava, an-

tes mesmo da popularização do conceito de globalização, nos anos 90, que a multiplicação dos fluxos internacionais e da interdependência dos Estados e sociedades, em diversos planos, exigia o profundo conhecimento das especificidades jurídicas nacionais.

É importante ressaltar que a autonomia dos “direitos nacionais” nunca foi hermética, estanque. Os contatos recíprocos entre sistemas jurídicos, cada vez mais intensos, possibilitaram a comparação, o intercâmbio e o aperfeiçoamento de regras e instituições em diversos ramos do direito público e privado – civil, penal, processual, constitucional, administrativo, trabalhista, comercial. O direito brasileiro, por exemplo, foi muito influenciado pelo direito português até o século XIX; em seguida, o prestígio dos direitos alemão, italiano e norte-americano suplantaram a tradição lusa.

Portanto, como assinalava Anna Maria Villela, o objetivo do Direito comparado é superar o excessivo fechamento dos “Direitos nacionais” em suas esferas particulares, na contramão do processo de abertura e globalização. Na segunda metade do século XX, no sentido inverso do século anterior, a intensificação dos contatos entre países e a maior interdependência produziram o fortalecimento do direito internacional e possibilitaram à ciência jurídica recuperar posição superior aos “direitos nacionais” que havia sido perdida. Trata-se do fenômeno da reaproximação dos sistemas jurídicos (e de relativa uniformização normativa em diversos setores). O Direito comparado, nesse contexto, orienta não somente a ação dos juízes e legisladores nacionais, mas também dos negociadores internacionais – diplomatas –, construtores de uma nova normatividade.

O adensamento jurídico do Mercosul e o Protocolo de Olivos

Carlos Eduardo Caputo Bastos
e Jorge Fontoura

De um país sem justiça fogem os mais temperantes, os mais ambiciosos e os mais audazes. Porque a audácia, a ambição e a temerança trabalham para a economia, e a economia vive da segurança, cuja base é a justiça.

Rui Barbosa

O presente estudo destina-se a homenagear Anna Maria Villela, *scholar* profundamente comprometida com a idéia-matriz da integração regional e com os valores basilares da cooperação e da aproximação dos povos. Adepta de primeira hora do Mercosul, e desde sempre defensora convicta do pan-americanismo, Anna Maria influenciou de forma decisiva toda uma plêiade de jovens juristas vocacionados ao *direito das gentes* e ao comparatismo jurídico.

A era do mercado, *malgré soi*, proporciona às Ciências Jurídicas formidável momento de reconstrução. Os desafios trazidos pelos novos paradigmas, que exigem soluções além da ideologia e do dogma, obrigam o Direito, em todas as suas vertentes, a renovado esforço de criatividade e superação.

Nos espaços já integrados, ou nos que buscam a integração em blocos econômicos, pela força nem sempre bem intencionada da abertura comercial, a *judicialização* dos conflitos de interesse e o adensamento de juridicidade, na expressão laferiana, são de importância capital¹. O sistema de solução de controvérsias constitui, por conseguinte,

fator decisivo para o contingente sucesso de projetos de construção de blocos econômicos, qualquer que seja seu grau de aprofundamento ou institucionalização.

A clara definição das regras do jogo, com a neutralização das imposições unilaterais *power oriented*, torna-se imprescindível, a bem da segurança jurídica que a todos aproveitamos. A construção de blocos econômicos é, vale dizer, labor jurídico por excelência, com aportes dos mais variados, mas sempre e, essencialmente, jurídico.

Ao lamentarmos a ausência do Brasil na grande cena internacional, a defasagem entre o que poderíamos ser e o que somos, participantes em menos de um por cento do comércio mundial, reconhecemos a inadiável necessidade de maior e melhor inserção. Quanto às nossas potencialidades latentes, é revelador o fato de sermos, logo após Estados Unidos e Canadá, o grande cliente do sistema de solução de controvérsias da OMC, como autores ou réus em quase dez por cento dos casos.

A integração e a construção de blocos econômicos, *zeitgeist* do pós-guerra fria, como resposta às dificuldades trazidas pelo mercado avassalador, foi, a partir dos últimos anos 80, inevitável linha de política externa. Também para os países sul-americanos e, em especial, para os quatro “sócios de Assunção”. Em 26 de março de 1991, quando se instituiu o Mercosul, os limites do possível impunham flexibilidade máxima e institucionalização mínima, dentro de rígida forma intergovernamental, em que tudo se deveria decidir por consenso e unanimidade, consoante o direito internacional público clássico.

Depois, sobrevieram os resultados comerciais altamente positivos, conducentes ao ambicioso Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, a demonstrar que também a América Latina poderia possuir modelo de integração próprio e bem sucedido.

Sobrevivente de imensos impasses estruturais e conjunturais, como a abrupta desvalorização do real de 1999, e mesmo de

nossa inexperiência em diplomacia de confronto comercial, além de fortes embates eleitorais internos, o Mercosul segue politicamente forte e incisivo, negociando em bloco questões de macropolítica externa, como o livre comércio continental, e eventuais relações com a União Européia. Poucos ousariam imaginar, porém, como os números, os fatos não são uma mera opinião: a Alca é negociada pelo Mercosul.

Ao firmar-se o Protocolo de Olivos, de 18 de fevereiro 2002, os Estados *mercasureños* assumem um patamar de comprometimento jurídico mais elaborado, obedecendo *rationale* ditada pela emergência de novos desafios. Conforme esse mais recente tratado, todas as controvérsias que surgirem entre os Estados Partes sobre interpretação, aplicação ou não-cumprimento do Tratado de Assunção, e do conjunto normativo do bloco, ser-lhe-ão submetidas. Para as controvérsias iniciadas antes de sua entrada em vigor, o Protocolo de Brasília continuará sendo aplicado.

Em essência, Olivos cria uma instância arbitral permanente de revisão, com peculiaridades, conforme vamos verificar. Teríamos chegado, finalmente, ao Sistema Permanente a que se refere o Tratado de Assunção? A resposta é negativa. O Protocolo de Olivos registra que, antes de se culminar o processo de convergência da tarifa externa comum, com o aperfeiçoamento da União Aduaneira, os Estados Partes farão revisão do atual sistema.

Com isso, segue-se o pragmatismo que tem singularizado o bloco. Pratica-se o avanço que a diplomacia do possível permite. A manutenção da arbitragem como forma de solução de conflitos, embora constitua perceptível limitação, em face de modelo que incluía instituição judiciária supranacional, como na justiça comunitário-européia, é reiterada manifestação de prudência política. Afora isso, a imediata criação de tribunal de natureza judicial requereria que Brasil e Uruguai reformassem suas constituições, como o fez recentemente a Argentina, a permitir sejam criadas instituições supranacionais.

Na justificativa do Protocolo de Olivos, e da criação do Tribunal Permanente de Revisão, de natureza arbitral, fundamenta-se a necessidade de garantir a “correta interpretação, aplicação e cumprimento” do conjunto normativo do Mercosul, de forma consistente e sistemática. Não há remissão à “uniformidade de aplicação” de normas, a nosso juízo, elemento primordial à segurança jurídica e à pacificação dos conflitos. Com efeito, na perspectiva de que os Poderes Judiciários nacionais é que vão aplicar as normas geradas no bloco, qual autoridade garantirá que não haverá diferente entendimento acerca da “correta interpretação” da norma em potencial dissonância?

Enquanto o Mercosul seguir sendo um “conjunto normativo”, não há que se falar em sua “aplicação sistemática”. Essas expressões justapostas incidem em contradição. Sistema, do ponto de vista do Direito, pressupõem ordenamento jurídico e não tão somente conjunto normativo. Sendo o Mercosul apenas um conjunto normativo, ou sendo essa a realidade possível no quadro jurídico-constitucional dos Estados Partes, a idéia de aplicação sistemática remanesce com pouca precisão e efetividade jurídica.

Ademais, a uniformização não elimina a possibilidade de os judiciários nacionais exercerem controle de constitucionalidade em face das respectivas Constituições. Afinal, estamos diante de bloco intergovernamental, em que o controle não se faz, somente, em face dos tratados constitutivos, mas em razão de toda norma concretamente aplicável no espaço jurisdicional dos Estados membros.

Ressalte-se, no entanto, que Olivos traz uma importante novidade que fortalece o objetivo integracionista deduzido em todo o projeto: trata-se da preponderância em relação aos Estados Partes do sistema de solução de controvérsias comumente adotado, uma vez iniciado qualquer procedimento sob sua tutela, em uma intentada pré-primazia, por assim dizer, utilizando o inevitável referencial comunitário-europeu.

A possibilidade de o Tribunal Permanente de Revisão oferecer “opiniões consultivas” é outra inovação interessante, embora não se tenha precisado seu alcance, procedimento, e, fundamentalmente, a necessária legitimação *ad causam* para acionar o mecanismo, temas pendentes de regulamentação pelo Conselho do Mercado Comum.

O recurso das decisões dos tribunais arbitrais *ad hoc*, apesar de não ser comum em procedimentos arbitrais, parece ter sido importado do modelo OMC. A limitação do recurso às questões de direito e à qualificação jurídica dos fatos contidos nos laudos arbitrais (assim como o não-cabimento de recurso nas decisões por equidade) apresenta-se conveniente.

Claramente o Protocolo de Olivos buscou, mantendo um minimalismo institucional, conjugar a idéia de tribunal arbitral permanente, como no Benelux, com a idéia de um órgão de apelação, como no sistema de solução de controvérsias da OMC. Ao contrário do que se imagina, o tribunal do Benelux sobrevive à Corte de Justiça das Comunidades Europeias, exercendo plenamente sua atribuição de interpretar por via pré-judicial, quando as regras de direito específico do bloco forem pouco claras para o juiz nacional (DUMOND, 1980). Anterior a toda institucionalização comunitário-europeia, é aqui (HUSS, 1980) que se encontram as raízes históricas e a própria ideação original do prodigioso art. 177 do Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, que instituiu o reenvio pré-judicial (CLERGERIE, 2000).

Criando uma instância de revisão arbitral, o Protocolo de Olivos inova, com prudência e parcimônia, ao deixar ao sabor das partes o encaminhamento que bem se aprouver. A chave-mestra do projeto parece estar incrustada em seu artigo 23, que facultava às partes o acesso direto ao Tribunal Permanente de Revisão, que assim deixaria de sê-lo, para transformar-se em instância originária *tout court*².

Com isso, o imaginoso artigo 23 permite uma substantiva supressão de instância,

facultando às partes dirigirem-se, a partir da negociação direta frustrada, diretamente à fase arbitral, sem passar pelas inconveniências e dilações da tentativa de conciliação, em que intervêm as seções nacionais do Grupo Mercado Comum, com todas as limitações materiais e logísticas que tão bem conhecemos.

O caráter constitutivo dos laudos proferidos pelo tribunal instituído, que não poderão ser objeto de recurso, fazendo coisa julgada formal e material, o que se subsume do mesmo artigo 23, confere mais segurança jurídica e credibilidade ao sistema. Todos os Estados membros estão sujeitos ao Tribunal, não se utilizando o expediente da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, a *Cláusula Raul Fernandez*, tão ao sabor das relações de coordenação da prática jurídica internacional. Assim estabelece o art. 54, ao estipular que a adesão ao Tratado de Assunção significa *ipso jure* a adesão ao Protocolo de Olivos. Da mesma forma, sua denúncia implica *ex vi* denúncia ao Tratado de Assunção.

No que concerne à possibilidade de particulares, pessoas físicas e jurídicas dos Estados membros litigarem *in pectore*, sem os mecanismos de representação diplomática, como se poderia pleitear sem prudência política, e como também o faz a comunidade acadêmica, acertadamente o Protocolo de Olivos nada aditou, reiterando o tratamento meramente enunciativo, de *soft law*, conforme consta no Protocolo de Brasília. Assim, como claro freio político e sem meias palavras, o Estado potencialmente réu disporia de poder de veto sobre a admissibilidade da reclamação de particulares, o que impediria a causa indesejável *ab ovo*.

Diante da transitoriedade e das peculiaridades do projeto Mercosul, a forma adotada no Protocolo de Brasília, de 17 de dezembro de 1991, foi surpreendente para a época, mercê de seu pragmatismo e lucidez. Buscando esvaziar politicamente um grau conflitual imponderável, dificultando a “processualização” das controvérsias, inopertunas para o momento de implantação de qualquer bloco, o documento era pleno de

válvulas de segurança diplomática, impedindo, de fato, a litigância de particulares e limitando a ingerência judiciária formal. Buscava-se claramente “embalar os cristais”, o que se fez com propriedade e eficiência, nos méritos nem sempre reconhecidos do Protocolo de Brasília. Em que pese o grande incremento comercial da primeira década do Tratado de Assunção (o comércio intra-zona passou em menos de sete anos de três para vinte e um bilhões de dólares), os primeiros laudos arbitrais ocorrem somente ao final dos anos 90, tendo sido a maioria expressiva dos litígios dirimidos nas negociações diretas ou com a intervenção das seções nacionais do Grupo Mercado Comum³.

Agora, com a implantação da instância permanente de arbitragem, de revisão ou não, decorrendo do livre querer das partes, em contexto histórico alvissareiro para um Mercosul de muitas possibilidades, robustece-se a idéia da integração, sem discursos, com a semântica inenargüível dos fatos e das decisões políticas.

Notas

¹ *What do I mean by the expression “thickening of legality”... in The World Trade Organization Dispute Settlement System – Conferences Comemoratives – conferência de 18 de junho de 1996, Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília 2000; Celso Lafer (1998, p. 942) é, a propósito, um emérito formulador de expressões de consagração no mundo acadêmico internacional, sendo de sua autoria também “alianças com geometria variável”, para referir a nova dinâmica das relações internacionais a partir da emergência da OMC: “... um jeu subtil que s’articule autour d’un certain nombre de acteurs incontournables qui vont nouer des alliances à GEOMETRIE VARIABLES selon les intérêts en presence...” LAFER, Celso. Réflexion sur l’OMC lors du 50^{ème}. Anniversaire du système multilatéral commercial. *Journal du Droit International*, Paris, v. 125, n. 4, p. 933-944, oct./déc. 1998.*

² *Artigo 23 – Acesso direto ao Tribunal Permanente de Revisão*

1. *As partes na controvérsia, culminado o procedimento estabelecido nos artigos 4 e 5 deste Protocolo, poderão acordar expressamente submeter-se diretamente e em única instância ao Tribunal Permanente de Revisão,*

caso em que este terá as mesmas competências que um Tribunal Arbitral Ad Hoc, aplicando-se, no que corresponder, os Artigos 9, 12, 13, 14, 15 e 16 do presente Protocolo.

2. Nessas condições, os laudos do Tribunal Permanente de Revisão serão obrigatórios para os Estados partes na controvérsia a partir do recebimento da respectiva notificação, não estarão sujeitos a recursos de revisão e terão, com relação às partes, força de coisa julgada.

³ O Primeiro Laudo do Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul é de 28 de abril de 1999, contemplando uma controvérsia, entre a República Argentina e a República Federativa do Brasil, sobre “Aplicação de medidas restritivas ao comércio re-

cíproco”, que se tornou conhecida como caso Sisco-mex, tendo atuado como árbitro brasileiro João Grandino Rodas.

Bibliografia

CLERGERIE, Jean Louis de. *Le renvoi préjudiciel*. Paris: Elipses Édition, 2000.

DUMOND, F. *La court de justice du Benelux*. Bruxelas: Bruylant, 1980.

HUSS, Alfonse. *Historique du traité instituant la court de justice Benelux*. Bruxelas: [s. n.], 1980.

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas

Carlos Fernando Mathias de Souza

Societas delinquere non potest, proclama a velha parêmia.

A toda evidência o brocardo latino exprime que a sociedade (e, em inteligência mais moderna, a pessoa jurídica) não pode delinqüir. E, com efeito, assim se entendeu por muito tempo.

Acontece que, mais recentemente (e em expressivos ordenamentos jurídicos), tem-se admitido expressamente a responsabilidade penal em destaque. E, é natural, não sem muita polêmica, em particular na doutrina.

Na França, por exemplo, desde o projeto de código criminal de 1934 (passando por elaborações ocorridas em 1978 e 1986), veio-se consagrando a tese da responsabilização penal das pessoas jurídicas o que, hoje, está plenamente consagrado no seu código penal de 1994.

Por sua vez, no Reino Unido, a admissão da responsabilidade penal dos entes coletivos tem sido entendimento pacífico na jurisprudência, salvo obviamente os delitos de mão própria.

Em verdade, no ordenamento britânico, como sabido baseado na *common law*, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas praticamente não encontra limites, sendo de se assinalar os delitos contra o meio ambiente, a economia, a saúde pública e a segurança do trabalho.

Nos Estados Unidos, conhece-se a responsabilidade penal em epígrafe, desde o século XIX. Aliás, o ordenamento norte-ame-

ricano socorre-se de tal responsabilidade como meio de controle das corporações. Em matéria de lesão ambiental – registre-se, por bem significativo –, é o bastante a ação descuidada da pessoa jurídica, para a fixação de uma sanção penal.

Por oportuno, recorde-se que o primeiro precedente judicial sobre responsabilização criminal de pessoa jurídica, que se conheceu nos Estados Unidos da América do Norte, ocorreu no caso Central Nova Iorque e a estrada de ferro Rio Hudson (New York Central and Hudson River Railroad) *versus* os Estados Unidos, que foi julgado pela Suprema Corte norte-americana em 23 de fevereiro de 1909, quando se firmou o entendimento no sentido de que se a lei fixa que o crime pode ser cometido por uma pessoa (sem fazer distinção se física ou jurídica), impõe-se a conclusão de que ambas podem ser responsabilizadas.

Muitos outros sistemas jurídicos admitem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, como o da Austrália, da Áustria, da Dinamarca, da Escócia, dos Países Baixos, do Japão, do México, da Noruega e da Nova Zelândia, por exemplo.

Portugal, por sua vez, muito embora em atenção ao *princípio da culpabilidade* não consagre expressamente a responsabilidade penal dos entes coletivos, por intermédio do chamado Direito Penal Administrativo, estabelece multas pecuniárias às pessoas jurídicas, em decorrência do que designa prática de contra-ordenações, por tais entidades no exercício de suas atividades.

De outra parte, muitos países não admitem essa forma de responsabilidade penal, entre eles, a Alemanha, a Itália, a Espanha, a Bélgica, a Grécia, a Suíça e tantos outros.

O Brasil, pela “Lei que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências” (Lei 9.605, de 12.2.98), inseriu em seu ordenamento a responsabilidade penal dos entes coletivos, expressamente: “Art. 3º – As pessoas jurídicas são responsabilizadas admi-

nistrativa, civil e penal conforme o disposto nesta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade”. Ademais, “a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato” (parágrafo único, do citado art. 3º).

Essa inovação legislativa tem provocado muita discussão, ou melhor, muita polêmica.

De passagem, dê-se relevo especial ao fato de que dois dos sistemas que, de modo significativo, influenciam a legislação penal brasileira (o alemão e o italiano) não adotam a responsabilidade em comento.

Importantíssimos autores (e situados no que de melhor a doutrina brasileira tem revelado nos últimos tempos) sustentam a inconstitucionalidade da disposição contida no art. 3º da Lei 9.605/98, contestando que a Lei Fundamental de 1988, em seus artigos 173, § 5º, e 225, § 6º, tenha autorizado a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, e enfatizam que as pessoas morais (como gostam de designar os franceses) só se sujeitam a sanções administrativas.

Entre os expoentes que estão nessa linha, encontram-se René Ariel Dotti, Luiz Vicente Cernicchiaro, Miguel Reale Júnior, Luiz Régis Prado e José Cretella Júnior.

Em contrapartida, opõem-se à tese publicistas do porte de José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins, Pinto Ferreira e ambientalistas como Paulo Afonso Leme Machado e Vladimir Passos de Freitas.

Ivette Senise Ferreira, professora titular de Direito Penal da Faculdade do Largo de São Francisco, em trabalho sob o título “La responsabilité penal des personnes morales”, isto é, responsabilidade penal das pessoas jurídicas (ou morais), apresentado na Academia de Ciências da Rússia, em junho de 2001, observa (valha aqui uma tradução livre), entre outras considerações, que “a ordem jurídica brasileira conhece há pouco tempo a responsabilidade das pessoas jurídicas no domínio penal, unicamente no se-

tor particular do direito ambiental, a propósito de todas as infrações determinadas pela Lei 9.605, de 12.2.1998”.

E assinala a notável professora da USP que “essa lei resultou de discussão acerca da necessidade de unificação e de harmonização de uma dúzia (de várias) leis que dispunham antes sobre as infrações ao meio ambiente no Brasil, de modo desordenado e contraditório, posto que o Código Penal, datado de 1940, não apresentava nenhuma solução dos conflitos nesse domínio. Uma lei penal mais completa sobre o meio ambiente era portanto reclamada pela comunidade jurídica desde a promulgação da nova constituição federal de 1988, onde foi proclamado que o meio ambiente de qualidade é um direito fundamental, tanto do indivíduo quanto da coletividade (...)”.

No seu estudo, a autora em destaque transcreve o § 3º do art. 225 da Lei Maior de 1988, para registrar que ele permitiu a introdução da Lei 9.605, ressaltando que enquanto a responsabilidade administrativa não se questiona, no particular da penal, há ainda a rejeição por um grande número de juristas que não a aceitam.

– E o que diz a Constituição sobre o particular?

– No parágrafo terceiro do art. 225 (artigo que engloba todo o capítulo sobre o meio ambiente da Carta de 1988), tem-se, expressamente: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. E, no § 5º do art. 173 (que se insere no Título VI – Da Ordem Econômica e Financeira – Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica), a redação é a seguinte: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

A merecerem, pois, atentas reflexões não só os textos constitucionais em destaque, mas também os prós e os contras doutrinários sobre a importante questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

O tema permitiria a indagação: “Ser ou não ser – eis a questão”, recorde-se a dúvida (ou a dialética?) do indigitado príncipe Hamlet.

Em paráfrase (ou quase isso) dir-se-ia: “as pessoas jurídicas podem ou não podem delinquir?” ou, em versão latina, “societas delinquere potest aut non potest?”.

É questão sabidamente polêmica.

A corrente – expressiva, aliás, registre-se de passagem – que se opõe ao reconhecimento da pessoa jurídica como passível de responder penalmente centra-se no princípio da culpabilidade (consagrado no direito penal pátrio, por exemplo), como um impeditivo para tal. Em outras palavras, o caráter acentuadamente volitivo da ação excluiria *ipso facto* a possibilidade de o ente coletivo delinquir.

A propósito, observam Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (1997): “Não se pode falar de uma vontade em sentido psicológico no ato da pessoa jurídica, o que exclui qualquer possibilidade de admitir a existência de uma conduta humana. A pessoa jurídica não pode ser autora do delito, porque não tem capacidade de conduta humana no seu sentido ôntico-ontológico”.

Acrescente-se (de certo modo e por outro lado) que o designado juízo de reprovação social, que é, por certo, o conteúdo maior da culpabilidade, não prescinde, naturalmente, de imputabilidade em si, da consciência da ilicitude da conduta (isto é, do ato praticado) e da possibilidade de seu enquadramento na norma penal em atenção ao clássico princípio da reserva legal – *nullum crimen sine lege; nulla poena sine lege*.

Daí se extrai que a consciência da ilicitude constitui, por óbvio, um obstáculo (transponível?) à responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Outras teses e (ou) argumentos poderiam ser invocados contra a admissibilidade da responsabilização penal dos entes coletivos, inclusive passando pelo conceito de pena e, obviamente, também pela sua própria função.

Os que admitem a responsabilidade em destaque pretendem enfrentar a forte argumentação oposta, mormente invocando um novo tempo no direito penal.

Hans Joachim Hirsch (1993), professor de direito penal e processual penal da Universidade de Colônia (Alemanha), em trabalho traduzido para o espanhol, sob o título “La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas”, após assinalar que o direito penal alemão vigente, e também o da maioria dos países, salvo os anglo-saxônicos, não conhece a punibilidade das associações de pessoas, ou seja, das pessoas jurídicas e demais associações de pessoas organizadas em forma de corporação (em outras palavras, para tais sistemas jurídicos, só a pessoa humana ou pessoa física e jamais a corporação é considerada penalmente capaz), observa que (e aí, já firmando posição na diretiva da possibilidade da responsabilização penal dos entes coletivos): “La concepción de que sólo el hombre podría ser penalmente capaz en la comprensión del derecho penal europeo-continental, nos es tan obvia como se lo afirma muchas veces. El principio frecuentemente mencionado *societas delinquere non potest* era probablemente acertado para el derecho romano, al que todavía le eran absolutamente extraños el concepto de corporación como tal, y en particular también el concepto de persona jurídica”.

E prossegue o professor Hans Joachim Hirsch (1993), oferecendo a seguinte síntese histórica: “(...) el cuadro se modificó en la Edad Media. Los glosadores comenzaron a ocuparse más detenidamente del problema de si son posibles acciones penales contra agrupaciones de personas de esa clase. A ello se agregaron los canonistas, que elaboraron el concepto de *universitas*, para la Iglesia, como algo no idéntico a sus miembros y plantea-

ron la cuestión de si la *universitas* podía ser excomulgada. La mayoría de los canonistas afirmó esto y a la vez, con ello, de capacidad penal de la *universitas*”.

Destaca o autor que tal posição afrontava até a posição do Papa Inocêncio IV no particular, a tal ponto que o pontífice, no Concílio de Lyon de 1245, rechaçou a idéia de excomunhão da *universitas* porque esta não seria capaz de culpabilidade (*nihil potest facere dolo*, ou seja, “de modo nenhum pode cometer dolo”, e “impossibile est quod universitas delinquat”, é dizer-se, “impossível é que a universalidade – aí no sentido da Igreja – delinqua”).

Lembra ainda que a capacidade penal das corporações foi amplamente aceita pelos pós-glosadores, destacando o papel de Bartolo no particular e que teve influência na Alemanha, por vários séculos.

E conclui o professor tedesco seu estudo nesse tópico, citando posições de V. Gierke, Franz von List e Max Ernst Mayer, para afirmar que “la punibilidad de las asociaciones de personas no es una idea totalmente ajena al desarrollo del derecho alemán”.

O fato é que a Lei brasileira de número 9.605/98 admite expressamente a responsabilidade penal das pessoas jurídicas com relação aos delitos ecológicos.

Naturalmente, a responsabilidade penal, no caso, é a objetiva, pois não há como se admitir a subjetiva com respeito a quem não tem vontade (permita-se o registro do óbvio).

Já se tem notícia de condenação pelo judiciário de pessoa jurídica com apoio no diploma citado. Contudo, mal começa a lei em destaque a ser aplicada em particular em tal ponto.

É de se esperar muita discussão (polêmica mesmo) resultante da aplicação relativa do novo diploma, no ponto que ora se ressalta, até mesmo com questionamento sobre sua inconstitucionalidade.

Todavia, forçoso é concluir-se que a lei está até aqui incólume sob esse aspecto (ao menos não se tem notícia de qualquer arguição formal sobre sua inconstitucionalidade).

De outra parte, a jurisprudência, que é a seiva que mantém vivo o direito, certamente, amoldará o texto da lei à luz das novas tendências do direito e com atenção aos novos ventos que sopram sobre os ordenamentos jurídicos. É, pois, de certo modo, uma questão de tempo.

Se a responsabilidade penal das pessoas jurídicas já é, por si, tema polêmico (mesmo com a edição da Lei 9.605/98), menor não o é seu desdobramento com respeito à das pessoas jurídicas de direito público.

Com efeito, a Constituição, no parágrafo terceiro do seu art. 225, é expressa: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, *personas físicas ou jurídicas*, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Por sua vez, dispõe o § 5º do art. 173 da Lei Maior: “A lei, sem prejuízo da *responsabilidade* individual dos dirigentes da *pessoa jurídica*, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia pública”.

Pode-se divisar, em tais dispositivos, certa influência do direito francês que, no seu código penal de 1994, acolheu a responsabilidade penal das pessoas morais, isto é, das jurídicas, na linguagem do ordenamento jurídico brasileiro.

O referido código penal gaulês excluiu, de modo expresso, contudo, da responsabilidade penal, o Estado. Na realidade, quanto ao particular, só foi admitida tal responsabilidade com relação aos municípios, quando se tratar de concessão de serviço público.

A citada lei 9.605, de 12.2.98, por sua vez, em seu art. 3º e parágrafo, prescreve: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício

de sua entidade. Parágrafo único – A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato”.

Polêmicas à parte (inclusive sobre a constitucionalidade do texto em destaque da Lei 9.605/98) e sem embargo das respeitáveis (respeitabilíssimas, aliás) opiniões em contrário, no concernente à responsabilidade penal das pessoas jurídicas em geral, tem-se que o tópico está a exigir detida reflexão.

De plano, tenha-se que, diante dos textos da Lei Fundamental e da Lei Ambiental, respectivamente, não se pode, de forma simplista, alegar que *in claris non fit interpretatio* (não se faz interpretação, diante do claro), nem tampouco (e aí, mais particularmente com relação à responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público) que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (em que a lei não distingue, não cabe – ao intérprete – distinguir).

O fato é que, mesmo entre os que admitem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, não é pacífico o entendimento de que tal responsabilidade alcança também as pessoas jurídicas de direito público.

Entre os que a admitem, sustentam como idéia fulcral a de que muito embora o fim último do Estado não seja (obviamente) o de cometer ilícitos, na prática os cometeu, em especial no campo do meio ambiente. Assim, se as pessoas jurídicas em geral são atualmente apenáveis (a teor da Lei 9.605/98), não há por que se excluir de tal responsabilidade o Estado e, por extensão, os seus entes. Ademais, se a responsabilidade civil está consagrada com relação a tais pessoas jurídicas, por que se excluir a responsabilidade penal?

Em sentido contrário, têm-se teses que partem, inclusive (por curioso), da responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado, prestadoras de serviços públicos, como óbice inquestionável a admitir-se à responsabilidade penal com relação a elas.

Como se sabe, dispõe a Lei Fundamental, em seu art. 37, § 6º: “As pessoas jurídicas

cas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Assim, uma vez que nesses danos podem ser incluídos os causados ao meio ambiente e em respondendo as pessoas jurídicas de direito público objetivamente, por eles, aí já estaria todo o reparo legal e juridicamente possível. Acrescente-se que, nos casos de dolo e culpa do agente, este responde também penalmente, de par com as responsabilidades de natureza civil e administrativa.

Outra linha de argumentação, também no sentido da exclusão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público, oferece, por exemplo, Sérgio Salomão Shecaira (1998) ao observar que, sendo o Estado o “titular do *jus puniendi*, não poderia pretender punir a si próprio”. Em outras palavras, as pessoas jurídicas de direito público interno, resultado que são de mera organização administrativa (fala-se em administração direta e em indireta), acabam por se confundir com o próprio Estado.

Nesse mesmo sentido, observa Miguel Carmona Ruano (1999): “(...) Si toda la sanción es manifestación de la potestad punitiva del Estado, que es quien tiene la capacidad primaria de sanción – aunque se haya delegado su ejercicio o incluso en parte su regulación normativa en Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales – no cabe duda de que el ejercicio de tal potestad punitiva sobre el propio ente público resulta

un contrasentido difícilmente suportable. Y tan Estado es la Administración Estatal como la Administración Autonómica o Local, al ser en si misma la Administración una mera técnica de personificación que permite el tráfico jurídico del ente público (...)”.

Em resumo, se a Lei 9.605, de 12.2.98, ao dispor sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas (art. 3º e seu parágrafo único), já trouxe assunto polêmico, passando, inclusive, sobre o aspecto da constitucionalidade (o § 3º do art. 225 e § 5º do art. 173 da Constituição dão-lhe suporte ou não?), tem-se que, admitida a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, permanece acesa outra questão polêmica, que é a da responsabilidade em destaque, em respeito às pessoas jurídicas de direito público.

Por enquanto, *habemus legem*, e que em sua aplicação já conta com apenação a pessoa jurídica com o apoio na Lei 9.605/98.

Só o tempo e os tribunais, contudo, que dirão da resistência da norma contida em tal diploma e do seu preciso alcance.

Bibliografía

HIRSCH, H. J. La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 46, n. 3, p. 1099-1124, sep./dic. 1993.

RUANO, M. C. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: empresas y derecho penal. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1999.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: RT, 1997.

Norberto Bobbio, professor de clássicos

Carlos Henrique Cardim

“Hobbes é um pensador central para mim”. Assim se expressou Norberto Bobbio, quando lhe indaguei, na última vez em que conversamos por telefone, a respeito dos autores que mais o influenciaram. Agregou, ainda, que “o autor que eu estudei mais profundamente foi Hegel”, e salientou que “fiquei muito tocado pelo reconhecimento que recebi na Alemanha por ter sido agraciado, em Stuttgart, com o Prêmio Hegel. Por razões de saúde, devido à minha idade, não pude estar presente à cerimônia de entrega do Prêmio”.

Esse diálogo bem reflete a dimensão essencial do universo intelectual de Bobbio, o estudioso dos clássicos da Política. Bobbio foi, fundamentalmente, um Professor, dedicado aos “temas recorrentes”, como ele definia: “os temas que foram propostos e discutidos na maior parte dos escritores políticos e que, assim, são partes integrantes de uma teoria geral da política”.

A clareza em explicar as questões principais do pensamento de Platão, Aristóteles, Maquiavel, Hobbes, Locke, Kant, Marx e Pareto, entre outros, fizeram de Bobbio um autor altamente apreciado no meio universitário. A acolhida que seus livros têm no Brasil, é, de certo modo, maior do que na Itália. A chave desse fenômeno está, justamente, na limpidez do seu texto e nos pontos que seleciona do autor enfocado.

Bobbio foi, acima de tudo, um Professor de clássicos. Professor com P maiúsculo. O mestre que passa dias, meses e até anos a ler

os livros clássicos. O mestre que, com idêntico ânimo do habitante que saiu da caverna de Platão, regressa do mundo exterior para nos falar de suas descobertas e achados, logrados com sacrifícios e alegrias.

Lembro-me das visitas que lhe fiz em sua casa, em Turim. Apresentou-me sua biblioteca e sala de trabalho. Guardo a imagem do ambiente austero, mas, ao mesmo tempo, convidativo. Ali estavam as obras que ele lia, relia e das quais resultavam os textos de suas aulas e cursos, depois editados sob a forma de livros. O núcleo inicial e germinador de seu trabalho intelectual eram os cursos que, como Professor, ministrava na Universidade de Turim.

Motivado pela alta qualidade da obra de Bobbio, tive o privilégio de convidá-lo para vir à Universidade de Brasília em 1982. Com o rigor acadêmico que o caracterizava, começou a palestra intitulada “Bobbio por ele mesmo”, no seminário sobre sua vida e obra, com uma frase de Isaac Newton: “se logrei ver mais longe foi porque subi em ombros de gigantes”. Esse enunciado é a própria história do conhecimento humano. Cada pensador, seja nas ciências humanas, biológicas ou da natureza, parte sempre de visões alcançadas por um ou mais antecessores, para, após duro labor de estudo, crítica e reflexão, agregar suas visões.

A Editora da Universidade de Brasília, com os livros que tem publicado, foi a introdutora de Bobbio no Brasil. A propósito, em carta, ele assim comentou: “Non posso dimenticare che i mei primi contatti con la cultura del Brasile li ho avuti in seguito al Suo invito a presentare la traduzione del mio libro sulle forme di governo all’Università di Brasília”. Acrescentou, também, que “non ho dimenticato le belle giornate trascorse a Brasília. E’ il ricordo di uno dei più interessanti viaggi della mia vita”.

Carlo Rosselli

Dos nomes que marcaram o itinerário intelectual e pessoal de Bobbio, figura com

destaque Carlo Rosselli (1890-1937), que foi um dos mais influentes e carismáticos pensadores europeus na década de 30, no campo da luta antifascista. Nascido em Roma, em próspera família judia, com fortes tradições liberais, abandonou uma segura carreira como Professor de Economia Política para se dedicar por inteiro, inclusive destinando recursos financeiros próprios, à luta antifascista. Preso, escreveu no cárcere sua obra mais conhecida, “Socialismo Liberal”, que, por razões de censura fascista, teve sua primeira edição, em Paris, em 1930.

Os dirigentes fascistas encetaram forte perseguição, declarando-o como o mais perigoso inimigo, tendo-o capturado, junto com seu irmão, o historiador Nello Rosselli, na Normandia, e ordenado o assassinato de ambos, de forma brutal, em 9 de junho de 1937.

Carlo Rosselli é uma referência permanente no pensamento e ação de Bobbio. Como ele mesmo disse: “Carlo Rosselli é outro autor que me influenciou. Eu sou considerado o representante do socialismo liberal na Itália”.

“A Filosofia é uma milícia”

Bobbio tinha uma particular visão sobre si mesmo e sublinhava que, “para dizer a verdade, nunca me considerei um filósofo no sentido restrito e limitado da palavra, isto é, no sentido acadêmico... nem no sentido sublime do termo. Devo dizer que sempre me agradou a divisa de um dos autores que me foram mais caros, nos anos tempestuosos: ‘A Filosofia é uma milícia’, tanto que lhe dediquei um livro e intitulei ‘Uma Filosofia Militante’. Trata-se de Carlo Cattaneo, um pensador do século XIX que, quando estalou a revolta dos milaneses contra o domínio austríaco em março de 1848, abandonou os estudos e improvisou-se chefe do comitê provisório dos rebeldes. Um exemplo que sempre me fascinou, ainda que não o tenha sabido imitar”.

Bobbio fez a sua militância filosófica conforme os desafios que enfrentou, diferentes

dos de Cataneo. Foi o melhor militante do estudo aprofundado dos clássicos, e da sua difusão a um amplo público, na luta da cultura contra o fanatismo, a ignorância e a intolerância. Contribuiu de forma marcante para evidenciar, em nosso tempo, a necessidade e a dignidade da política. Seus livros

são pontes para os grandes pensadores. São caminhos que nos levam a participar dessa “conversação da humanidade”, como denominou Hobbes, sobre os temas recorrentes da teoria política: a melhor forma de governo, a democracia e a tirania, a guerra e a paz, a justiça e a liberdade.

Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Carlos Mário da Silva Velloso

Sumário

1. O conflito entre o direito interno e os tratados: a posição do Supremo Tribunal Federal. 2. O artigo 98 do Código Tributário Nacional. 3. Os direitos e garantias e os tratados firmados pelo Brasil. 4. A questão das isenções heterônomas e a isenção de tributos estaduais e municipais por tratado internacional. 4.1. A doutrina brasileira a respeito do tema. 5. Conclusão.

1. O conflito entre o direito interno e os tratados: a posição do Supremo Tribunal Federal

Em palestras que proferi, posteriormente publicadas — “A Integração de Mercados e o Poder Judiciário” (2002, p. 47 et seq.) e “O Direito Internacional e o Supremo Tribunal Federal” (2002, p. 5) —, versei sobre o tema. Permito-me trazer ao debate questões que abordei nos mencionados trabalhos, nos quais sustentei, principalmente no segundo, “O Direito Internacional e o Supremo Tribunal Federal”, que o conflito entre norma interna e norma internacional, ou entre norma brasileira de produção doméstica e norma brasileira de produção internacional, relaciona-se com as doutrinas do monismo e do dualismo. Segundo a doutrina dualista, que teve como precursor Triepel, “a ordem internacional e a ordem interna são duas ordens jurídicas que coexistem independentemente, não sendo passíveis de conflito entre si. Para que uma norma inter-

nacional possa valer na esfera interna é necessário que a mesma sofra um processo de recepção, transformando-se em regra jurídica interna. A partir daí, só é possível conflito entre duas normas internas, a ser resolvida pelo tradicional mecanismo: *lex posterior derogat legi priori*” (RODAS, 1987, p. 43). O monismo surgiu com Kelsen. Segundo essa doutrina, existe apenas uma ordem jurídica, pelo que nega coexistirem duas ordens jurídicas distintas. Por isso, admite a possibilidade da ocorrência de conflitos entre normas internas e internacionais. “Daí”, acrescenta Grandino Rodas (1987, p. 43), “a possibilidade de duas espécies de monismo: um que afirma a supremacia do Direito Internacional e outro que propugna a primazia do Direito interno”. O monismo kelseniano é o monismo radical, que prega o primado do Direito Internacional. Mas há, também, o monismo moderado, criado por Alfred Verdross, discípulo de Kelsen, “que sustenta que os juízes nacionais devem aplicar tanto o direito nacional quanto o internacional de acordo com a regra *lex posterior derogat legi priori*, aplicada pela jurisprudência americana e brasileira” (DOLINGER, 1995, p. 71).

A escola monista que defendia a primazia do direito interno – assim uma terceira escola monista – acabou absorvida pela doutrina dualista (DOLINGER, p. 75).

Alguns países dão aos tratados internacionais prevalência sobre o direito interno infraconstitucional: França, Constituição de 1958, art. 55; Grécia, Constituição de 1975, art. 23, § 1º; Peru, Constituição de 1979, art. 101 (REZEK, 1984, p. 463-464; RODAS, 1987, p. 43).

Nos Estados Unidos da América, o tratado equipara-se à lei federal, prevalecendo, entretanto, sobre a legislação dos Estados-membros. Assim tem entendido a jurisprudência da Suprema Corte, interpretando o art. VI, 2, da Constituição norte-americana, que define as leis e os tratados, juntamente, como suprema lei do País, *supreme law of the land*. Destarte, “em caso de conflito

entre tratado internacional e lei do Congresso, prevalece nos Estados Unidos o texto mais recente, à base do princípio *lex posterior...* É certo, pois, que uma lei federal pode fazer ‘repelir’ a eficácia jurídica de tratado anterior, no plano interno. Se assim não fosse – observa Bernard Schwartz – estar-se-ia dando ao tratado não força de lei, mas de restrição constitucional” (REZEK, 1984, p. 465).

No Brasil, antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sustentava o primado do direito internacional sobre o direito interno (VALLADÃO, 1971, p. 96). Hoje, entretanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido da paridade entre o tratado e a lei federal. Assim decidiu o Supremo Tribunal, em 04.08.71, portando o acórdão a seguinte ementa:

“Lei Uniforme sobre o Cheque, adotada pela Convenção de Genebra. Aprovada essa Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna.”¹

A mais importante decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, entretanto, foi tomada no julgamento do RE 80.004/SE, relator originário o Ministro Xavier de Albuquerque e, relator para o acórdão, o Ministro Cunha Peixoto, julgamento realizado em 1º.06.77².

O relator originário, Ministro Xavier de Albuquerque, sustentou, vencido, o primado do Direito Internacional. A maioria, entretanto, reconhecendo o conflito entre o tratado e a lei nacional, esta posterior àquele, garantiu a autoridade da lei nacional, mais recente, tendo em vista a paridade entre o tratado e a lei nacional. Os Ministros Cordeiro Guerra, Rodrigues Alckmin, Thompson Flores e Cunha Peixoto votaram no sentido de que, da mesma forma que o tratado posterior derroga a lei, também a lei posterior derroga o tratado anterior, segundo a regra *lex posterior derogat legi priori*. O Ministro Antônio Neder, com base em argumentos diferentes, acompanhou a conclusão dos

votos dos Ministros Peixoto, Guerra, Leitão, Alckmin e Flores. O voto mais importante foi do Ministro Leitão de Abreu, voto que, segundo Rezek (1984, p. 472), melhor equacionou a controvérsia. Segundo Leitão de Abreu, a lei posterior não revoga o tratado anterior, “mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis”, pelo que “voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas”. Prevaleceu, na verdade, o entendimento de Leitão de Abreu, por isso que, revogado, posteriormente, o DL 427, pelo DL 1.700/79, o Supremo Tribunal Federal continuou a aplicar as Convenções de Genebra (DOLINGER, 1996, p. 93). Realmente, no julgamento do RE 95.002/PR, Relator o Ministro Soares Muñoz, julgamento ocorrido em 15.9.81, o Supremo Tribunal aplicou o art. 20 da Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que regula o endosso dado após o vencimento³.

2. O artigo 98 do Código Tributário Nacional

No campo tributário, o meu entendimento é no sentido do primado do direito internacional sobre o direito interno. É o que dispõe o art. 98 do Código Tributário Nacional, Lei 5.172, de 1966, recebida pela CF/67 e pela CF/88 como lei complementar. Dispõe o mencionado art. 98, CTN:

“Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pelo que lhes sobrevenha”.

Quando integrava o Superior Tribunal de Justiça, ao votar no julgamento do REsp 1.966/SP, sustentei, com o apoio dos meus eminentes pares:

“Em caso igual, REsp. nº 846-SP, tive oportunidade de manifestar-me no sentido da possibilidade de o Código Tributário Nacional, na condição de lei complementar à Constituição, es-

tabelecer o primado do Direito Internacional sobre o Direito Interno, no campo tributário. Assim o voto que proferi no citado REsp 846-SP:

“Sempre entendi que, no campo tributário, os tratados e as convenções internacionais, desde que regularmente incorporados ao direito interno, prevalecem sobre a legislação tributária interna. Vale dizer, sempre emprestei validade ao que está disposto no art. 98, CTN, não obstante reconhecer incorreta a sua redação, por isso que as normas internacionais não revogam as leis internas, simplesmente prevalecem sobre estas, no caso concreto. O Supremo Tribunal Federal, em diversos acórdãos, admitiu, no campo tributário, o primado do direito externo (RE 76.099-SP, Rel. Min. R. ALCKMIN, RTJ, 73/454; RE nº 87.704-SP, Relator Min. LEITÃO DE ABREU, RTJ 93/1180; RE nº 92.982-SP, Relator Min. RAFAEL MAYER, RTJ 96/921; RE 97.088-RJ, Relator Min. OSCAR CORREIA, RTJ 104/1244).

É verdade que, no julgamento do RE nº 80.004-SE, algumas vezes se manifestaram, de passagem, no sentido de que talvez não fosse possível ao Código Tributário Nacional estabelecer o primado do Direito Internacional sobre o Direito Interno, por isso que apenas a Constituição poderia fazê-lo. A questão, entretanto, de validade ou não do art. 98, CTN, não foi decidida no mencionado RE nº 80.004-SE, porque a matéria discutida ali não era tributária (RTJ 83/809).

O que sustento é que a Constituição de 1967 prescrevia, no art. 18, § 1º, que a lei complementar estabeleceria normas gerais de direito tributário, disporia sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e regularia as limitações constitucionais do poder de tributar.

Assim, fiel ao comando constitucional, poderia a lei complementar estabelecer o primado anteriormente referido, já que essa matéria constitui, ao que me parece, norma geral de direito tributário. Destarte, força é concluir que, quando o CTN consagrou, no art. 98, o primado do direito externo, fê-lo com expressa autorização constitucional. Vale acrescentar, de outro lado, que a mencionada disposição inscrita no art. 98, CTN, foi bem recebida pela Constituição de 1988, art. 146, III, a dizer, da mesma forma, que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria tributária.

Lembrou bem o Sr. Ministro ILMAR GALVÃO que a Corte Suprema, por mais de uma vez, deu pela validade do art. 98, CTN, jamais entendendo que citado dispositivo fosse inconstitucional.

Do exposto, porque entendo que, na órbita da legislação tributária, os tratados e as convenções internacionais, desde que incorporados ao direito interno, prevalecem sobre a legislação interna, assim válida a disposição inscrita no art. 98, CTN, adiro ao voto do Sr. Ministro Relator³.

Decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no citado REsp 1.966/SP, pela prevalência do Tratado do GATT, tendo em vista o disposto no art. 98, CTN⁴.

No julgamento do RE 90.824/SP, o Relator, Ministro Moreira Alves, deixou expresso que a disposição inscrita no art. 98 do CTN é de ser observada. Está no voto do Ministro Moreira Alves, relator:

“(...)

De feito, em matéria tributária, independentemente da natureza do tratado internacional, observa-se o princípio contido no artigo 98 do Código Tributário Nacional:

(...)”⁵

Leciona, a propósito, Jacob Dolinger (1996, p. 97) que, “na realidade, a norma

insculpida no art. 98 do CTN, de que os tratados sobre matéria tributária não podem ser afetados por lei posterior, deriva do fato de que estes tratados são acordos contratuais e, como tais, não podem ser afetados por normas legais posteriores; as decisões baseadas na natureza contratual do tratado e as decisões baseadas no art. 98 do CTN são praticamente idênticas”.

Rezek (1984, p. 475), dissertando a respeito, após mencionar o art. 98 do CTN, conclui: “Em tal quadro, a lei ordinária conflitante com tratado preexistente há de sucumbir, mas em razão de outro conflito: o que a contrapõe à lei complementar. Esta não se confunde com a própria carta constitucional, mas subjeta a lei ordinária inscrita em seu âmbito temático”.

Alberto Xavier (2000, p. 25) leciona “que o art. 98 do Código Tributário Nacional, tendo natureza de lei complementar, contém um comando adicional ao legislador ordinário, que veda a este, hierarquicamente, qualquer desobediência ao tratado”. Sacha Calmon Navarro Coelho (1993, p. 180) registra que “o Ministro Rezek, que pertenceu à Suprema Corte, pôde dizer que o art. 98 (CTN) construiu, no domínio tributário, uma regra de primado do direito internacional sobre o direito interno (*Tratado e Legislação Interna em Matéria Tributária*, ABDF nº 22). Hans Kelsen, corifeu da teoria monista que dava primazia aos Direitos das Gentes sobre os Direitos Nacionais, ficaria finalmente satisfeito. O Ministro Rezek indubitavelmente está certo”. A posição de Sacha Calmon (1997, p. 142 et seq) está reafirmada em obra posterior.

Em suma, no campo tributário, tem vigência o princípio do primado do direito internacional sobre o direito interno.

3. Os direitos e garantias e os tratados firmados pelo Brasil

Em votos proferidos no Supremo Tribunal Federal⁶, tenho sustentado que são três as vertentes, na Constituição da República, dos direitos e garantias: a) direitos e garan-

tias expressos na Constituição; b) direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; c) direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais firmados pelo Brasil (Constituição Federal, art. 5º, § 2º).

Se é certo que, na visualização dos direitos e garantias, é preciso distinguir, mediante o estudo da teoria geral dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais materiais dos direitos fundamentais puramente formais, conforme deixei expresso em voto que proferi na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.497/DF e em trabalho doutrinário que escrevi (VELLOSO, 1997a, p. 162), se é certo, repito, que é preciso distinguir os direitos fundamentais materiais dos direitos fundamentais puramente formais, não é menos certo, entretanto, que, diante de direito fundamental material, que diz respeito à liberdade, inscrito em Tratado firmado pelo Brasil, como, por exemplo, o que está expresso na Convenção de São José da Costa Rica, art. 7º, item 7, que limitou a prisão por dívida à hipótese de inadimplemento de obrigação alimentícia, força é reconhecer que se tem, em tal caso, direito fundamental com *status* constitucional. É dizer, o art. 7º, item 7, do citado Pacto de São José da Costa Rica, é direito fundamental em pé de igualdade com os direitos fundamentais expressos na Constituição (Constituição, art. 5º, § 2º).

Nesse caso, no caso de tratar-se de direito e garantia decorrente de Tratado firmado pelo Brasil, a incorporação desse direito e garantia, ao direito interno, dá-se com *status* constitucional, assim com primazia sobre o direito comum. É o que deflui, claramente, do disposto no mencionado § 2º do art. 5º da Constituição da República. O Supremo Tribunal Federal, todavia, não acolheu essa tese⁷.

4. A questão das isenções heterônomas e a isenção de tributos estaduais e municipais por tratado internacional

Uma das formas de classificação das isenções tributárias enuncia que estas po-

dem ser autônomas e heterônomas. Aqueles são as concedidas mediante lei da entidade política titular da competência para instituir o tributo. Estas, as heterônomas, são concedidas mediante lei de entidade política que não é titular da competência para instituir o tributo a que se refere a isenção. A Constituição pretérita autorizava à União a conceder, por meio de lei complementar, isenção de impostos estaduais e municipais (Constituição de 1967, art. 18, § 2º). É dizer, a Constituição anterior permitia a concessão de isenção heterônoma. A Constituição vigente, entretanto, veda à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios (CF/1988, art. 151, III). Lembra Hugo de Brito Machado (2001, p. 192-193) que a Constituição vigente não proíbe de todo as isenções heterônomas, por isso que, no art. 155, § 2º, XII, e, institui hipótese de tal isenção: cabe à lei complementar excluir da incidência do ICMS, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, a (CF, art. 155, § 2º, XII, e).

Vedado à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF, art. 151, III), assim proibidas as isenções heterônomas, indaga-se se seria possível a concessão de isenções de impostos estaduais e municipais mediante tratados internacionais. A resposta que dou é positiva. Penso que, mediante tratados internacionais, firmados pela República Federativa do Brasil, na forma preconizada na Constituição Federal, vale dizer, celebrados pelo Presidente da República, referendados pelo Congresso Nacional (CF, artigos 49, I, 84, VIII) e incorporados ao direito interno, será possível a instituição de isenções de impostos estaduais e municipais.

O que precisa ser entendido é que num Estado Federal convivem entidades parciais – União e Estados, federalismo clássico; União, Estados, Distrito Federal e Municípios, federalismo brasileiro, CF, artigos 1º e

18 – dentro no todo, vale dizer, dentro do Estado Federal total. As entidades parciais são dotadas de autonomia, enquanto o Estado Federal total detém “personalidade jurídica de Direito Público internacional” (SILVA, 2001, p. 104). A União, na Constituição Federal, apresenta, pois, dois conceitos: o de entidade parcial e o de Estado total. “A União é a entidade federal formada pela reunião das partes componentes, constituindo pessoa jurídica de Direito Público interno, autônoma em relação aos Estados e a que cabe exercer as prerrogativas da soberania do Estado brasileiro. Os Estados-membros são entidades federativas componentes, dotadas de autonomia e também de personalidade jurídica de Direito Público interno” (SILVA, p. 104).

Com propriedade, escreve Sacha Calmon (1997, p. 183) que “a conjunção das ordens jurídicas parciais da União, dos Estados-membros e dos Municípios forma a ordem jurídica total sob a égide da Constituição”. Hans Kelsen formulou a teoria das três ordens jurídicas: a coletividade central, as coletividades-membros e a comunidade total. Segundo Geraldo Ataliba (1976, p. 141), quem melhor sintetizou o pensamento kelseniano foi Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, opositor, aliás, do Chefe da Escola de Viena. Lecionou Bandeira de Mello (1937, p. 45-46 apud ATALIBA, 1976, p. 142-143)⁸: “A federação compreende três ordens jurídicas distintas: a coletividade central, as coletividades-membros e a comunidade total. As duas primeiras ordens são juridicamente iguais, porque estão, na mesma medida, subordinadas à ordem jurídica superior – a da comunidade total. Elas são ordens jurídicas parciais, pois as suas competências se circunscrevem somente a certas matérias que lhes foram conferidas pela ordem jurídica total. As ordens jurídicas parciais, ao passo que se acham subordinadas à ordem jurídica total – que possui a suprema competência – encontram-se entre si numa relação de coordenação. A coletividade central e as coletividades-membros

compreendem dois sistemas harmônicos que se encerram na coletividade total. Esta constitui verdadeiramente o Estado federal, pois, como ordem jurídica total, abarca as duas ordens jurídicas parciais – união e membros – e surge na sua completa integridade. A chamada ‘constituição federal’ pode ser desdobrada em duas cartas distintas: a constituição total e a constituição da União. A constituição total compreende a verdadeira constituição federal e regula, portanto, os poderes do Estado federal. A constituição da União dispõe somente sobre as competências da coletividade central, delegadas pela constituição total. Ela se encontra em plano idêntico ao das constituições dos Estados-membros, que regem as competências outorgadas pela Constituição total às coletividades parciais. Desse modo, se evitam confusões como as que quotidianamente ocorrem entre a União – uma das coletividades parciais – e o Estado federal – a comunidade total”.

Celso Ribeiro Bastos (1980?, p. 103) leciona que a “União é a pessoa jurídica de direito público investida pela Constituição das atribuições que, dentre outras, vêm discriminadas no seu art. 8º. Há que se fazer, contudo, uma distinção relativamente à União, conforme ela seja considerada do ângulo do direito interno ou do direito internacional”. E acrescenta: “Com efeito, perante o direito das gentes, a União representa a totalidade do Estado brasileiro, vale dizer, ela atua internacionalmente, como se o Brasil fosse um Estado unitário, reunindo em si a totalidade das prerrogativas soberanas a serem exercidas frente a outros Estados”.

Assim, quando à União é conferida competência para manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais (CF, art. 21, I); declarar a guerra e celebrar a paz (art. 21, II); permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nela permaneçam temporariamente (art. 21, IV), competência que deve ser exercida com observância dos princípios

inscritos no art. 4º da Constituição, tem-se outorga de competência internacional ou de relações internacionais (VELLOSO, 1997, p. 391). Essa competência é conferida à União como Estado total e dela decorrem as competências do Presidente da República para celebrar tratados, convenções e atos internacionais e do Congresso Nacional para referendá-los (CF, arts. 84, VIII e 49, I). Assim, quando a União celebra um tratado, não é a entidade parcial União que o faz; é a União, Estado total, ou a República Federativa do Brasil que o faz. Disso resulta conclusão irrefutável: quando a Constituição veda a concessão de isenções heterônomas, ao vedar à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF, art. 151, III), a proibição dirige-se à União como entidade parcial e não à União como Estado total. Noutras palavras, a proibição inscrita no art. 151, III, da Constituição, tem como destinatária a entidade parcial União e não a República Federativa do Brasil “formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal” (CF, art. 1º).

4.1. A doutrina brasileira a respeito do tema

Com exemplar propriedade, lecionou, no Supremo Tribunal Federal, no voto que proferiu na ADIn 1.600/DF, o Ministro Celso de Mello:

“A vedação constitucional em causa *incide* sobre a União Federal, *enquanto* pessoa jurídica de direito público *interno*, responsável, nessa *específica* condição, pela instauração de uma ordem normativa autônoma meramente parcial, *inconfundível* com a posição institucional *de soberania* do Estado Federal brasileiro, que ostenta a qualidade de sujeito de direito internacional público e que constitui, no plano de nossa organização política, a expressão mesma de uma comunidade jurídica global, investida do poder de gerar uma ordem normativa de dimensão nacional, *essencialmente di-*

versa, em autoridade, eficácia e aplicabilidade, *daquela* que se consubstancia nas leis e atos de caráter *meramente* federal.

Sob tal perspectiva, *nada impede* que o Estado Federal brasileiro *celebre tratados internacionais* que veiculem cláusulas de exoneração tributária, em matéria de ICMS, *pois* a República Federativa do Brasil, ao exercer o seu *treaty-making power*, estará *praticando* ato legítimo *que se inclui* na esfera de suas prerrogativas como pessoa jurídica *de direito internacional público*, que detém – *em face* das unidades meramente federadas – o *monopólio* da soberania e da personalidade internacional.

Na realidade, a cláusula de vedação inscrita no art. 151, III, da Constituição é *inoponível* ao Estado Federal brasileiro (*vale dizer*, à República Federativa do Brasil), *incidindo*, unicamente, no plano das relações institucionais *domésticas* que se estabelecem entre as pessoas políticas de direito público *interno*.

Por isso mesmo, *entendo* que se revela *possível* à República Federativa do Brasil, *em sua qualidade* de sujeito de direito internacional público, *conceder isenção*, em matéria de ICMS, mediante tratado internacional, *sem* que, ao assim proceder, incida em transgressão ao que dispõe o art. 151, III, da Constituição, *pois* tal regra constitucional *destina-se*, em sua eficácia, a vincular, *unicamente*, a União, *enquanto* entidade estatal de direito público *interno*, rigorosamente *pacificada*, nessa *específica* condição institucional, às demais comunidades jurídicas *parciais*, de dimensão meramente regional e local, *como o são* os Estados-membros e os Municípios”.

Não é outra a lição de José Souto Maior Borges:

“5.1. A União é uma pessoa jurídica de direito público interno. Por isso o exercício de sua competência, no

direito interno, pode ser contrastado com o da competência estadual e municipal, dado que são ordens jurídicas parciais, como visto. Daí a proibição de instituir à União isenções de impostos estaduais e municipais. Não se deve confundir a República Federativa do Brasil com uma entidade que a integra – a União, que não é sujeito de direito internacional. Muito menos os Estados-membros e Municípios. Nenhum desses é em si mesmo dotado de personalidade internacional.

5.2. Constitui, porém, equívoco elementar transportar os critérios constitucionais de repartição das competências para o plano das relações interestaduais. Essas reclamam paradigma diverso de análise. Nesse campo, como já o fizera dantes com as leis *nacionais*, a CF dá à União competência para vincular o Estado brasileiro em nome dela e também dos Estados-membros e Municípios. A procedência dessa ponderação é corroborada pelo art. 5º, § 2º, da CF, *in fine*, ao referir expressamente os ‘tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil (*sic: não a União Federal*) é parte’. São, pois, áreas diversas e autônomas de vinculação jurídica.

.....
(...) Que um agente ou órgão da União, o Presidente da República ou Ministro de Estado, subscreva um tratado não significa que os Estados e Municípios estejam pré-excluídos dos vínculos decorrentes da sua celebração. Precisamente o contrário é o que ocorre na hipótese, como a CF, art. 5º, § 2º, *in fine*, deixa claro. Insiste-se: é a República Federativa do Brasil (CF, arts. 1º e 18) que celebra o tratado e é por ele vinculada, e, portanto, também os Estados-membros e Municípios, e não apenas a União. A esse ato interestatal, o Presidente da República comparece, não como Chefe do Gover-

no Federal, mas como Chefe de Estado” (BORGES, 1997, p. 176 et seq.).

O entendimento de Sacha Calmon (1997, p. 183-184) é coincidente: “quando o art. 151, III, da Constituição Federal veda à União a faculdade de instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, não está limitando a competência do Estado brasileiro de concluir acordos tributários que envolvam tributos estaduais e municipais, mas apenas proibindo, na ordem jurídica interna, a isenção heterônoma e ditatorial que existia na Carta autoritária de 67”. No mesmo sentido: Valdir de Oliveira Rocha (1997, p. 280)⁹, Welber Barral e Tatiana Lacerda Prazeres (2001, p. 140), Hugo de Brito Machado (1997, p. 90-91) e Luciano Amaro (1997, p. 174-176).

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho (1998, p. 451) escreveu trabalho sobre o tema, no qual analisou os argumentos da corrente doutrinária que entende que o tratado internacional pode isentar tributos estaduais e municipais e bem assim os argumentos da corrente contrária e da corrente intermediária. Merece ser lido o trabalho do Procurador Oswaldo Othon.

Há um livro precioso, que cuida do tema exaustivamente, em trabalhos de vários juristas (MARTINS, 1997). Ives Gandra Martins, coordenador do livro, não concorda com o entendimento de que o Tratado pode conceder isenções de tributos estaduais e municipais. Sustenta que deve o “Governo Federal, se quiser retomar o direito a estabelecer isenções, proceder à reforma constitucional”, dado que “se o art. 151, inc. III, proíbe a União de decretar isenções de tributos estaduais e municipais, não está o Presidente da República autorizado a desconsiderar dispositivo constitucional para firmar Tratados veiculadores de isenções que só as entidades federativas com competência impositiva poderiam conceder” (MARTINS, 1997, p. 33-34)¹⁰. Marco Aurélio Greco (1997, p. 45)¹¹ entende que “a rigor, portanto, o Tratado não pode ‘conceder isenções’ de tributos estaduais ou municipais. Mas pode pre-

ver que a competência estadual ou municipal não alcança determinada mercadoria, situação, pessoa, etc”.

Opinam, de regra, pela negativa — os tratados não podem conceder isenções de tributos estaduais ou municipais — José Augusto Delgado (1997, p. 71)¹², Diva Malerbi (1997, p. 80)¹³, Marilene Talarico Martins Rodrigues (1997, p. 150)¹⁴, Vittorio Cassone (1997, p. 187)¹⁵, José Eduardo Soares de Mello (1997, p. 201)¹⁶, Yoschiaki Ichihara (1997, p. 243)¹⁷, Ricardo Abdul Nour (1997, p. 322)¹⁸, Helenilson Cunha Pontes (1997, p. 383)¹⁹ e Mônica Cabral Moura (1997, p. 395)²⁰.

Com trabalhos no mesmo livro (MARTINS, 1997), opinam pela afirmativa: Hugo de Brito Machado (1997, p. 91)²¹, Kiyoshi Harada (1997, p. 210)²², Moisés Akselrad (1997, p. 226-229)²³, Wagner Balera (1997, p. 258)²⁴, Cecília Marcondes Hamati (1997, p. 271-275)²⁵, Valdir de Oliveira Rocha (1997, p. 281)²⁶, Fernando de Oliveira Marques (1997, p. 339-341)²⁷, Edison Carlos Fernandes (1997, p. 356-358)²⁸, Halley Henares Neto e Vinicius T. Campanile (1997, p. 454)²⁹, Plínio Marafon e Maria Helena Tinoco Soares (1997, p. 469)³⁰, Antônio Carlos Rodrigues do Amaral (1997, p. 495)³¹, Oswaldo Othon Saraiva Filho (1997, p. 506-507)³² e Marcos da Costa e Paulo Lucena de Menezes (1997, p. 523-526)³³.

Recolho de Antônio Carlos Rodrigues do Amaral (1997, p. 495)³⁴ a lição no sentido de que “o regime federativo é fruto de uma criação humana, identificada a partir da Convenção de Filadélfia, em 1787. Não é uma fórmula rígida. Há que se garantir aos Estados federados um mínimo de autonomia legislativa e financeira, o que não é, de forma alguma, incompatível com o disciplinamento, no nível nacional, da estrutura básica dos tributos por eles cobrados. Nem, tampouco, impede o regime federativo que a Nação, representada pelos Poderes Federais — compreendidos como nacionais —, firme Tratados ou Convenções internacionais disciplinando tributos domésticos, independentemente da esfe-

ra política a que pertencerem (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios)”.

5. Conclusão

Podemos assentar, em conclusão, as seguintes proposições:

a) na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há paridade entre a norma brasileira de produção doméstica e a norma brasileira de produção internacional. Assim, o conflito entre uma e outra resolve-se, de regra, pelo mecanismo tradicional: *lex posterior derogat legi priori*. Todavia, há de se ter presente que a lei posterior não revoga o tratado anterior, “mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis”. Assim, revogada a lei que afastou a sua aplicação, voltará o tratado a ter aplicação;

b) em matéria tributária, entretanto, observa-se o princípio contido no artigo 98 do Código Tributário Nacional: o primado da norma brasileira de produção internacional;

c) são três as vertentes, na Constituição da República, dos direitos e garantias: 1) direitos e garantias expressos na Constituição; 2) direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; 3) direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais firmados pelo Brasil (CF, art. 5º, § 2º);

d) quando a Constituição veda a concessão de isenções heterônomas, ao vedar à União instituir isenções de tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF, art. 151, III), a proibição dirige-se à União como entidade parcial e não à União como Estado total, vale dizer, a República Federativa do Brasil “formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal” (CF, art. 1º).

Notas

¹ RE 71.154/PR, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, RTJ 58/70.

² RE 80.004/SE, Rel. p/acórdão Min. Cunha Peixoto, RTJ 83/809.

³ RTJ 103/779.

⁴ REsp 1.966/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, "DJ" de 16.04.90.

⁵ RE 90.824/SP, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 95/350, 353.

⁶ ADI 1.480-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, "DJ" de 18.05.01; HC 76.561/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, Plenário, 27.05.98, "DJ" de 02.02.01.

⁷ ADIn 1.480-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, "DJ" de 18.05.01; HC 76.561/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, Plenário, 27.05.98, "DJ" de 02.02.01.

⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza jurídica do Estado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937. 129 p.

⁹ Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

¹⁰ Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

¹¹ Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

¹² Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

¹³ Tributação no Mercosul in: Martins (1997).

¹⁴ Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

¹⁵ Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

¹⁶ Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

¹⁷ Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

¹⁸ Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

¹⁹ Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

²⁰ Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

²¹ Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

²² Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

²³ Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

²⁴ Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

²⁵ Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

²⁶ Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

²⁷ Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

²⁸ Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

²⁹ Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

³⁰ Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

³¹ Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

³² Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

³³ Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

³⁴ Tributação no Mercosul. In: Martins (1997).

Bibliografia

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ATALIBA, Geraldo. *Leis nacionais e leis federais no regime constitucional brasileiro*. São Paulo: Resenha Tributária, 1976.

BARRAL, Welber; LACERDA, Tatiana. Isenção de tributos estaduais por tratados internacionais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 70, p. 140-149, jul. 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, [1980?].

BORGES, José Souto Maior. Isenções em tratados internacionais de impostos do Estados-membros e municípios. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado; THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direito tributário contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 229 p.

_____. Tratados internacionais em matéria tributária. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 16, n. 59, p. 180-185, jan./jun. 1993.

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, v. 92, n. 334, p. 71-107, abr./jun. 1996.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Isenções tributárias no Mercosul. *IOB - Repertório de Jurisprudência*, São Paulo, n. 11, jun. 1997.

MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *Tributação no Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 1997. 533 p. (Pesquisas Tributárias. Nova série, n. 3).

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza jurídica do Estado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937. 129 p.

REZEK, J. Francisco. Direito dos tratados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, p. 463-464, 1984.

RODAS, João Grandino. A constituinte e os tratados internacionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 76, n. 642, p. 43-51, 1987.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Afinal, tratado internacional pode ou não isentar tributos estaduais e municipais? *Boletim IOB*, São Paulo, Jurisprudência, n. 18, set. 1998. Caderno 1.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

VALADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 3. ed. [S.l.: s.n.], 1971.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A integração de mercados e o Poder Judiciário. In: BRASIL SÉCULO XXI: O DIREITO NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO: MERCOSUL, ALCA E UNIÃO EUROPÉIA,

2002, Brasília. *Anais...* Brasília: OAB, Conselho Federal, 2002.

_____. *Estado Federal e Estados Federados na Constituição Brasileira de 1988: o equilíbrio federativo*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. O direito internacional e o Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 229, p. 5-25, jul./set. 2002.

_____. Reforma constitucional, cláusulas pétreas, especialmente dos direitos fundamentais, e a reforma tributária. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 162-178.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Entre a apologia e a utopia: em busca da ética possível

Celso de Tarso Pereira

Sumário

1. Da utopia e do ceticismo 2. O Princípio Responsabilidade: uma ética para a civilização tecnológica

Em artigo publicado na *Foreign Affairs* (março/abril 1996), *In defense of Mother Teresa*, Stanley Hoffmann (1996, p. 172-175) delineava algumas idéias sobre a moralidade na política externa. Ao condenar a visão de alguns analistas de que a política externa americana deve pautar-se somente por interesses e não por valores – e assim não deveria preocupar-se com “small, poor, weak and peripheral countries” –, Hoffmann procura reestabelecer uma conexão entre interesses e valores, não somente devido à interdependência entre sociedades e economias, mas por existirem algumas situações que seriam “morally unacceptable”. Ele realça, igualmente, a necessidade de se manter um “estado de coisas moralmente aceitável” e refere-se à existência de um “dever moral de agir”.

Se, por um lado, a inclusão de ponderações éticas no campo das relações internacionais representa um avanço considerável, detecta-se facilmente, em outras passagens, que o fundamento dessa ética para Hoffmann parece ainda ser, em última análise, o grau de perigo potencial para a estabilidade ou bem-estar dos “major players” do cenário internacional – um realismo moderado, enfim, que não tem nada em comum com a ética de Madre Teresa...

O que significaria, porém, tomar a ética a sério no complexo panorama da política mundial? Se a ética sempre exigisse que agíssemos contra nossos interesses, seria impossível ser ético; se, contudo, ela nunca exigisse restrições aos nossos interesses, ela seria inútil (HOFFMAN apud SHUE, 1995, p. 456-457). Somente em um equilíbrio entre uma ética utópica e outra meramente apologética¹, seria possível encontrar uma alternativa válida para o tratamento das grandes questões internacionais, aí incluídos os chamados “novos temas”.

Levar a ética a sério, nesse contexto, significa considerar o interesse dos outros *durante* o processo de elaboração e concepção dos próprios interesses, e *não após* essa decisão, quando a estrutura das futuras ações já está definida. Uma maior equidade nas relações internacionais só será possível se os interesses nacionais forem formulados, desde o início, comprometidos com uma ordem internacional justa (a paz é fruto da justiça); a tentativa posterior de promover uma maior justiça global no espaço residual, que possa sobrar depois que os interesses nacionais forem determinados de forma ampla e ilimitada, equivaleria a uma mera filantropia internacional, aliviadora, mas não solucionadora de problemas: “Serious ethics operates at the center, not the fringe, of legitimate interest” (SHUE, 1995, p. 457).

A ética é a doutrina do como agir, “a investigação geral daquilo que é o bem”, “a investigação do sentido da vida, ou daquilo que torna a vida digna de ser vivida, ou da maneira correta de viver” (MOORE apud WITTGENSTEIN, 1971, p. 143)². Podem, porém, padrões éticos irem além da esfera individual e valerem igualmente para o campo das relações internacionais? Não valeria aí, muito mais, uma *ética relativista* fundada em interesses imediatos? (WITTGENSTEIN, 1971, p. 141-175)

A noção de um juízo relativo ou absoluto poderia ser visualizada a partir de um exemplo comentado por Wittgenstein (apud LAFER, 1996): se alguém está jogando tênis

e outra pessoa lhe diz: “você joga muito mal” e o jogador responde: “eu sei, mas eu não quero jogar melhor”, tudo o que o interlocutor poderia dizer seria: “ah, então, nesse caso, tudo está bem!”. Se, porém, alguém está contando mentiras extravagantes e trapaceando e o interlocutor diz: “você está-se comportando mal, como um irresponsável” e a resposta é: “eu sei, mas eu não quero de maneira nenhuma me comportar melhor”, poderia o interlocutor ainda dizer: “ah, nesse caso, tudo está bem?”. Certamente não. Teríamos, nesse exemplo, a diferença entre um julgamento de valor relativo e outro de valor absoluto, reduzindo-se o primeiro a um mero enunciado de fatos.

Quando procuramos aplicar o mesmo raciocínio ao comportamento dos Estados, encontramos uma situação semelhante: se um determinado Estado decide mudar sua política de incentivos culturais para apoiar mais o cinema do que a produção de livros, isso pode ser discutível, mas tratar-se-ia, claramente, de um juízo de valor relativo; se, por outro lado, um Estado começa a cercar direitos de suas minorias, a promover limpezas étnicas ou a ameaçar territorialmente vizinhos mais frágeis, poderia ainda ser dito “tudo está bem”? As evidentes agressões a normas do Direito Internacional, infelizmente verificáveis diariamente nos jornais, cometidas em todas as partes do globo, devem ser apreciadas pelo prisma ético ou, por dizerem respeito à atuação de Estados, devem pairar num firmamento aético e não passível de uma apreciação axiológica?

A reação internacional corrente, apesar de reconhecer e criticar frequentemente a violação de um padrão ético internacional, reduz-se, às vezes, ao silêncio ou à expedição de notas diplomáticas *pro forma* ou, ainda, a indicar a impossibilidade de qualquer ação efetiva para restaurar aquele padrão moral; variados interesses envolvidos em cada caso sobrepor-se-iam às considerações éticas: importância estratégica do fornecimento de petróleo, razões de índole histórica, a posição do país em apreço dentro de

um bloco regional e o puro desinteresse com o destino dos menos afortunados.

A multiplicação dos atores que participam da tomada de decisões no cenário internacional e a erosão parcial – mas sensível – da soberania estatal fornecem, contudo, um novo panorama de análise: em um mundo onde as ONGs, as empresas e os próprios indivíduos – e a opinião pública mundial – adquirem crescentemente mais influência no processo decisório, a possibilidade de que um padrão ético mínimo se consolide é menos utópica.

1. Da utopia e do ceticismo

Embora evidente na atualidade a inadequação dos paradigmas teóricos das relações internacionais, a alternativa da idéia de uma ética que permeie o processo decisório é recebida por muitos com ceticismo. Pela visão cético-realista, alega-se que a sociedade internacional é anárquica, caracterizada por alto grau de caos e luta pelo poder, acrescida de uma inevitável anarquia de significados, a qual impossibilitaria as pretensões de uma leitura kantiana da realidade internacional. A postura kantiana admite uma razão comum a toda a humanidade, situada acima das *raisons d'État*; contrapõe-se, assim, à visão maquiávelico-hobbesiana de cunho realista e estatista e vai além da mera coexistência pacífica de cunho grotiano, a qual percebe o potencial para uma sociabilidade e solidariedade na comunidade internacional (BOBBIO, 1986, p. 36).

Na atual configuração do cenário internacional, ademais, essa Razão universal é desafiada, por um lado, pelos particularismos regionais, que procuram impor uma noção excludente e intolerante da realidade, e, por outro, pela própria expansão da democracia pelo globo, a qual, na acepção de Bobbio, torna as demandas fáceis e as respostas difíceis, ao contrário dos governos autoritários, que estão em condições de tornar a demanda difícil e dispõem de maior facilidade para dar respostas (LAFER,

1996): as demandas fáceis e contínuas no âmbito interno, contudo, não encontram ainda canais adequados para obter respostas satisfatórias e rápidas no âmbito da comunidade internacional, o que inviabilizaria a formação e desenvolvimento de consensos universais. Alguns eventos do segundo pós-guerra, no entanto, assinalam o que poderia ser um renascimento ético, se bem que lento, no tratamento de temas cruciais para a humanidade *in totum*.

Primeiramente, e de maneira mais evidente, o tratamento dado à questão dos direitos humanos, que, a partir da Declaração Universal de 1948, experimentou uma evolução palpável e consistente. Ainda sob os reflexos da brutalidade ilimitada verificada na 2ª guerra, esse documento, na forma de declaração não vinculante, acabou por adquirir uma força incontestada, além de instigar a realização de outras convenções e mecanismos mais eficazes de implementação do respeito aos direitos humanos. O sistema europeu e interamericano de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, com a presença de uma Corte competente para julgar e condenar violações às normas acordadas, bem como as diversas Comissões e Comitês no âmbito das Nações Unidas, com cada vez maior aceitação, é exemplo marcante dessa evolução. Embora de índole muito mais sensível, discute-se até mesmo a idéia de um direito de ingerência em casos graves de violação maciça de direitos humanos ou, pelo menos, para levar a cabo missões de auxílio humanitário. Em um prazo de 50 anos, portanto, criou-se pouco a pouco um “respeitável minimalismo ético” – “thin morality” na qualificação de Michael Waltzer – que reclama agora um trabalho de adensamento gradual (ALVES, 1996).

A Conferência de Viena sobre Direitos Humanos, de 1993, significou um passo importante nessa direção. Ao estabelecer um padrão comum de aceitação entre ocidentais e orientais, países desenvolvidos e subdesenvolvidos, liberais e autoritários, capitalistas e socialistas, tendências religiosas e

profanas, a Conferência pôde superar a fragmentação dos interesses e uma suposta razão circunscrita aos diversos grupos. O avanço conceitual da Conferência deu-se em quatro pontos principais: a reafirmação da universalidade dos direitos humanos; o reconhecimento da legitimidade do sistema internacional de proteção aos direitos humanos; o reconhecimento consensual do direito ao desenvolvimento e o estabelecimento da inter-relação entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos (ALVES, 1996).

Um segundo marco nessa evolução ética pode ser observado na realização das Grandes Conferências Globais dos anos 90, as quais simbolizam o esforço normativo nos vários campos da esfera social, realizado pela quase totalidade dos países. “Ao estabelecer de uma maneira não-impositiva, consensualmente, diretrizes inter e intra-Estados para toda a humanidade, a Agenda Social subscreve a crença em uma Razão universal” (ROSENAU, 1990, Cap. 13). As seis grandes conferências da década de 90 – Meio Ambiente e Desenvolvimento, Direitos Humanos, População e Desenvolvimento, Desenvolvimento Social, Direitos da Mulher e Assentamentos Humanos – configuram-se na única alternativa racional, com base em negociações globais conduzidas com sentido de cooperação e busca do interesse geral, a sublevação dos particularismos excludentes e forças centrífugas de um mundo “pós-moderno”, no qual já não valeriam os ideais do Iluminismo, mas sim a “desrazão” fragmentária.

A relevância dos temas da Agenda Social para a própria sobrevivência da humanidade, e a impossibilidade de tratá-los de maneira isolada, induz os Estados a buscarem, ao menos, denominadores comuns, o que significa não pouca coisa na complexidade da época contemporânea. A participação da sociedade civil nas fases preparatórias das conferências, por outro lado, permite uma renovação nos procedimentos negociadores e uma “*recentrage humaniste*” da política internacional, e serve para mostrar,

pelo menos, o que não faz parte do interesse geral. O debate universal dos temas dessa Agenda diz respeito, diretamente, à discussão de decisões políticas: o consenso alcançado nas Conferências, portanto, mesmo se mínimo, significa um ganho conceitual e prático de extrema importância.

Um terceiro fenômeno, do fim do século passado, é a difusão de “cross cultural ideals”, os quais seriam indícios da formação embrionária de uma verdadeira comunidade internacional, não mais aquela centralizada nos Estados e seus interesses, mas fundamentada em valores e políticas cosmopolitas e solidárias; os “sovereignty free agents” (RORTY, 1993, p. 111-134) e os indivíduos seriam os atores a construir essa moral transcultural. Se ela talvez não for capaz de transformar o mundo em 20 anos, qual a consequência de uma educação dos sentimentos em escala mundial (“transcultural education of sentiments”³) durante o mesmo tempo de ascensão e predomínio das unidades estatais (350 anos)?

Um fator importante na mudança de enfoque da política internacional seria o papel renovado do estudo e ensino de relações internacionais, o qual, segundo alguns autores, teve durante muito tempo a função de ser um “Prozac” das ciências humanas (BOOTH, 1995), sedando as consciências para as realidades humanas subjacentes à contabilidade dos arsenais nucleares, às disputas de poder na estratégia bipolar, aos “pivotal and failed states”, ao imperialismo e colonialismo, etc., temas tão bem tratados na teoria acadêmica das relações internacionais, que acumula “books about books, articles about articles and papers about papers”. Não seria hora de perguntar se essa disciplina não deveria ter também uma função – social, política, psicológica – na evolução da sociedade humana na esfera global? Ken Booth sugere a criação de uma “global moral science”, direcionada não tanto às relações interestatais, mas à ética e à ética aplicada ao intrincado mundo das relações transnacionais.

A situação, em todo caso, parece clara: diante de tendências antagônicas, nosso mundo terá de fazer uma opção entre “agarrar-nos de modo ainda mais firme às intenções do Iluminismo... ou... desistirmos do projeto da modernidade, dando-o como perdido” (Habermas, apud JONAS, 1984). O “homo ethicus”, assim, afigura-se como o fundamento necessário de uma cidadania moderna e cosmopolita, a qual ainda se pretenda humana.

2. O Princípio Responsabilidade: uma ética para a civilização tecnológica

É na esfera da proteção ao Meio Ambiente que podemos visualizar mais claramente a importância da revitalização de princípios éticos, já que a destruição do nosso *habitat* coloca em perigo toda a humanidade e não somente o causador da destruição. A sobrevivência futura da humanidade – que é o que está em jogo – exige, contudo, a resposta a uma pergunta prévia: por que deve, de maneira imperativa, existir o Homem sobre a Terra? A fundamentação de uma ética humana encontra, assim, sua validade última na metafísica, única instância que poderia fornecer essa resposta: se antigamente a presença do Homem na Terra era um dado evidente e inquestionável, a possibilidade de sua destruição, aos poucos ou de uma vez, impõe-se-nos essa questão, que no fundo é um axioma, decifrável, talvez, somente no âmbito teológico.

Devido, portanto, às consequências imprevisíveis que podem decorrer de nossas ações para o futuro, o *Princípio Responsabilidade* (JONAS, 1984, p. 36) avança para o centro da ética, de maneira a auxiliar-nos no presente com decisões que podem afetar de modo drástico o futuro.

O Imperativo Categórico de Kant estabelece: “Aja de tal maneira que você também possa desejar que a sua máxima (princípio) de comportamento possa-se tornar lei universal”. Esse imperativo da razão prática dirige-se ao indivíduo e suas relações em

sociedade. *Um novo Imperativo Categórico* para a época da civilização tecnológica, globalizada e fragmentada, *não tão interdependente como interconectada*, e mais direcionado à Política, poderia ser assim formulado: “Aja de tal maneira que os efeitos da sua ação sejam compatíveis com a permanência de uma digna vida humana sobre a Terra” ou, ainda, “Aja de tal maneira que os efeitos de sua ação não sejam destruidores das futuras possibilidades de tal vida”. E Hans Jonas (1984) ainda acrescenta, em enunciado de caráter mais positivo: “Inclua na sua escolha atual a futura integridade do Homem como co-objeto do seu querer”.

Os seres humanos do futuro, sendo uma mera potencialidade, por qual força poderiam ser representados nas escolhas do presente? A única resposta parece ser uma heurística do temor, a qual exige que se dê mais atenção à profecia da tragédia do que à da salvação. A imaginação das conseqüências dos nossos atos deve assim ser um elemento concreto a guiar nossas decisões, pois não podemos “apostar” aquilo que não nos pertence. *Somente a degradação vislumbrada do Homem pode-nos instigar a perceber o conceito de Homem a ser dela resguardada.*

A necessidade absoluta de que o Homem não desapareça – e o dever ético de evitar isso – repousa, contudo, na metafísica: somente a idéia de Homem que diga por que o Homem deve existir poderá dizer-nos também como ele deve ser; a axiologia, assim, radicaria na ontologia.

À medida que os princípios éticos passam a permear o processo de tomada de decisões da política internacional e conduzem gradualmente a um adensamento axiológico e à conclusão de convenções internacionais, confere-se, pouco a pouco, o caráter de *soft power* ao conteúdo mínimo alcançado. Isso faz alguma diferença? Como Robert Myers (1990) esclarece, “é possível chegar às mesmas decisões firmes em questões de política externa por meio de uma análise orientada pela ética, tanto quanto por meio de uma solução de auto-interesse. A solu-

ção ética, a solução certa, é também a solução prática. A ética está ligada à *razão*, e é isso o que faz dela um fator importante no processo decisório pessoal, institucional, nacional e internacional.

A ética a ser alcançada pode não ser, dessa maneira, a ideal, mas pode muito bem ser a possível para o mundo do século XXI.

Notas

¹ Em analogia a Koskenniemi (1989).

² MOORE, George. *Principio Ethica*. [S. l.: s.n., 1903?]. As outras definições são do próprio Wittgenstein.

³ A possibilidade de sucesso parece estar na educação das gerações futuras, muito mais que na presente; seria adotar a posição de Aristóteles, e não a de Platão, na questão de saber como lidar com Thrasymachus e Calicles: melhor do que persuadir indivíduos irresponsáveis da irrazoabilidade de suas condutas, como advogava Platão, seria aceitar que não se poderia fazer muito com eles, e, portanto, com Aristóteles, investir esforços em evitar ter crianças semelhantes a eles (apud BOOTH, 1995).

Bibliografia

ALVES, Lindgren. A agenda social da ONU contra a desrazão pós-moderna. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 63-81, fev. 1996.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOOTH, Ken. Human wrongs and international relations. *International Affairs*, London, v. 71, n. 1, p. 103-123, Jan. 1995.

HOFFMANN, Stanley. In defense of Mother Teresa. *Foreign Affairs*, New York, v. 75, n. 2, p. 172-175, Mar./Apr. 1996.

JONAS, Hans. *Das prinzip verantwortung*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1984.

KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus, 1989.

LAFER, Celso. A ONU, os direitos humanos e o Brasil. *Correio Braziliense*, Brasília, 25 maio 1996.

MYERS, Robert. Ética em questões internacionais. *Diálogo*, [Rio de Janeiro?], 1990.

RORTY, Richard. Human rights, rationality, and sentimentality. In: SHUTE, Stephen; HURLEY, Susan (Ed.). *On human rights: The Oxford Amnesty Lectures*. New York: Basic Books, 1993.

ROSENAU, James. *Turbulence in world politics: a theory of change and continuity*. Princeton: Princeton University Press, 1990. Cap. 13.

SHUE, Henry et al. Ethics, the environment and the changing international order. *International Affairs*, London, v. 71, n. 3, p. 456-587, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Conference sur l'Éthique. In: _____. *Leçons et conversations sur l'esthétique, la psychologie et la croyance religieuse*. Paris: Gallimard, 1971. Éditée et commentée par Rush Rhees.

Parecer

O caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo

Celso Lafer

Sumário

I - Considerações preliminares. II - Posição, generalização, internacionalização e especificação como processos de afirmação dos direitos humanos. III - Interpretação do art. 5º, XLII, da Constituição - critérios. IV - Interpretação do art. 5º, XLII, da Constituição – o HC 82424-2 e o risco do esvaziamento do conteúdo jurídico do preceito constitucional. V - Os argumentos apresentados no HC 82424-2 e os ensinamentos de decisões da Suprema Corte dos EUA e da *House of Lords* da Inglaterra. VI - Da raça ao racismo. VII - A prática do racismo e o seu impacto no Direito Internacional da Pessoa Humana – a contribuição do Direito Internacional-Público para a exegese do art. 5º, XLII, da Constituição de 1988. VIII - Amplitude da prática do racismo no Brasil. IX - Síntese conclusiva.

Parecer apresentado e aceito pelo STF na condição de *amicus curiae*, no julgamento do caso Ellwanger – HC 82424/RS (dezembro de 2002 a setembro de 2003). Em cinco longas sessões, confirmou-se, por 8 votos a 3, a condenação, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em outubro de 1966, de Siegfried Ellwanger pelo crime da prática do racismo. Foram votos vencedores o do Ministro Maurício Corrêa, relator do acórdão (datado de 17 de setembro de 2003), e os dos Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence. O Acórdão foi publicado pelo STF, com prefácio do Ministro Maurício Corrêa (*Crime de Racismo e Antisemitismo – um julgamento histórico do STF*. Brasília, Brasília Jurídica, 2004).

A professora Anna Maria Villela dedicou-se, no seu consistente percurso intelectual, ao Direito Internacional, com ênfase no Direito Internacional Privado, que tem entre os seus temas básicos o relacionamento entre distintos ordenamentos jurídicos. Este parecer também examina a interação entre o ordenamento jurídico nacional e o Direito Internacional dos direitos humanos. Trata, assim, de uma das categorias do Direito Internacional – Público e Privado – que é a da recepção, no horizonte dos interesses de Anna Maria Villela.

I – Considerações preliminares

1 – O Art 5º, XLXII, da Constituição de 1988, diz: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei”.

No HC 82424- 2, ora em exame pelo STF, alega-se, em síntese, como adiante se discutirá de maneira circunstanciada, que, não sendo os judeus uma raça, o crime praticado por Siegfried Ellwanger é o de incitamento contra os judeus e não o da prática do racismo. Dessa maneira busca o impetrante afastar a imprescritibilidade do delito cometido.

A matéria objeto deste parecer diz respeito à procedência ou improcedência jurí-

dica dessa alegação. Em síntese, assim foi formulada a consulta: é o crime cometido por Siegfried Ellwanger o da prática do racismo, nos termos da Constituição e da correspondente legislação infraconstitucional que o tipificou, tal como decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o Superior Tribunal de Justiça confirmou quando denegou pedido de HC impetrado com os mesmos fundamentos?

Como a *vis directiva* da tipificação do crime da prática do racismo é o art. 5º, XLII, integrante do Título II da Constituição, que tutela os direitos e garantias fundamentais, sua interpretação requer, por isso mesmo, para o adequado entendimento do alcance da matéria, breve consideração sobre o processo histórico de afirmação e subsequente positivação dos direitos humanos.

2 – A tutela constitucional dos direitos e garantias fundamentais representa o reconhecimento jurídico do valor da pessoa humana, que é um dos princípios fundamentais que a Constituição de 1988 proclama (art. 1º, III). O que cabe dizer sobre o processo histórico da afirmação desse valor, que está na raiz da tutela contemplada no art. 5º, XLII?

O valor da pessoa humana está presente no livro do *Gênesis* (1,26), que afirma que “Deus criou o homem à sua imagem”. Ensina assim o Velho Testamento que o homem assinala o ponto culminante da criação, tendo importância suprema na economia do Universo. Na elaboração judaica desse ensinamento isso se traduz numa visão da unidade do gênero humano, apesar da diversidade de nações, que se expressa nas Leis de Noé (*Gênesis*, 9, 6-17). Essas são um direito comum a todos, pois constituem a aliança de Deus com a humanidade. Representam um conceito próximo do *jus naturae et gentium*, inspirador de ensinamentos do cristianismo e posteriormente de Grócio e Selden, que são uma das fontes das Declarações de Direitos das Revoluções Americana e Francesa.

Na vertente grega da tradição voltada para afirmar a dignidade da pessoa humana, cabe mencionar o estoicismo. Na época

helenística, com o fim da democracia e das cidades-estado, o estoicismo atribuiu ao indivíduo, que tinha perdido a qualidade de cidadão para se converter em súdito das grandes monarquias, uma nova dignidade de alcance universal. O mundo é uma única cidade – *cosmo-polis* – da qual todos participam como amigos e iguais. À comunidade universal do gênero humano corresponde também um direito universal, fundado num patrimônio racional comum, daí derivando um dos precedentes da teoria cristã da *lex aeterna* e da *lex naturalis*, igualmente inspiradora dos direitos humanos.

O cristianismo associa o ensinamento judaico e o grego, ao aclimatar no mundo, através da evangelização, a idéia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual. Jesus, como ensina São Paulo, chamou a todos para a salvação sem distinção entre judeus e gregos, escravos e homens livres, homens e mulheres (*Epístola aos Romanos* 10,12; *Epístola aos Gálatas*, 3,28). Neste sentido o ensinamento cristão é um dos elementos formadores da mentalidade que tornou possível o tema dos direitos humanos.

3 – O tema dos direitos humanos adquiriu expressão normativa na Inglaterra, com a Magna Carta (1212), com a lei do *Habeas Corpus* (1679) e com o *Bill of Rights* (1689), e passou a ter um papel de grande relevância na doutrina jurídica do jusnaturalismo racionalista da Idade Moderna. Essa doutrina difundiu largamente, nos séculos XVII e XVIII, a tese do contrato social, como explicação da origem do Estado, da Sociedade e do Direito, fundamentado na vontade concorde dos indivíduos. O contratualismo tem uma inequívoca dimensão democrática ao justificar o Estado e o Direito, não como uma emanção de cima para baixo do poder do soberano ou de Deus, mas sim de baixo para cima, através da vontade dos indivíduos, que estão na base da sociedade.

A explicação contratualista, tal como formulada por exemplo por Locke, explicita que o Estado e o Direito são um meio termo,

fruto da celebração de um contrato social, que compatibiliza a liberdade de estado da natureza, onde tudo é permitido, com as exigências da vida em sociedade. Daí, como diz Locke, a importância capital de *settled standing laws* e o seu argumento de que os homens *would not quit the freedom of the state of nature* a não ser para preservar *their lives, liberties and fortunes; and by stated rules of right and property to secure their peace and quiet* (John Locke, *Of Civil Government, Second Treatise*, Chicago, Gateway, Ed. 1964, Cap. 11, p. 114).

O contratualismo inspirou a tutela dos direitos humanos através da Constituição, pois um dos ingredientes da passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito foi a preocupação em estabelecer limites ao poder discricionário do soberano em relação às pessoas que integram a sociedade. Daí a idéia-força de combinar a divisão de poderes – na lição clássica de Montesquieu – com uma declaração de direitos, ambas expressas num texto escrito: a constituição. É este o sentido do artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”.

4 – No jusnaturalismo racionalista e secularizado que inspirou o constitucionalismo, os direitos humanos eram vistos como direitos inatos e tidos como verdade evidente. A sua positivação constitucional através de Declarações, que se inicia no século XVIII, com as Revoluções Americana e Francesa, tinha como objetivo conferir aos direitos nela contemplados uma dimensão permanente e segura. Essa dimensão seria o dado de estabilidade, que serviria de contraste e tornava aceitável a variabilidade, no tempo e no espaço, do Direito Positivo dependente da vontade do Legislador, em contextos localizados e variáveis. Essa variabilidade é explicável, pois o Direito no mundo moderno passou a ter a dinâmica de um instrumento de gestão de uma sociedade em mudança.

A exigência de estabilidade é a razão de ser do art. 60, § 4º, inciso IV, da nossa Constituição, que, ao estipular uma cláusula pétreia, confere aos Direitos e Garantias fundamentais, contemplados no Título II, a sua dimensão hierárquica de permanência.

Neste sentido, a primeira conclusão deste parecer é a de afirmar que o art. 5º, XLII, por estar inserido na sistemática constitucional dos direitos e garantias fundamentais, tutelado por cláusula pétreia, deve ser apreciado e interpretado com cuidados especiais. Com efeito, a *vis directiva* do constituinte foi a de dar estabilidade e permanência a um sistema integrado de valores da convivência coletiva, que tem como valor-fonte a dignidade da pessoa humana – um valor proclamado pela Constituição de 1988, cujo processo histórico de afirmação e positivação apresentei de maneira apenas indicativa, porém com o objetivo de dar o alcance hierárquico da matéria em questão (cf. Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, Cia. Das Letras, 1988, cap. IV, e as amplas referências bibliográficas indicadas).

II – Positivação, generalização, internacionalização e especificação como processos da afirmação dos direitos humanos

5 – Na sua análise do processo de reconhecimento jurídico dos direitos humanos, Norberto Bobbio, endossando a análise de Gregório Peces Barba, indica as etapas da positivação, da generalização, da internacionalização, a elas agregando a da especificação (cf. Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro, Campus, 1992, pp. 49-65; Gregório Peces Barba e colaboradores, *Curso de Derechos Fundamentales Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial Del Estado, 1995, pp. 154-202).

A etapa de positivação se inicia com as Declarações dos Direitos e sua irradiação

nos textos constitucionais dos diversos países – (cf. Alphonse Aulard e Boris Mirkiné-Guetzevich, *Lés Déclarations des Droits de l'homme*, Paris, Payot, 1929), em função do que foi acima apontado no item 4 deste parecer. A etapa da positivação é indispensável, pois sem ela os direitos humanos não se completam. Seriam valores e ideais que não se realizariam plenamente. Assim como os valores estéticos se realizam no quadro, na poesia ou numa escultura, assim também o valor ético dos direitos humanos se realiza, como aponta Gregório Peces Barba, mediante sua incorporação ao Direito Positivo (Gregório Peces Barba, op. cit. p. 160).

6 – A Declaração de Direitos da Virgínia e a Declaração Francesa de 1789, vinculadas à Revolução Americana e à Revolução Francesa, que dão início ao grande processo de positivação, proclamam nas suas aberturas, nos seus respectivos artigos iniciais, a dimensão igualitária dos direitos humanos ao afirmar que todos os seres humanos são livres e iguais. É essa dimensão igualitária que caracteriza o processo da generalização.

Esse processo de generalização adquire dimensão internacional com a Declaração Universal dos Direitos Humanos do Homem de 1948, que afirma no seu artigo 1º: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

René Cassin, um dos grandes inspiradores e redatores da Declaração Universal, entendia que o seu artigo 1º, assim como o seu artigo 2º, constituem o pórtico do templo dos direitos humanos. Com efeito, o artigo 2º é o corolário lógico do artigo anterior ao afirmar o princípio da não discriminação: “Art. 2º–1. Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição”. Em síntese, os princípios gerais da liberdade,

igualdade, não discriminação e fraternidade, que Cassin considerava os princípios embaixadores do pórtico do templo dos Direitos Humanos, são a expressão do processo de generalização (Cf. Marc Agi, *René Cassin, Père de la Déclaration Universelle des droits de l'homme*, Mesnil – Sur - L'Estrée, Perrin, 1998, p.232).

7 – A Constituição de 1988 explicita de maneira inequívoca a afirmação dos princípios inerentes ao processo de generalização, com os seus componentes de igualdade e não discriminação que acima discuti. Essa explicitação, como aponta José Afonso da Silva, é veemente. Ela está presente não apenas no art. 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, mas se vê reforçada, como realça o mesmo autor, pela relevância constitucional de não discriminação consagrada no art. 3º, IV, que estabelece, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o de “promover o bem de todos, sem quaisquer preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 22ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p.222).

8 – A especificação, observa Bobbio, é uma outra etapa do processo de afirmação histórica dos direitos humanos. Está volta da para determinar de maneira mais concreta – e não de forma abstrata, como no processo de generalização – os destinatários da tutela jurídica dos direitos e garantias individuais. É assim que se completa a idéia dos destinatários genéricos – os seres humanos, os cidadãos – com a especificação do ser humano situado – como, por exemplo, a criança, a mulher, o deficiente mental, os idosos. Gregório Peces Barba, na sua elaboração, a partir de Bobbio, da etapa de especificação, diz que se trata de um processo de concreção histórica que não é apenas uma elaboração do já consagrado pelo processo de generalização. É uma contribuição que agrega novos elementos ao conteúdo dos direitos humanos, que enriquecem e com-

pletam o valor da dignidade da pessoa humana, como o valor-fonte da sua positividade (cf. Norberto Bobbio, *op.cit.*, pp. 62-63; Gregório Peces Barba, *op.cit.*, pp. 180-182).

A Constituição de 1988 exprime de maneira muito nítida o impulso do processo de especificação. É o que se depreende, por exemplo, da substancial análise que fez José Afonso da Silva, do Direito de Igualdade, no seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Com efeito, ao princípio genérico da não discriminação – a igualdade perante a lei *sem distinção de qualquer natureza* –, consagrado no *caput* do artigo 5º, o articulado constitucional positiva especificações do ser humano. Daí a afirmação da igualdade sem distinção de sexo; a igualdade sem distinção de origem, cor e raça; a igualdade sem distinção de idade; a igualdade sem distinção de trabalho; a igualdade sem distinção de credo religioso; a igualdade sem distinção de convicção filosófica, examinados por José Afonso da Silva (*op.cit.*, pp.222-228).

O art. 5º, LXII, da Constituição de 1988 é uma faceta constitucionalmente inovadora em nosso País do processo de especificação que tem como nota própria atribuir à prática do racismo uma tutela penal. Essa tutela penal é mais rigorosa do que a prevista no inciso anterior do mesmo artigo. Com efeito, o inciso XLI determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”; já o inciso XLII estabelece que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei”. Essa tutela penal tem, portanto, características próprias que não são idênticas a outras igualmente rigorosas presentes no Título II, como a do art. 5º, XLIII (prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos), mas que coincidem com a do art. 5º, LXIV, que também constitui como “crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado de Direito”.

O rigor da tutela penal constitucionalmente previsto para a prática do racismo demonstra a importância que o constituinte atribuiu à sua repressão, cabendo igualmente mencionar que a preocupação do constituinte com o tema também se expressa no art. 4º, VIII, que estabeleceu como um dos princípios que regem as relações internacionais do Brasil o repúdio tanto do racismo quanto do terrorismo – dois delitos para os quais a Constituição prevê tutela penal rigorosa.

Assim, a segunda conclusão deste parecer é a de que o art. 5º, LXII, da Constituição exprime a etapa de especificação do processo histórico de positividade dos direitos humanos e a de que, nesse processo, o constituinte atribuiu à prática do racismo uma excepcional gravidade, daí advindo o extraordinário rigor da tutela penal nele contemplada.

III – Interpretação do art. 5º, XLII, da Constituição – critérios

8 – A interpretação é inerente à vida do direito e os seus métodos um assunto muito conhecido e debatido. Entendo, no entanto, útil apresentar algumas observações sobre peculiaridades que cercam a interpretação dos direitos e garantias fundamentais. Interpretar o art. 5º, LXII, significa dotar de significado o conteúdo jurídico nele previsto. A particularidade da operação de interpretar os direitos humanos deriva, como observa Gregório Peces Barba, tanto da sua relevância hierárquica no sistema constitucional quanto do fato que numa democracia, que se baseia na perspectiva *ex parte populi*, a ação de interpretar os direitos e garantias fundamentais deve partir da compreensão de que os direitos são os legitimadores do sistema. Essa visão de Peces Barba se coaduna com a Constituição de 1988 à luz da cláusula pétrea que os cerca (art. 60, § 4º – inciso IV); dos objetivos da República Federativa do Brasil entre os quais está o de promover o bem de todos sem quaisquer discriminações (art. 3º, IV); do fundamento da

dignidade humana afirmado no art. 1º, III, todos já referidos no correr deste parecer. É por esse motivo, como realça Peces Barba, que na interpretação dos direitos humanos deve-se *favorecer siempre y em todo caso, de la mejor forma posible el contenido del derecho* (Gregório Peces Barba, op. cit., p. 577).

Registro que foi dessa maneira que procedi na interpretação, no âmbito do Executivo, do princípio constitucional do repúdio ao terrorismo e ao racismo (art. 4º, VIII), que é um dos princípios que regem as relações internacionais do nosso País. Com efeito, como Ministro de Estado das Relações Exteriores, e com a responsabilidade jurídica que essa condição me atribuía, afirmei que a iniciativa brasileira de invocar o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca, em função dos ataques terroristas aos EUA em 11 de setembro de 2001, significava aplicar o art. 4º, VIII – repúdio ao terrorismo – de maneira congruente com o sentido, no plano interno, do art. 5º, LXIII. Da mesma maneira, afirmei que o trato do tema da segurança e da cooperação internacional no combate ao terrorismo, na tríplice fronteira da Argentina, do Paraguai e do Brasil, que inclui as cidades de Chuí e Foz do Iguaçu, nas quais vivem numerosas pessoas de origem árabe, palestinos e fiéis muçulmanos, exigia uma atitude do Executivo, inequivocamente firme na oposição ao preconceito e à discriminação. Fundamentei essa posição tanto no princípio do repúdio ao racismo no plano internacional (art. 4º, VIII) quanto na *vis directiva* constitucional, para o plano interno, de uma sociedade pluralista, voltada para afirmar o bem de todos (art. 3º, IV). Neste sentido, dei, na linha de Peces Barba, o maior conteúdo possível ao art. 5º, XLII (cf. Celso Lafer, *Mudam-se os Tempos – Diplomacia Brasileira - 2001-2002*, Brasília, Funag-Ipri, 2002, pp. 53-69).

Passo a explicitar a minha linha de raciocínio. Os princípios constitucionais que regem as relações internacionais estabelecem padrões de comportamento, estímulos e limites à conduta externa do Brasil. Entre

eles está o da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II). Devem ser aplicados levando-se em conta suas implicações no plano interno, não só por uma questão de coerência, mas pelo fato de que nesta era de globalização vem-se diluindo a diferença entre o “interno” e o “externo”. No caso em questão, que envolvia a cooperação internacional em matéria de combate ao terrorismo, isso era evidente, pois o tema passava pelas cidades brasileiras de Chuí e Foz do Iguaçu. Daí o vínculo entre o art. 4º, VIII e o art. 5º, XLII, e a ênfase atribuída ao risco da prática discriminatória do racismo e das teorias e preconceitos que a sustentam em relação a palestinos e muçulmanos e não, realço, em raça, palavra que não está contida nem no art. 4º, VIII, nem no art. 5º, XLII. (Sobre princípios constitucionais a reger as relações internacionais, cf. Antonio Ramiro Brotons, *La acción exterior del Estado*, Madrid, Tecnos, 1984, pp.92-115; Pedro Dallari, *Constituição e Relações Exteriores*, São Paulo, Saraiva, 1994, que também analisa o repúdio ao terrorismo e ao racismo, vinculando-os ao art. 5º, XLII e XLIII, ver pp. 175-178. No meu prefácio ao livro de Pedro Dallari, exemplifiquei várias situações de aplicação a situações concretas dos princípios constitucionais que regem as relações internacionais.)

Ao conferir o maior conteúdo possível ao art. 5º, XLII, ou seja, à prática do racismo, interpretei-o em consonância com a visão internacional da matéria. Lembro, neste sentido, a Resolução 623 da Assembléia Geral da ONU de dezembro de 1998 que, no seu item 17, insta todos os governos a cooperar com o relator especial da Comissão dos Direitos Humanos incumbido de examinar as formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e outras formas correlatas de intolerância. Essa colaboração tem como objeto, nos termos do item 17, o exame de *incidents of contemporary forms of racism and racial discrimination, inter-alia, against blacks, Arabs and Muslims, xenophobia, Negrophobia, anti-semitism and related intolerance*.

O item 17 da Resolução 623/98 da Assembléia Geral, que sustenta minha interpretação sobre a prática do racismo atingindo árabes e muçulmanos, refere-se igualmente ao anti-semitismo. Daí a relevância de se examinar qual é a contribuição que o Direito Internacional Público pode oferecer como critério de interpretação do art. 5º, XLII, no caso ora em apreciação, pelo STF.

9 – A Constituição de 1988 é explicitamente receptiva ao Direito Internacional Público em matéria de direitos humanos não só pelo princípio de sua prevalência nas relações internacionais (art. 4º, II), como em especial pelo § 2º do art. 5º, que estabelece: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Se a referência ao caráter não exaustivo ou supressivo da enumeração de direitos tem antecedentes em nosso direito constitucional, é novidade a menção explícita aos tratados internacionais de que o Brasil é parte, como aponta Antonio Augusto Cançado Trindade. Ela assinala, constitucionalmente, a identidade de objetivos do direito internacional e do direito público interno quanto à proteção da pessoa humana (cf. Antonio Augusto Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 635). É essa identidade que leva Cançado Trindade a afirmar que, longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, o Direito Internacional e o Direito Interno, por força da Constituição de 1988, passaram efetivamente a integrar em matéria de direitos humanos, cabendo lembrar, como ele documenta em livro recente, que o Brasil participou do processo de elaboração normativa do direito internacional da pessoa humana, tanto no plano global, no âmbito das Nações Unidas, quanto no plano regional, no âmbito do sistema americano (cf. Antonio Augusto Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos direitos hu-*

manos e o Brasil, 2ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 26 e passim).

Como adiante se verá, para o objeto deste parecer, voltado para discutir o conteúdo do crime de racismo suscitado pelo HC 82424-2, não será necessário analisar as múltiplas dimensões e as controvérsias jurídicas em torno do alcance dessa interação entre o Direito Internacional e Direito Interno no sistema da Constituição de 1988. É relevante, no entanto, apontar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode contribuir para a interpretação e o reforço da imperatividade dos direitos constitucionalmente garantidos.

Esse é um entendimento que o STF reconheceu ao julgar o HC 7384, em 23/6/1994, em fundamental acórdão relatado pelo eminente Ministro Celso de Mello e substancialmente analisado por Flávia Piovesan. Na discussão sobre a existência jurídica do crime de tortura contra crianças e adolescentes, tipificado na época pelo art. 233 da Lei nº 8.069/90 com fundamento no art. 5º, XLIII, da Constituição, o Ministro Celso de Mello ressaltou: “o tipo penal em causa é passível de complementação, à semelhança do que ocorre com tipos penais abertos, bastando, para esse efeito, que o aplicador da norma proceda à integração do preceito primário incriminador mediante a utilização dos meios postos à sua disposição. Cumpre destacar, pois, dentro dessa perspectiva, a existência de diversos atos internacionais que, subscritos pelo Estado brasileiro, se acham formalmente incorporados ao nosso sistema jurídico. O Brasil, consciente da necessidade de prevenir e reprimir os atos caracterizadores de tortura, subscreveu, no plano externo, importantes documentos internacionais de que destaco, por sua inquestionável importância, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1984, a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) adotada no âmbito da OEA em

1969. Esses atos internacionais já se acham incorporados ao plano do direito positivo interno (Decreto nº 40/91, Decreto nº 98.386/89 e Decreto 678/92) e constituem, sob esse aspecto, instrumentos normativos que, podendo e devendo ser considerados pelas autoridades nacionais, fornecem subsídios relevantes para a adequada compreensão da noção típica do crime de tortura, ainda que em aplicação limitada, no que se refere ao objeto de sua incriminação, “apenas às crianças e adolescentes” (cf. Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, (5ª ed., revista, ampliada e atualizada), São Paulo, Max Limonad, 2002, pp.111-115 e passim; cf. igualmente Valério de Oliveira Mazzuoli, *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais*, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2001, cap. VII).

Em síntese, e esta é a terceira conclusão deste parecer, o critério da interpretação do art. 5º, LXII, deve favorecer de maneira ampla e não restritiva o conteúdo do direito nele contemplado, dada a relevância que a Constituição atribui aos direitos e garantias fundamentais, entre as quais se inclui a rigorosa inaceitabilidade da prática do racismo. Nessa interpretação, o Direito Interno e o Direito Internacional interagem e não são estanques com vistas a reforçar a impenetrabilidade do direito constitucionalmente garantido, voltado para impedir a prática do racismo.

IV – Interpretação do art. 5º, LXII, da Constituição – o HC 82424-2 e o risco do esvaziamento do conteúdo jurídico do preceito constitucional

10 – O impetrante alega no HC 82424-2, perante o Supremo Tribunal Federal, como antes alegara perante o Superior Tribunal de Justiça, que, não sendo os judeus uma raça, o crime perpetrado por seu paciente ao editar e vender livros que fazem a apologia de idéias preconceituosas contra os judeus não foi o de prática do racismo, mas

sim o de incitamento contra o judaísmo. Busca, assim, ilidir a imprescritibilidade do delito a que seu paciente foi condenado.

O pedido de HC perante o Superior Tribunal de Justiça tinha como objeto o substancial acórdão da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que condenou Sigfried Ellwanger ao imprescritível crime de racismo, com amparo no art. 20 da Lei nº 7.716/89, com a nova redação dada pela Lei nº 8.081/90, tendo o desembargador José Eugenio Tedesco sublinhado no seu voto “a supremacia valorativa do dever de não discriminar” consagrada na Constituição de 1988.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão majoritária da sua 5ª Turma presidida pelo Ministro Felix Fischer, rejeitou as alegações do impetrante, tendo sido relator do feito o Ministro Gilson Dipp. Este, no seu preciso voto, deu, no meu entender com toda razão, ênfase na interpretação do art. 5º, LXII, ao artigo 20 da Lei 8.081/90 que foi acréscimo à Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989. Diz o art. 20, que trata dos crimes e penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou a preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicações de qualquer natureza:

“Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicações de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional.

Penas: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos”.

Entendeu o Ministro Gilson Dipp que o crime praticado por Siegfried Ellwanger é daqueles classificados na categoria de mera conduta, ou seja, não se exige a realização de resultado material para a sua configuração, e que não cabe fazer a diferenciação entre as figuras de prática, incitação ou de induzimento “para fins de configuração de racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas três condutas discriminatórias ou preconceituosas é autor do delito de racis-

mo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta”.

O Ministro Jorge Scartezini, no seu importante voto, no qual acompanha o Ministro Relator, trouxe à colação a doutrina brasileira que comenta o art. 5º, LXII, da Constituição, ao examinar os pontos de vista expostos por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Ribeiro Bastos e José Cretella Jr. Agrega o Ministro Jorge Scartezini elementos adicionais no seu voto, ressaltando que a Constituição de 1988, ao dispor sobre o tema da prática de racismo, “pretendeu que tal prática fosse abolida e reprimida em todas as suas formas e não só pela tez da pele”.

O Ministério Público Federal, em parecer de autoria de Cláudio Lemos Fonteles, Subprocurador-Geral da República, opinou pelo indeferimento do pedido de HC pelo Supremo Tribunal Federal, afirmando que é “injurídico o argumento que, pelo texto constitucional, reduz a prática do racismo à raça”. Em seu parecer, Cláudio Lemos Fonteles se baseia na Lei 8.071/90 e realça que hoje, pela Lei 9.458/97, *ex-vi* do novo parágrafo 2º do artigo 20, o *meio* – “valendo-se dos meios de comunicação social de qualquer natureza” – passou a constituir-se em *forma qualificada*, com apenação autônoma mais grave do crime da prática do racismo. Conclui que a legislação infraconstitucional, ao definir a prática do racismo, tipificou várias figuras penais e que esses crimes são todos imprescritíveis. Afirma assim Cláudio Lemos Fonteles que não há extravasamento na interpretação do texto constitucional quando se conclui que Siegfried Ellwanger, ao infringir o art. 20 da Lei nº 8.081/90, cometeu o crime de prática do racismo.

11 – O crime de prática do racismo, como concluiu o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, confirmando o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não se baseia no termo “raça”, que tem conotação pseudocientífica – como adiante se verá com o devido rigor – mas sim nas teorias e concepções que atribuem ao termo raça o fundamen-

to da discriminação, condenada pelo art. 5º, LXII, da Constituição de 1988. É por esta razão que o impetrante comete uma falácia argumentativa ao afirmar que o crime de Siegfried Ellwanger não se subsume como prática de racismo nos termos do art. 20 da Lei 8.081/90, uma vez que os judeus não são uma raça e por isso mesmo o delito cometido pelo seu paciente é o do incitamento contra o judaísmo e não o da prática do racismo.

No seu arrazoado, o impetrante invoca publicação da UNESCO que afirma que os judeus não formam uma raça. Omite, no entanto, que a UNESCO foi uma das primeiras entre as organizações internacionais do pós-Segunda Guerra Mundial, em função dos próprios termos de sua ata de constituição, que se dedicaram a demonstrar e condenar o conteúdo racista da ideologia nazista (cf., por exemplo, Juan Comas, Kenneth I. Little, Harry I. Shapiro, Michel Leiris, Claude Lévi-Strauss, *Raça e Ciência I*, São Paulo, Perspectiva, 1970, e muito especialmente, para os propósitos deste parecer, a apresentação, pp. 7-9). É essa ideologia que Siegfried Ellwanger vem-se dedicando a divulgar por publicações, ao arrepio do art. 20 da Lei 8.081/90.

Foi por se preocupar desde suas origens com a prática do racismo que a UNESCO adotou e proclamou, em 27 de novembro de 1978, na vigésima sessão de sua conferência geral, uma importantíssima Declaração sobre Raça e Preconceito Racial. Essa Declaração, igualmente omitida no arrazoado do impetrante, contesta frontalmente a sua argumentação.

Diz o art. 1 – 1 da Declaração da UNESCO que todos os seres humanos pertencem a uma única espécie, o que não exclui, como afirma o inciso II do artigo 1, o direito à diversidade de indivíduos e grupos. No seu artigo 2 – 1, a Declaração afirma que quaisquer teorias que contemplem a reivindicação de que grupos raciais ou étnicos são inerentemente superiores ou inferiores não têm fundamento científico e são contrárias aos

princípios morais e éticos da humanidade. Os textos acima referidos, na íntegra, são os seguintes:

“Art. 1 – 1 All human beings belong to a single species and are descended from a common stock. They are equal in dignity and rights and all form an integral part of humanity.”

“Art. 1 – 2 All individual and groups have the right to be different, to consider themselves as different and to be regarded as such. However, the diversity of life styles and the right to be different may not, in any circumstances, serve as a pretext for racial prejudice; they may not justify either in law or in fact any discriminatory practice whatsoever, nor provide a ground for the policy of ‘apartheid’, which is the extreme form of racism.”

“Art. 2 – 1 Any theory which involves the claim that racial or ethnic groups are inherently superior or inferior, thus implying that some would be entitled to dominate or eliminate others, presumed to be inferior, or which bases value judgements on racial differentiation, has no scientific foundation and is contrary to the moral and ethical principles of humanity.”

Prosegue a Declaração, no art. 2 – 2, para qualificar o que é racismo e substancialmente realçar que a prática do racismo reside nas ideologias racistas, nas atitudes preconceituosas, no comportamento discriminatório que levam à desigualdade racial, e não reside no conceito de “raça” que o art. 1 – 1 da Declaração nega, ao afirmar a unidade da espécie humana. Diz o art. 2 – 2, na íntegra, o seguinte:

“Art. 2 – 2 Racism includes racist ideologies, prejudiced attitudes, discriminatory behaviours, structural arrangements and institutionalized practices resulting in racial inequality as well as the fallacious notion that discriminatory relations between groups are morally and scientifically justifiable; it is reflected in discriminatory provisions in legislation or regulations and discriminatory practices as well as in anti-social beliefs and acts; it hinders the development of its victims, perverts those who practise it, divides nations internally, impedes international co-operation and gives rise to

political tensions between peoples; it is contrary to the fundamental principles of international law and, consequently, seriously disturbs international peace and security.”

Afirma igualmente a Declaração, no seu art. 5 – 3, ao falar da cultura e dos meios de comunicação, que a erradicação do racismo, da discriminação racial e do preconceito racial requer *“refraining from presenting a stereotyped, partial, unilateral or tendentious pictures of individuals and of various human groups.”*

{(O texto completo da Declaração se encontra na publicação da ONU, *Human Rights. A Compilation of International Instruments*, vol. 1 (First Part) Universal Instruments, United Nations, New York and Geneva, 1994 (ST/HR/1/Rev. 5) vol. 1, Part I, pp. 133-134)}.

Como se vê, a UNESCO de maneira alguma abona a tese do impetrante, pois subsume inequivocamente o crime de Siegfried Ellwanger na tipicidade da prática do racismo.

O impetrante, no seu arrazoado, traz à colação texto da antropóloga Lilia Moritz Schwarcz para abonar a tese de que o discurso racista no Brasil sempre foi dirigido contra o negro. Ora, essa mesma antropóloga escreveu livro recente sobre *Racismo no Brasil* (São Paulo, Publifolha, 2001). Nele afirma: “Raça é, assim, uma construção histórica e social, matéria-prima para o discurso das nacionalidades”; ou então, conforme Thomas Sowell, “antes de um conceito biológico é uma realidade social, uma das formas de identificar pessoas em nossas próprias cabeças” (p. 35). Afirma, igualmente, lastreada em Louis Dumont, conhecido estudioso das castas, que “o racismo representa a hierarquia reinventada em sociedades supostamente igualitárias” e que o racismo é uma “naturalização das diferenças”, “uma tentativa de fazer a diversidade ser mais do que é” (p. 81). Por isso, ao apontar que o racismo é um tema da agenda global e ao discutir o racismo brasileiro, entende e afirma que, ao se lidar com ódios históricos,

nomeados a partir da raça, da etnia ou da origem: “O primeiro procedimento a destacar, ainda uma vez, o caráter pseudocientífico do termo ‘raça’, mesmo porque seu sentido é diverso de lugar para lugar e suas determinações de cunho biológico têm efeito apenas relativo e estatístico. Não há, portanto, como imputar à natureza o que é da ordem da cultura: a humanidade é una, as culturas é que são plurais” (p. 81).

A antropóloga citada pelo impetrante, portanto, entende que a prática do racismo provém inequivocamente das teorias que reinventam a desigualdade através do conceito pseudocientífico de raças e, desse modo, contestam os princípios da igualdade e da não discriminação. Esses são os pontos de partida do processo de especificação que levou, como foi exposto, ao art. 5º, LXII, da Constituição de 1988. Ao tema alegado pelo impetrante, de que o racismo no Brasil se voltou apenas contra o negro, retornarei mais adiante neste parecer, para mostrar que se trata de uma apreciação incompleta da nossa História. O que importa realçar neste momento é que nem a UNESCO nem a literatura antropológica, tal como falaciosamente argumentado no HC 82424-2, permitem concluir que o crime praticado por Siegfried Ellwanger não é o da prática do racismo e enquanto tal imprescritível de acordo com o Direito brasileiro.

12 - As implicações de reduzir o crime da prática do racismo ao conceito de raça são graves e vão muito além do objeto do HC 82424-2, ora em exame pelo Supremo Tribunal Federal. Exemplifico.

Acompanhei de perto em função das minhas responsabilidades na época, como Ministro das Relações Exteriores, a Conferência da ONU de Durban em 2001 contra o racismo, muito consciente dos princípios constitucionais que regem as relações internacionais que me cabia seguir – no caso o art. 4º, II e VIII (prevalência dos direitos humanos e repúdio ao racismo). Estes foram o ponto de partida das instruções dadas à delegação brasileira. O Embaixador J. A.

Lindgren Alves, que integrou a nossa delegação e é membro do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial da ONU, relata um caso paradigmático do risco acima apontado, ocorrido na Conferência.

Em Durban, a Índia não aceitava que se incluíssem os párias entre as vítimas do racismo, alegando que as castas não decorrem da raça, alegação que a Conferência evidentemente não acolheu. Lindgren Alves, que, além de suas funções diplomáticas, é um *scholar* no campo dos Direitos Humanos, extrai as conseqüências desse tipo de alegação.

Observa ele que “todos de boa-fé sabem que ‘raça’ é sobretudo uma construção social, negativa ou positiva, conforme o objetivo que se lhe queira dar”. Assim, “o problema não está na existência ou não de raças, mas no sentido que se dá ao termo. Se atribuímos caracteres inerentes, naturais e inescapáveis, às diferenças físicas, psíquicas, lingüísticas ou etno-religiosas de qualquer população, estaremos sendo racistas, quase sempre para o mal”. Destarte, a legítima não aceitação da noção de raça, que a Declaração da UNESCO de 1978 afirma, como foi visto, pode arrastar a um absurdo na condenação e repressão da prática do racismo. “Por uma questão de lógica”, aponta Lindgren Alves comentando o que ocorreu em Durban, “a inexistência de raças poderia representar inexistência de racismo, justificando uma inação, que ninguém ousaria, na Conferência, suscitar como posição” (J. A. Lindgren Alves, A Conferência de Durban contra o racismo e a responsabilidade de todos, *Revista Brasileira de Política Internacional*, ano 45, nº 2, 2002, pp. 206 e 208).

O argumento de Lindgren Alves é um argumento, *contrario sensu*, válido para o Direito Penal no qual o argumento *per analogiam* é vedado. Tem um estatuto axiológico que depende de uma avaliação pelo intérprete, conforme um juízo de valor. No caso em questão – o HC 182424-2 –, o valor positivado é a exigência constitucional de reprimir penalmente a prática do racismo (sobre o argumento *contrario sensu*, cf. Tércio

Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1994, pp. 337-339). O argumento *contrario sensu* é, assim, aplicável na exegese do art. 5º, LXII, da Constituição, e do art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei nº 8.081/90. Com efeito, na inexistência de raça – o que o seqüenciamento do genoma humano confirma do ponto de vista biológico –, interpretar a prática do racismo, a partir da raça, conduz, no limite, ao esvaziamento completo do que pretendeu a Constituição de 1988 e a correspondente legislação infraconstitucional. Significa, em poucas palavras, em lugar do que recomenda Peces Barba, na interpretação dos direitos humanos, ou seja, favorecer sempre, em todo caso, da melhor forma possível o conteúdo do Direito, fazer exatamente o inverso, isto é, contribuir para o seu progressivo esvaziamento e, no seu limite, para o próprio desaparecimento do bem tutelado pelo Direito brasileiro. Em outras palavras, a conseqüência, numa situação-limite, é converter o crime da prática do racismo em crime impossível pela inexistência do objeto (sobre o crime impossível, cf. Miguel Reale Jr., *Instituições de Direito Penal - Parte Geral*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 2002, pp. 305-311).

Neste sentido é essa a quarta conclusão deste parecer: discutir o crime da prática do racismo a partir do termo raça nos termos dos argumentos apresentados no HC 82424-2 em favor de Siegfried Ellwanger é uma maneira de reduzir e, no limite, esvaziar completamente o conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, LXII, devidamente disciplinado pela legislação infraconstitucional, convertendo-o em crime impossível. O art. 5º, LXII, não menciona raça e o conteúdo jurídico do crime da prática do racismo reside nas teorias e preconceitos que discriminam grupos e pessoas a eles atribuindo características de uma “raça”. Só existe uma “raça” – a espécie humana – e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus,

como também os negros, os indígenas, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam uma raça, o que não exclui, ressalvo, o direito à diversidade. No entanto, todos são passíveis de sofrer a prática do racismo. É essa prática que o Direito brasileiro condena e reprime e foi por essas bem fundamentadas razões que Siegfried Ellwanger foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e que o Superior Tribunal de Justiça não acolheu o pedido de HC. Aceitar os argumentos do impetrante – que, além de falaciosos, são incompletos, inclusive na perspectiva da UNESCO e de autores que trouxe à colação no seu arrazoado – significa, resalto uma vez mais, reduzir o conteúdo jurídico da Constituição e da lei, o que não é aceitável na interpretação dos direitos e garantias individuais. Significa, também, no limite, por força do argumento *contrario sensu*, que cabe em matéria penal, o risco de esvaziar o bem jurídico tutelado pelo Direito brasileiro. É à confirmação desta quarta e decisiva conclusão, a partir de outros ângulos, que me dedicarei na seqüência deste parecer.

V – Os argumentos apresentados no HC 82424-2 e os ensinamentos de decisões da Suprema Corte dos EUA e da House of Lords da Inglaterra

13 - Numa matéria com a relevância desta que está sendo examinada pelo Supremo Tribunal Federal, sobre a qual versa este parecer, é sempre útil testar a linha de raciocínio que vem sendo desenvolvido, mediante referências a casos decididos por Tribunais Superiores de outros países, que têm relevantes pontos de contato com as questões suscitadas pelo HC 82424-2. Vou, assim, tomar a iniciativa de apresentar um caso decidido pela Suprema Corte dos EUA e a seguir outro, pela Câmara dos Lordes da Inglaterra.

14 - O caso examinado pela Suprema Corte dos EUA e decidido em 18 de maio de 1987, em voto formulado pelo “Justice”

White, respaldado pela unanimidade da Corte, é particularmente interessante. Tratava-se da sinagoga da Congregação Shaare Tefila em Silver Spring, Maryland, que tinha sido grafitada com tinta vermelha e preta e com grandes slogans anti-semitas, frases e símbolos. A Congregação e alguns de seus membros moveram ação contra os responsáveis, invocando a legislação norte-americana de 1982, voltada para o combate à discriminação racial. Os acusados se defenderam, alegando, à maneira do impetrante, que não sendo os judeus um grupo racial distinto, não estavam cobertos pela tutela prevista pela legislação norte-americana de 1982. Os argumentos dos acusados foram acolhidos na primeira e na segunda instância e revertidos na decisão da Suprema Corte de 18 de maio de 1987. O fundamento da decisão foi claro: apesar de os judeus serem, na data da decisão da Corte, parte do que é tido como a raça caucasiana, estavam tutelados pela legislação norte-americana de 1982. Esta visava a proteger da discriminação classes identificáveis de pessoas, submetidas à discriminação intencional, apenas por conta de sua origem ou características típicas. Afirmava a Corte, com base na história legislativa da lei de 1982, que árabes e judeus estavam entre os que, na época, eram tidos como raças distintas. Por isso estavam por ela protegidos. Concluiu assim a decisão: *“Jews are not foreclosed from stating a cause of action against other members of what today is considered to be part of the caucasian race. The judgement of the Court of Appeals is therefore reversed and the case is remanded for other proceedings consistent with this opinion”*.

A ementa do acórdão, *Shaare Tefila Congregation v. Cobb, U.S 615 (1987)* é a seguinte:

“After their synagogue was painted with anti-Semitic slogans, phrases, and symbols, petitioners brought suit in Federal District Court, alleging that the desecration by respondents violated 42 U.S.C. 1982. The District Court dismissed petitioners’ claims, and the Court of Appeals affirmed, holding that discrimination against Jews is not racial discrimination under 1982.

Held

1. *A charge of racial discrimination within the meaning of 1982 cannot be made out by alleging only that the defendants were motivated by racial animus. It is also necessary to allege that animus was directed toward the kind of group that Congress intended to protect when it passed the statute. P. 617.*

2. *Jews can state a 1982 claim of racial discrimination since they are among the peoples considered to be distinct races and hence within the protection of the statute at the time it was passed. They are not foreclosed from stating a cause of action against other members of what today is considered to be part of the Caucasian race. Saint Francis College v. Al-Khazraji, ante p. 604. Pp. 617-618. The judgement of the Court of Appeals is therefore reversed and remanded for further proceedings consistent with this opinion”*. (O texto se encontra em [http:// laws.lp.findlaw.com/getcase./US481/615.html](http://laws.lp.findlaw.com/getcase./US481/615.html)).

Conforme se verifica, com as peculiaridades próprias do direito norte-americano e do seu sistema judiciário, a decisão da Suprema Corte dos EUA procurou dar – e deu – o maior e não o menor conteúdo jurídico ao valor tutelado – a dignidade da pessoa humana e a repressão à prática do racismo, positivada pela legislação voltada para o combate à discriminação racial. Conferiu ao termo “raça” uma interpretação condizente com a intenção do legislador.

15 - O caso decidido pela Câmara dos Lordes, em 1983 – *Mandla and another vs Dowell Lee and another* – dirimia, em última instância, o tema da discriminação na escola de um jovem *sikh* à luz do *Racial Relations Act* de 1976. Entendia o pai do jovem, que moveu a ação contra o responsável da Escola, que a proibição de seu filho usar o tradicional turbante, por motivos religiosos, era discriminatória nos termos da lei inglesa de 1976.

A Câmara dos Lordes decidiu que se tratava de um caso de discriminação e examinou longamente o tema de inclusão ou não dos *sikhs* como um “grupo racial”. No seu voto, equivalente, no sistema inglês, ao voto do relator, Lord Fraser of Tullybelton

relata o argumento da defesa. Esta alegou, de forma semelhante ao impetrante – ainda que no caso com outra e muito mais aceitável motivação, pois o responsável pela Escola almejava, com a proibição do uso do turbante, a minimização das distinções religiosas –, que o significado relevante de “étnico” na Lei de 1976 não era aplicável aos sikhs “because they were essentially a religious group, and they share their racial characteristics with other religious groups, including Hindus and Muslims living in the Punjab”. A esta alegação, Lord Fraser of Tullybelton contestou, nos seguintes termos: “I recognize that ‘ethnic’ conveys a flavour of race but it cannot, in my opinion, have been used in the 1976 Act in a strict racial or biological sense. For one thing it would be absurd to suppose that Parliament can have intended that membership of a particular racial group should depend on scientific proof that a person possessed the relevant distinctive biological characteristics (assuming that such characteristics exist). The practical difficulties of such proof would be prohibitive, and it is clear that Parliament must have used the word in some more popular sense. For another thing, the briefest glance at the evidence in this case is enough to show that, within the human race, there are very few, if any, distinctions which are scientifically recognised as racial”.

Na discussão do assunto, o juiz inglês, depois de várias considerações sobre critérios de inclusão na legislação de 1976, afirma que a palavra “étnico” “should be construed relatively widely, in what was referred to by counsel for the appellants as a broad, cultural/historic sense”.

Para os propósitos deste parecer, não é o caso de indicar todos os elementos que fundamentaram a decisão de Lord Fraser of Tullybelton, endossado pelos demais integrantes da turma do Tribunal que decidiu o feito. O que importa realçar é esta sua conclusão: “Sikhs are a group defined by a reference to ethnic origins for the purpose of the 1976 Act, although they are not distinguishable from the other peoples living in the Punjab”. Por esse motivo, como ele a seguir explicita com ou-

tras considerações, a proibição do uso do turbante pelo jovem na Escola era discriminatória nos termos do Race Relations Act (o texto é encontrado em http://www.hrcr.org/safrica/equality/Mandla_DowellLee.htm).

Como se vê, a Câmara dos Lordes, ao tratar do problema da discriminação racial, atribuiu ao termo raça sua dimensão histórico-cultural, da qual provêm as práticas discriminatórias, dela explicitamente excluindo sua dimensão biológico-científica. Neste sentido, a decisão respalda os argumentos deste parecer, de que não é na raça – pois só existe uma raça humana –, mas nas práticas discriminatórias do racismo, que são histórico-político-culturais, que reside o caminho para a correta interpretação e aplicação do art. 5º, LXII, da Constituição de 1988 e a sua correspondente legislação infraconstitucional.

Em síntese, e esta é a quinta conclusão deste parecer, os dois casos decididos, respectivamente, pela Suprema Corte dos EUA e pela House of Lords da Inglaterra, em matéria de prática de racismo, em função da interpretação dada a “raça”, corroem as alegações do HC 82424-2 impetrado em favor de Siegfried Ellwanger. Não permitem dar curso ao argumento da prescritibilidade de seu crime. São, assim, indicações jurisprudenciais do Direito Comparado que atestam, com base no direito norte-americano e no direito inglês, a lógica da razoabilidade da quarta conclusão deste parecer.

VI – Da raça ao racismo

16 – Qual é a origem da palavra raça, dos conceitos de raça, que acabaram levando à prática do racismo que o Direito brasileiro condena e repudia? No verbete raça, José Pedro Machado, no seu *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, 2º volume (Lisboa, Editorial Confluência, 1959), diz que a palavra provém do italiano *razza*, de origem obscura, pois as diversas hipóteses apresentadas não parecem convincentes, segundo Antenor Nascentes (cf. Antenor Nascentes,

verbeta raça no seu *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, 1955). O caráter obscuro da origem de *race*, em inglês, *raça*, em português, *raza*, em espanhol, *razza*, em italiano, é também afirmado por Walter W. Skeet no verbete correspondente do seu *An Etymological Dictionary of the English Language* (Oxford, At the Clarendon Press, 1978). J. Corominas, no seu reputado *Diccionario Critico Etimologico de la Lengua Castellana*, no verbete correspondente, que está no vol. III (Madrid, Gredos, 1954), considera provável que a origem da palavra provinha do latim, *ratio, rationis*, na acepção de índole, modalidade, espécie. Registra que, quando se incorporou no castelhano o estrangeirismo da raça no sentido biológico, a palavra se contaminou de um sentido pejorativo, tanto mais que sua aplicação a mouros e judeus a isso se prestava.

Na edição de 1823 do famoso *Dicionário da Língua Portuguesa*, de Antonio de Moraes e Silva, define-se raça como casta: cão, cavalo de boa ou de má raça, e registra-se que ter raça é ter sangue de mouro ou judeu. No verbete raça, da edição portuguesa da *Enciclopédia Einaudi*, de autoria de Clara Queiroz, esta, comentando o Dicionário de Moraes, nota que não há menção às populações do império colonial português na definição do étimo raça. Explica essa ausência porque o Dicionário recompila os étimos impressos até 1823 e pondera que a referência apenas a mouros e judeus se explicaria porque eram em Portugal o *outro - próximo*, que estavam na origem de conflitos de várias ordens, inclusive os psicológicos. Já as populações colonizadas não foram referidas porque seriam, na época, o *outro - coisificado*, objeto natural de exploração (cf. *Enciclopédia Einaudi*, vol. 19 - *Organismo - Hereditariiedade*, Lisboa, Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1991, pp. 384, 350-351).

A dimensão conflitiva, de natureza psicológica, apontada por Clara Queiroz em relação ao *outro próximo* se reflete no seguinte provérbio português: “Judeu e porco, algarvio e mouro, são quatro nações e oito cana-

lhas” (cf. Antônio Moreira, *Provérbios Portugueses*, Lisboa, Editorial Notícias, 1966, p. 136).

Antonio Geraldo da Cunha, no verbete raça do seu *Dicionário Etimológico - Nova Fronteira da Língua Portuguesa*, 2ª ed. (Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986), abona a origem italiana – *razza*, de raça em português, à maneira de José Pedro Machado, e, na linha de Corominas, faz a derivação do latim – *ratio, rationis*.

Conforme se verifica, há componentes aqui obscuros na origem da palavra, como obscuras têm sido as conseqüências de seu uso. Além do mais, tanto em português quanto em espanhol, o vocábulo raça comporta, por razões históricas (a reconquista da península Ibérica, a Inquisição), uma dimensão pejorativo-discriminatória em relação a mouros e judeus que aponta para o tema da prática do racismo. Em todo caso, se a palavra raça deriva do latim *ratio, rationis*, qual é a *ratio* de classificação da espécie humana em raças?

17 - A classificação dos seres humanos em raças tem sua inspiração em Lineu, que no século XVIII estabeleceu um sistema de classificação de plantas e de animais. Assim “*canis familiaris*” (cão) e “*canis lupus*” (lobo) são duas espécies do gênero “*canis*”. Para Lineu, o estudo dos seres vivos consistia na taxonomia e a espécie humana – o *homo sapiens* – dividia-se em seis raças, de acordo com um critério preponderantemente geográfico: européia, ameríndia, asiática, africana, selvagem e monstruosa (esta constituída por indivíduos com malformações físicas).

No século XIX, com Darwin, a concepção fixa das espécies de Lineu é posta em questão. O tempo, com o evolucionismo, revoluciona o sistema classificatório, pois passou-se a admitir que as espécies não eram permanentes. Podiam mudar com o andar do tempo.

O interesse na taxonomia e o evolucionismo renovaram, no século XIX, a preocupação classificatória dos seres humanos em

raças e, à maneira da ciência da antigüidade – por exemplo o sistema de Ptolomeo –, a diferença específica entre as raças acabou sendo formulada a partir do que se via, como esclarece Eliane Azevedo. Os múltiplos critérios de classificação estavam ligados à aparência física (cor da pele, textura dos cabelos, forma da cabeça, etc.), cabendo mencionar que, sem dúvida, como indica Clara Queiroz, a distinção inicial coincidia com as cores da pele, predominantes nos grandes continentes terrestres. Isto, como hoje se sabe, deve-se fundamentalmente à distribuição e concentração diferencial do pigmento melanina, que não tem maior significado no plano biológico, ou seja, no da estrutura genética (cf. Eliane Azevedo, *Raça - Conceito e Preconceito*, 2ª ed., São Paulo, Ática, 1990, pp. 16-22; Clara Queiroz, verbete Raça, na edição portuguesa da *Enciclopédia Einaudi*, cit., pp. 335-337, 342-344).

A multiplicidade, a variedade e a não coincidência dos critérios fizeram do conceito de raça um conceito impreciso – tendencialmente obscuro como aponta a etimologia da palavra. Isso não impediu que a sociologia do darwinismo social servisse de caldo de cultura para teorias racistas, que justificavam a desigualdade com base nas diferenças entre as raças, numa dinâmica contrária ao processo de generalização dos direitos humanos, já examinado neste parecer.

Entre os grandes teóricos racistas, destacam-se Arthur de Gobineau (1816-1882), que fez a distinção entre a raça semita e a ariana, atribuindo a esta última uma superioridade física, moral e cultural. Gobineau esteve no Brasil como representante diplomático francês e comentou, na linha de sua visão racista: “Trata-se de uma população totalmente mulata, viciada no sangue e no espírito e assustadoramente feia”, e complementa: “Nenhum brasileiro é de sangue puro; as combinações dos casamentos entre brancos, indígenas e negros multiplicaram-se a tal ponto que os matizes de carnção são inúmeros, e tudo isso produziu, nas classes baixas e nas altas, uma degenerescência

do mais triste aspecto” (cf. Georges Raeders, *O Conde Gobineau no Brasil*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977, p. 39).

Tocqueville, que conhecia bem Gobineau, pois este foi seu chefe-de-gabinete quando de sua passagem como Ministro dos Negócios Estrangeiros da França, a ele escreveu o seguinte, a propósito de suas teorias racistas: “elas são provavelmente erradas e certamente perniciosas”. Essa passagem de Tocqueville, escrita em 1853, numa época em que o pensamento racista ainda não tinha adquirido maior peso na história das idéias, é citada por Hannah Arendt ao examinar o Imperialismo, no capítulo em que trata do pensamento racial antes da prática do racismo, no admirável *Origens do Totalitarismo*. Certamente a passagem confirma a indiscutível capacidade de antevisão de Tocqueville, como adiante se realçará neste parecer, pois como diz Hannah Arendt: “Historicamente falando, os racistas, embora assumissem posições aparentemente ultranacionalistas, foram os piores patriotas que os representantes de todas as outras ideologias internacionais; foram os únicos que negaram o princípio sobre o qual se constroem as organizações nacionais de povos – o princípio da igualdade e solidariedade de todos os povos, garantidos pela idéia de humanidade” (cf. Hannah Arendt, *As Origens do Totalitarismo - Anti-Semitismo - Imperialismo - Totalitarismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 1989, pp. 188-189; 191).

As idéias de Gobineau foram retomadas por Houston Chamberlain (1855-1927), ardoroso defensor da superioridade germânica e do pensamento racista (cf. Eliane Azevedo, *Raça, Conceito e Preconceito*, cit. p. 25; Maria Luiza Tucci Carneiro, *O Racismo na História do Brasil*, 8ª ed., São Paulo, Ática, 2002, p. 22).

A prática do racismo baseia-se, assim, no pressuposto da existência de raças humanas e no conseqüente estabelecimento de sua hierarquização. Por esse motivo, o argumento teórico privilegiado das teorias

racistas e de suas conseqüências sociais reside, como realça Clara Queiroz, no que entendiam ser a incontestabilidade das ciências biológicas (Clara Queiroz, verbete Raça, na edição portuguesa da *Enciclopédia Einaudi*, cit. p. 349).

As teorias racistas fizeram parte do processo de autolegitimação da expansão colonial européia e da ausência de freios e limites ao imperialismo. Um dos frutos disso foi o racismo institucionalizado do “apartheid” na África do Sul, em proveito da minoria branca, que foi um dos grandes temas da agenda internacional dos direitos humanos da ONU.

Outra terrível conseqüência foi o racismo biológico institucionalizado da Alemanha nazista, que afirmava não só a superioridade da raça germânico-ariana, mas o imperativo da luta contra as raças inferiores, entre as quais inseriam não só os judeus como também os ciganos e os eslavos. Essa luta, para recorrer a Carl Schmitt, que disso entendia, não tinha apenas a dimensão dos *privata odia*, voltada contra *inimicos*, mas era sobretudo uma guerra pública dirigida contra as raças inferiores, identificadas como *hostes* (cf. Carl Schmitt, *La notion de politique - theorie de partisan*, Paris, Calmann-Lévy, 1972, p. 69 e 200). Daí o alcance avassalador dos *ódios públicos* do racismo nazista, que levou aos campos de concentração, ao Holocausto e ao ineditismo, na História da Humanidade, do crime de genocídio, que estão na base da grande reflexão de Hannah Arendt sobre o totalitarismo no século XX e do grande tema do “direito a ter direitos” como ponto de partida da reconstrução dos direitos humanos (cf. Hannah Arendt, *As Origens do Totalitarismo*, cit.; Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos - um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, cit.). Foram esses fatos que levaram, no pós-Segunda Guerra Mundial, à inclusão ampla da agenda dos direitos humanos no plano internacional, como adiante se examinará neste parecer.

18 - O avanço do conhecimento se incumbiu de mostrar que não há fundamento

biológico em qualquer subdivisão racial da espécie humana e que os critérios das diferenças visíveis, a começar pela cor da pele, são apenas juízos de aparência. As diferenças genéticas individuais entre duas pessoas brancas são maiores que a diferença genética média entre brancos e negros e não custa lembrar que a integridade genética da espécie humana, como unidade, é comprovada na reprodução entre pessoas de “raças” diferentes, gerando descendentes normais e férteis. Aliás, a mescla da qual resulta a identidade do Brasil, como aponta Eliane Azevedo, é disso uma comprovação (cf. Eliane Azevedo, *Raça - Conceito e Preconceito*, cit. pp. 15-16, 40).

A capacidade de desvendar o genoma humano – que é uma revolução copernicana da biologia – permite dizer que conhecer uma espécie reduz-se a conhecer o seu genoma completo (cf. Monica Teixeira, *O Projeto Genoma Humano*, 2ª ed., São Paulo, Publifolha, 2001, p.67) e o seqüenciamento do genoma humano indica que as diferenças existentes no código genético de cada ser humano – que estão na escala dos milhões – não têm maior relação com a sua procedência geográfica ou étnica. No estudo da variabilidade genética humana, verifica-se que de 90 a 95% dela ocorre dentro dos chamados “grupos raciais”, não entre eles (Sérgio Danilo Pena, Os múltiplos significados da palavra raça, *Folha de S. Paulo*, 21/12/2002, p. 3). Em síntese, como diz Sérgio Danilo Pena: “há apenas uma raça do *homo sapiens*: a raça humana” (cf. Sérgio Danilo Pena, Lição de vida do genoma humano, *Folha de S. Paulo*, 23/1/2001, p. 3). Assim está correto, no plano da biologia, o que diz o art. 1 - 1 da Declaração da UNESCO e evidentemente todos os textos das inúmeras Declarações de Direitos que partem do princípio da igualdade dos seres humanos e afirmam o princípio da não-discriminação. Da mesma maneira confirma-se, no plano do conhecimento, a verdade revelada no Velho Testamento sobre a unidade do gênero humano, ponto de partida inicial

deste parecer sobre o processo de afirmação do valor da dignidade da pessoa humana.

Se o racismo não pode ser justificado por fundamentos biológicos, ele, no entanto, persiste como fenômeno social. É esse fenômeno social, e não a “raça”, o destinatário jurídico da repressão prevista pelo art. 5º, LXII, da Constituição de 1988, e sua correspondente legislação infraconstitucional. Esta é a sexta conclusão deste parecer, voltada para reiterar, como foi dito na quarta conclusão, que o conteúdo jurídico do crime da prática do racismo tem o seu núcleo nas teorias e ideologias e na sua divulgação, que discriminam grupos e pessoas, a elas atribuindo as características de uma “raça” inferior. É precisamente porque a prática do racismo começa pelo que está na cabeça das pessoas que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o Superior Tribunal de Justiça sancionaram, com base no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90, a conduta de Siegfried Ellwanger como crime imprescritível. É praticar, induzir e incitar o racismo a publicação de qualquer natureza que promova a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnias ou procedência nacional. Cabe destacar que a evolução legislativa em nosso país confirma esse entendimento. É isso que destacou o Ministério Público, no parecer já discutido do subprocurador Cláudio Lemos Fonteles, quando este mencionou que a Lei 9.458/97, através do novo § 2º do art. 20 acima citado, fez do *meio* – os meios de comunicação social de qualquer natureza, utilizados para promover a discriminação e o preconceito – uma *forma qualificada*, com pena autônoma, do crime da prática do racismo. A essa observação do Ministério Público, e para precisar que a divulgação do nazismo é prática do racismo também com pena autônoma, acrescento o que determina o novo parágrafo 1º do art. 20, com a redação dada pela Lei nº 9.459/97:

“Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos,

distintivos ou propaganda que utilizam a cruz suástica ou gamada, para fins e divulgação do nazismo.

Pena: Reclusão de dois a cinco anos e multa.”

VII – A prática do racismo e o seu impacto no Direito Internacional da Pessoa Humana – a contribuição do Direito Internacional Público para a exegese do art. 5º, XLII, da Constituição de 1988

19 - Norberto Bobbio, num, como sempre, límpido texto sobre o racismo, observa que ele não se dirige tanto para a pessoa singular, diante da qual se pode ter múltiplos sentimentos negativos, quanto para um grupo, ou para um indivíduo pertencente a um grupo. Registra que a mais persistente forma de racismo conhecida pelos povos europeus é o anti-semitismo.

Esclarece, também, Bobbio que os postulados do racismo como visão do mundo, que independe da fundamentação científica, como foi visto, são três: (i) a humanidade está dividida em raças, cuja diversidade é dada por características biológicas e psicológicas. Estas têm elementos culturais que derivam, porém, das características biológicas, cuja natureza é invariável e se transmite hereditariamente; (ii) não só existem raças diversas, mas existem raças superiores e inferiores; e (iii) não só existem raças, e estas se dividem entre superiores e inferiores, como também as superiores têm o direito de dominar as inferiores (cf. Norberto Bobbio, *Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais*, São Paulo, UNESP, 2002, p. 123, 127, 128).

Uma visão racista do mundo leva a condutas que têm distintas escalas de agressividade. São todas caracterizadas pela discriminação, ou seja, pelo não reconhecimento aos “outros” dos mesmos direitos e garantias. Os princípios gerais da igualdade e da não discriminação, que têm destinatá-

rios genéricos, e o processo de especificação, que cuida do ser humano em situação, que em conjunto tutelam os direitos humanos, no Brasil e no mundo, são assim diretamente afetados.

À discriminação pode somar-se uma intensidade superior de violência à dignidade da pessoa humana, que é a segregação. Esta consiste, como diz Bobbio, “em impedir a mistura dos diversos entre os iguais”. Pode expressar-se através de obstáculos jurídicos à miscigenação e pela colocação da “raça inferior” pela “raça superior” num espaço separado. O *apartheid*, na África do Sul, enquanto perdurou, foi um paradigma da segregação institucionalizada e do que há de mais nefasto na herança racista do colonialismo europeu.

O último grau na escala da violência do tratamento racista é a agressão física. Esta começa de modo esporádico, contra alguns indivíduos – é o que fazem os *skinheads* – e chega ao extermínio premeditado e de massa. O extermínio premeditado de massa tem nas câmaras de gás dos campos de concentração da Alemanha nazista a sua terrível exemplificação, pois foi o meio técnico por excelência do Holocausto como crime de genocídio. O paradigma deste último grau na escala da violência é o “Estado racial” no qual se transformou a Alemanha nazista de Hitler. A Alemanha de Hitler, realça Bobbio, foi “um Estado racial no mais pleno sentido da palavra, pois a pureza da raça devia ser perseguida não só eliminando indivíduos de outras raças, mas também indivíduos inferiores física ou psiquicamente da própria raça, como os doentes terminais, os prejudicados psíquicos, os velhos não mais auto-suficientes” (Norberto Bobbio, *Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais*, cit. pp. 128-129, pp.125-126).

20 - A Carta da ONU foi um direito novo, que resultou da Segunda Guerra Mundial. Na sua elaboração normativa, teve peso o ineditismo da experiência totalitária da Alemanha nazista, que patrocinou, inspirada pela sua ideologia racista, os campos de con-

centração e o Holocausto. Representou uma resposta política e jurídica ao que foi percebido como uma escala sem precedentes do mal.

O mal, como ensina Bobbio, tem duas dimensões analíticas, relevantes para a matéria deste parecer. O mal ativo, associado à vontade de poder, à prepotência e ao ilimitado exercício da violência por parte dos governantes, e o mal passivo, que se refere à perspectiva das vítimas, que sofrem uma pena sem culpa. O mal ativo é o mal infligido. O mal passivo é o mal sofrido. Na Bíblia, lembra Bobbio, Caim e Jó são duas figuras paradigmáticas desses dois rostos do mal (Norberto Bobbio, *Elogio da Serenidade e Outros Ensaios Morais*, cit., p. 182).

A Carta da ONU levou em conta nos seus dispositivos o que foi, na guerra e no pré-guerra, tanto o mal ativo da discricionariedade das soberanias quanto o sofrido mal passivo das vítimas. Neste contexto os direitos humanos surgem para tornar presente, na agenda internacional, não apenas a perspectiva *ex parte principis* a ser regida por normas delimitadoras de arbítrios, mas também a perspectiva *ex parte populi*, voltada para evitar as penas sem culpa.

A Carta da ONU refere-se aos Direitos Humanos no seu preâmbulo, nos arts. 1 - 3; 13, 1 b; 55 c; 56; 62 - 2; 64; 68; 73; 76 c. Esta multiplicidade de referências contrasta com o bem mais modesto art. 23 do Pacto da Liga das Nações e com as delimitadas atividades da antecessora da ONU nesse campo. Com efeito, o Direito Internacional da Pessoa Humana, pré-Carta da ONU, viu-se circunscrito ao que estava na agenda das relações internacionais, que era uma agenda distinta daquela vivida no plano interno. Daí, por exemplo: o início da elaboração, no século XIX, do Direito Humanitário – que se ocupa das vítimas de conflitos armados e da regulamentação dos meios e métodos de combate; ou então, no período da Liga, o tratamento de minorias e refugiados. Esse foi um grave problema que surgiu como consequência do desmembramento, no pós-Pri-

meira Guerra Mundial, dos grandes impérios multinacionais – o austro-húngaro, o russo, o otomano – e da imprevisível dissociação entre os direitos do homem e os direitos dos povos. Ainda cabe mencionar o tema do criminoso tráfico transnacional de mulheres e crianças. O novo, instigado pela Carta da ONU, foi fazer dos direitos humanos no plano internacional não um tema circunscrito, mas um tema global.

A conversão dos direitos humanos num tema global e não circunscrito resultou, como diria Miguel Reale, de uma política do Direito e esta foi axiologicamente sensível ao horror *erga omnes* do mal da descartabilidade do ser humano, produto do ineditismo da violência do racismo nazista (cf. Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos - um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, cit., *Desafios: Ética e Política*, São Paulo, Siciliano, 1995, pp. 201-243; *Comércio, Desarmamento e Direitos Humanos - reflexões sobre uma experiência diplomática*, São Paulo, Paz e Terra, 1999, pp. 141-200; Reflexões sobre o historicismo axiológico de Miguel Reale e os direitos humanos no plano internacional, in *O Pensamento de Miguel Reale, Actas do IV Colóquio Tobias Barreto*, Viana do Castelo, Câmara Municipal, 1988, pp. 167-174; Miguel Reale, *Teoria do Direito e do Estado*; 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1984, pp. 379-382).

A abrangente positivação dos direitos humanos como um tema global da vida internacional, fruto dessa política do Direito, tem como marco inicial a Declaração Universal de 1948, já mencionada neste parecer. Ela se desdobrou nos dois grandes pactos de 1966: o dos Direitos Civis e Políticos e o dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Os dois grandes Pactos se inserem no processo histórico de positivação internacional dos direitos humanos na etapa do processo de generalização. Essa etapa se viu acompanhada e desdobrada pelo processo de especificação, que vou a seguir examinar, no que diz respeito à prática do racismo.

21 - O Brasil participou, no plano internacional, do processo de especificação, voltado para afirmar o princípio da igualdade e da não discriminação, dos seres humanos em situação afetada pela prática do racismo. Evoco, a título de ilustração, pela clareza do enunciado e também pela satisfação de trazer à colação uma tradição familiar na matéria, o discurso do Chanceler Horácio Lafer na abertura dos trabalhos da Assembléia Geral da ONU em 22 de setembro de 1960:

“O Governo brasileiro subscreveu este ano, juntamente com vários outros países, o pedido de inclusão na Agenda desta Sessão da Assembléia Geral de item referente à discriminação racial. Tem o Brasil sempre apoiado todas as recomendações que tramitaram nas Nações Unidas contra as políticas de segregação, baseadas em distinções de raça, cor ou religião, que repugnam a consciência do povo brasileiro e são claramente condenadas pela Carta da Organização. O Brasil submeteu um projeto de resolução ao Conselho da Organização dos Estados Americanos para expressar o repúdio a toda e qualquer forma de distinção e segregação racial, projeto que contou com a votação unânime dos países americanos. Neste sentido, quero lembrar que o Brasil assinou e ratificou a convenção internacional contra o genocídio aprovada em 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas. A perseguição racial é contrária ao espírito e aos fins das Nações Unidas e o Brasil, com o mundo civilizado, a condena de forma mais veemente” (O discurso está reproduzido in *A Palavra do Brasil nas Nações Unidas - 1946-1995*, org. e apresentação de Luiz Felipe de Seixas Corrêa, Brasília, FUNAG, 1995, e o texto citado está na p. 134).

A referência do Ministro Horácio Lafer à Convenção Internacional sobre Prevenção e Punição do crime de Genocídio é muito pertinente para a matéria deste parecer em função dos fatos históricos que levaram à tipificação deste crime, como um crime internacional, seja em tempo de paz, seja em

tempo de guerra. Com efeito, a elaboração normativa do Direito Internacional sobre o crime de genocídio teve a sua base no mal ativo e passivo que levou ao Holocausto patrocinado pelo Estado racial em que se converteu a Alemanha nazista de Hitler, voltada para destruir, para valer-me da formulação do *caput* do art. II da Convenção, “no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”.

É importante realçar, como faz Fabio Konder Comparato, que a Convenção de 1948 traz uma novidade importante sob o aspecto penal. É a punição dos atos de “incitação direta e pública a cometer o genocídio” (art. III, c). Lembra Comparato que estavam na mente dos elaboradores da Convenção os livros e panfletos nazistas e registra que a idéia foi ulteriormente acolhida e desenvolvida no art. 4 da Convenção Internacional de 1965, para a eliminação de todas as formas de discriminação racial (cf. Fabio Konder Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 3ª ed., São Paulo Saraiva, 2003, p. 243).

Ao art. 4 da Convenção de 1965 voltarei mais adiante, mas neste momento quero realçar que tanto este artigo quanto o Direito brasileiro, nos termos do art. 20 (Lei 8.081/90), na esteira aberta pelo art. III, c, da Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, integram na estrutura do delito da prática do racismo (art. 5º, XLII, da Constituição de 1988) a sua propaganda e incitação, pois estas, no limite, podem levar ao genocídio. Esse foi o caso do racismo ideológico nazista. (A Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, em nosso País, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 2, de 11 de abril de 1951, e promulgada pelo Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952. A Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, define e pune o crime de genocídio. Tratei do genocídio como crime contra a humanidade em *A Reconstrução dos Direitos Humanos - um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, cit. cap. VI, pp. 167-186).

22 - A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965, elaborada no âmbito da ONU, consolida na *hard-law* de um tratado multilateral, como é da natureza do processo legislativo internacional, a *soft-law*, *inter-alia*, da Declaração sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, proclamada pela Assembléia Geral na Resolução 1.904 de 20 de novembro de 1963.

A Convenção, que resultou basicamente do trabalho da Assembléia Geral, foi instigada pela memória das atrocidades das práticas raciais do nazismo, nos anos 30 e 40, particularmente as anti-semitas, e pelo desenvolvimento da segregação racial institucionalizada – o *apartheid* – na África do Sul (cf. Introdução de Boutros Boutros-Ghali, então Secretário-Geral da ONU à publicação *The United Nations and Human Rights - 1945-1995*, N. York, The United Nations Blue Books Series, vol. VII, 1995, p. 33; José Augusto Lindgren Alves, *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*, São Paulo, FTD, 1997, pp. 88-89). O seu objetivo foi o da definição de normas contrárias à discriminação racial e ao fenômeno do racismo em todas as suas dimensões.

O Brasil assinou a Convenção em 7 de março de 1966 e a ratificou, sem reservas, em 27 de março de 1968. O Decreto de promulgação é o de nº 65.810 de 8/XII/69. A Convenção entrou em vigor no âmbito internacional a 4 de janeiro de 1969, tendo sua vigência em relação ao nosso país se iniciada trinta dias depois.

O Brasil participou dos *travaux préparatoires* da Convenção, como de resto tinha anteriormente participado das atividades de elaboração normativa do direito internacional da pessoa humana (cf. Antonio Augusto Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*, cit., pp. 23-38).

Nas discussões, a delegação brasileira co-patrocinou com os EUA uma emenda (A/C. 3, L1211) com o objetivo de incluir no texto da Convenção uma referência específica ao anti-semitismo. A emenda não prospere-

rou e a única referência específica, afinal contemplada pela Convenção, é a da condenação do *apartheid* (art. 3). Isso se compreende, pois na época, e muito pertinentemente, a condenação do regime então racista da África do Sul estava, e com grande relevo, na ordem do dia da agenda internacional do combate ao racismo. É interessante, no entanto, para os propósitos deste parecer, reproduzir o que disse a delegação do Brasil, que inequivocamente afirmou, na defesa da emenda apresentada, o anti-semitismo como uma forma de discriminação racial.

“Mr. DAYRELL DE LIMA (Brazil), referring to observations which had been made concerning Brazil’s co-sponsorship of the amendment in document A/C.3/L.1211, observed that his delegation had had no chance either to explain its reasons for co-sponsoring the amendment, discussion of which had been precluded even before the amendment had been introduced or to express its views before the vote of the Greek-Hungarian draft resolution.

39. He did not agree with those who had said that the draft amendment was inopportune. Everyone agreed that anti-Semitism was one of the most brutal forms of race prejudice ever known in the developed countries and had been the source of nazism, which directly or indirectly, had caused the deaths of millions of human beings. Moreover, that phenomenon did not disappear with economic and social advancement as recent history had showed. The United Nations itself had been established as a result of the holocaust that had been caused by anti-Semitism and nazism. How could the Committee fail to mention that fact? His delegation had had no ulterior political motive in sponsoring the amendment, was not acting under the pressure of any racial minority or outside force and did not wish to intervene in any political drama being played out anywhere on earth. But Brazil realized that anti-Semitism carried the seeds of war. By what sophistry could the Committee justify a failure to recognize that fact? Moreover, all members of the Committee, even those who had opposed the amendment, were opposed to anti-Semitism.

40. Many representatives had objected to reference in the Convention to any specific forms of racial discrimination: but the draft already included a reference to apartheid.” (cf. A/C.3/SR 1313, Report of the Third Committee, de 21/10/1965, ONU, Official Records of the General Assembly (XX Session, 1965, 1313th. Meeting p. 125).

A razão de fundo apresentada na discussão da Convenção para a não aceitação da emenda foi a de que a enumeração de formas específicas de discriminação racial nunca conseguiria ser exaustiva. Daí a importância de enunciados jurídicos de precisão geral. É este, assim, o art. 1 - 1 da Convenção:

“Nesta Convenção, a expressão ‘discriminação racial’ significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública.” (O texto está reproduzido in José Augusto Lindgren Alves, A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos, cit., p. 99).

Noto que o art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90, refere-se a “discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional”, que o art. 1º da Convenção, vigente e aplicável no Brasil, qualifica em bloco de “discriminação racial”. Esse é um elemento adicional na interpretação do Direito brasileiro, a invalidar os argumentos do impetrante.

O art. 4 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial, e que partiu da *vis directiva* do art. III, c, da Convenção de 1948 para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, inclui, como já foi mencionado, na estrutura do crime da prática do racismo, o incitamento à discriminação. Reza o art. 4:

“Os Estados-partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se ins-

pirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no artigo 5º da presente Convenção, eles se comprometem principalmente:

a - a declarar delitos puníveis por Lei qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento;

b - a declarar ilegais e proibir as organizações, assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitar à discriminação racial, e que a encorajar, e a declarar delito punível por Lei a participação nestas organizações ou nestas atividades;

c - a não permitir às autoridades públicas nem às instituições públicas, nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial.” (O texto está reproduzido in José Augusto Lindgren Alves, *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*, cit., p. 100).

Este artigo, como lembra Lindgren Alves, foi objeto de discordância como tinha sido o art. 20 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966, que no seu item 2 diz: “Será proibida por Lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência” (O Pacto foi ratificado pelo Brasil pelo Di-

reito Legislativo nº 226 de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto nº 592 de 6 de dezembro de 1992). Argüiram os opositores do art. 4º que ele limitaria a liberdade de expressão. O entendimento que prevaleceu foi o de que essa limitação era amplamente justificada pela experiência histórica já discutida neste parecer. Estava juridicamente respaldado, como aponta Lindgren Alves, no espírito e na letra do art. 29 da Declaração Universal, “que condiciona os direitos e liberdades fundamentais de cada um aos deveres para com a comunidade, assim como aos direitos e liberdades dos outros” (José Augusto Lindgren Alves, *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*, cit., p. 91).

Essa mesma linha de raciocínio, sobre a existência de limites à liberdade de expressão, foi a seguida pelo STF na vigência da Constituição de 1946, no recurso extraordinário nº 25848/MG, do qual foi relator o Ministro Ribeiro da Costa. No acórdão de 2/XII/1954, por unanimidade, o STF, a propósito da liberdade de imprensa, afirmou que esta comportava limites lícitos, justificando-se “a interdição de órgão de publicidade quando se demonstra o incitamento à subversão da ordem pública e social ou a *propaganda* de guerra ou de *preconceitos de raça* ou de classe” (grifos meus).

Entendo que esse acórdão de 1954 é perfeitamente compatível com a Constituição de 1988. Com efeito, o art. 5º, II, ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, estipula que a extensão da liberdade está na dependência da lei, vale dizer, como aponta José Afonso da Silva, que “a liberdade não é incompatível com um sistema coativo”. O mesmo jurista, na análise da expressão “em virtude da lei”, confere ao conceito de lei tanto a sua dimensão de legalidade quanto a de legitimidade e, na discussão do *standard* da legitimidade, invoca o art. 3º, que trata dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. José Afonso da Silva menciona, explicita-

mente, os incisos I e III do art. 3º, aos quais agregado, para os propósitos da matéria versada neste parecer, o inciso IV: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit. pp. 235, 420-424). É precisamente o caráter relacional da liberdade que tem um limite no dano que pode produzir à liberdade de outro (cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Estudos de Filosofia do Direito*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 104), quando esta está tutelada pelos objetivos maiores do País, preconizados pelo art. 3º, que me leva a apontar o acerto do comentário de Alexandre de Moraes. Este, ao discutir o acórdão relatado pelo Ministro Ribeiro da Costa no contexto da análise do combate ao racismo, apontou que as liberdades públicas não podem ser utilizadas para acobertar finalidades ilícitas, como a veiculação de propagandas preconceituosas a determinadas raças, etnias, religiões ou procedências nacionais (cf. *Direitos Humanos Fundamentais*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, pp. 227-228). Aponto que, no caso sobre o que versa este parecer, não se trata de censura prévia, mas da responsabilidade penal de quem, como Siegfried Ellwanger, exerceu a sua liberdade com finalidades ilícitas.

Lembro que, no plano regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos – o Pacto de São José, à semelhança do art. 20 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e pelos mesmos motivos, estabelece no seu art. 13 - 5 que “a lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”. Lembro, igualmente, que por essa Convenção os Estados-partes comprometem-se a garantir os direitos e liberdades nela reconhecidos “sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, po-

sição econômica, nascimento de qualquer outra condição social” (art. 1º). Esta Convenção, à qual o Brasil aderiu, estabelece um aparato de monitoramento de seus dispositivos, integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana, às quais o Brasil também está vinculado (cf. Decreto nº 678, de 6/11/92; Decreto Legislativo nº 89, dezembro 1998; Decreto nº 4463 de 11/11/2002. Para um preciso relato do aparato de monitoramento do Pacto de São José, cf. Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit. pp. 333-249).

O artigo 4 da Convenção, sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial, acima reproduzido, insere como delito punível e, portanto, no âmbito do Direito Penal Internacional, a difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódios raciais e no seu *caput* estabelece o compromisso dos Estados-partes de promulgar legislação interna com esse objetivo. (Sobre a inclusão da discriminação racial no Direito Penal Internacional, cf. Stefan Glaser, *Droit International Pénal Conventionnel*, Bruxelas, 1970, pp. 130-132 e Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Penal e Direito Internacional*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978, pp. 157-162). O rigor da tutela penal previsto pelo art. 5º, LXII, da Constituição de 1988 e da sua correspondente legislação infraconstitucional, nela incluída a imprescritibilidade do crime da prática do racismo, exprime, assim, o cumprimento de uma obrigação internacional do Brasil e a já referida identidade de objetivos do direito internacional e do direito público interno quanto à proteção da pessoa humana, apontada por Antonio Augusto Cançado Trindade (cf. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, cit. p. 635).

A importância que o Brasil atribui a essa Convenção – que reitera a identidade de objetivos entre o direito internacional e o direito público interno – viu-se reforçada pelo reconhecimento de Competência do Comitê para a Eliminação da Discriminação Raci-

al, para receber e analisar denúncias de violação dos direitos humanos. Tal reconhecimento, previsto no art. 14 da Convenção, integra o sistema de monitoramento internacional de seus dispositivos, criado na Parte II. O Decreto Legislativo nº 57, de 26 de abril de 2002, aprovou o ingresso do Brasil nesse sistema, que se completou com a Declaração do governo brasileiro, feita pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso e por mim referendada como Ministro das Relações Exteriores, em 13 de maio de 2002. Em ato normativo interno posterior, atribuiu-se ao Comitê Nacional de Combate à Discriminação (criado pelo Decreto nº 3.952 de 4/8/2001) competência para atuar como instância focal, no Brasil, para receber denúncias com base na faculdade prevista no art. 14 da Convenção.

O anti-semitismo como racismo continua na ordem do dia na visão internacional da agenda voltada para afirmar a Igualdade, Dignidade e Tolerância e nesse processo combater o racismo, a discriminação racial, a xenofobia e outras formas de intolerância. É o que diz a Resolução 623 da Assembleia Geral da ONU de dezembro de 1998, já mencionada no item 8 deste parecer, que faz menção específica ao anti-semitismo como parte das formas contemporâneas e não apenas históricas do racismo e da discriminação racial. Sobre a atualidade do tema do anti-semitismo como racismo, cabe igualmente trazer à colação o que está dito na Declaração e no Programa de Ação da Conferência de Durban, que tornou os seus resultados mais positivos do que os das conferências internacionais anteriores sobre racismo.

Com efeito, na parte que trata das vítimas do racismo e da discriminação racial, a Declaração de Durban afirma, no seu item 58: “Recordamos que o Holocausto jamais deverá ser esquecido”. Ora, negar o Holocausto e considerá-lo a mentira do século é precisamente uma das atividades a que se dedica Siegfried Ellwanger.

O item 61 da Declaração de Durban diz igualmente: “Reconhecemos com profunda

preocupação o aumento do anti-semitismo e da islamofobia em diversas partes do mundo, assim como o aparecimento de movimentos raciais e violentos baseados no racismo e em idéias discriminatórias contra as comunidades judia, muçulmana e árabe”. Ora, é precisamente a divulgação de idéias discriminatórias contra a comunidade judia, que é parte integrante do crime de prática do racismo, a atividade a que se dedica Siegfried Ellwanger. Aponto, igualmente, sobre a dimensão penal dessa atividade, no plano internacional, que a Declaração e o Programa de Ação de Durban no seu item 86, relembram, que a disseminação de idéias baseadas na superioridade ou no ódio racial devem ser declaradas como delitos puníveis pela lei, como institui a Convenção Internacional para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (cf. J. A. Lindgren Alves, A Conferência de Durban contra o Racismo e a responsabilidade de todos, in loc. cit. p. 211).

Finalmente, acho relevante mencionar, sobre a visão internacional da matéria, o que disse recentemente o Alto Comissário da ONU para Direitos Humanos, Sérgio Vieira de Mello. Sérgio Vieira de Mello – um dos mais respeitados brasileiros exercendo função de alta responsabilidade no sistema da ONU – em seu pronunciamento de 21 de novembro de 2002 no Instituto Internacional de Imprensa em Viena, ao tratar da liberdade de imprensa, disse: “*There is no lack of examples of the media being misused to whip up hatred and fanaticism*”; e logo adiante, no mesmo parágrafo: “*There are international legal obligations a majority of states have accepted that prohibit incitement to racial, religious and ethnic hatred – not least anti-Semitism – and they must be adhered to*” (o texto integral é acessível no website www.unhcr.ch).

23 - Em síntese e encaminhando a sétima conclusão deste parecer, os direitos humanos, como tema global e não circunscrito, na agenda internacional, têm como uma das suas causas o ineditismo do mal trazido pelo estado racial nazista. Este, lastrea-

do na teoria de uma “raça superior”, promoveu ódios públicos e conduziu uma “guerra pública” contra os judeus como uma “raça inferior” a ser exterminada. Daí o Holocausto que se insere, *ex vi* de Convenção internacional à qual o Brasil aderiu, na tipificação de crime de genocídio.

A inclusão dos Direitos Humanos como um tema global levou a uma abrangente política do Direito Internacional Público, da qual resultou a positivação, a generalização e a especificação do Direito Internacional da Pessoa Humana.

No que diz respeito à especificação, no que tange à discriminação racial, o grande tratado, de cuja elaboração o Brasil participou, é a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, vigente no Brasil. A Convenção teve, entre as razões que instigaram a sua redação, a memória das atrocidades das práticas racistas do nazismo, nos anos 30 e 40, particularmente as anti-semitas.

A Convenção, no seu art. I, estabelece que *discriminação racial* significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica. No seu art. 4, a Convenção considera que está no âmbito do direito penal e na estrutura da prática do racismo a difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódios raciais. Neste sentido a Convenção de 1965 incorporou, na sua concepção de delito, o previsto no art. III, c, da Convenção de 1948 para o crime de genocídio.

O Brasil, nos trabalhos preparatórios da Convenção de 1965, co-patrocinou emenda, com o objetivo de incluir no texto da Convenção uma referência específica ao anti-semitismo. O anti-semitismo, como tema atual da agenda internacional voltada para o combate ao racismo e à discriminação racial, tem sido objeto de reconfirmada preocupação nos textos emanados da ONU.

O § 2º do art. 5º da Constituição de 1988 determina, em matéria de direitos e garantias, a recepção, pelo Direito brasileiro, do que

estipulam os Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil é parte. No caso da Convenção de 1965, sua vigência e aplicação em nosso país antecede a Constituição de 1988 e o seu regime é inteiramente compatível com o texto constitucional e a sua correspondente legislação infraconstitucional. Neste sentido, pode se dizer que a Convenção de 1965 integra o “bloco da constitucionalidade” à maneira do que observa Valério de Oliveira Mazzuoli invocando Bidart Campos. Esta integração da Convenção de 1965 ao “bloco da constitucionalidade” não é problemática, pois não suscita nem o problema das antinomias nem a discussão sobre a mudança da Constituição, de forma distinta da prevista para as emendas constitucionais, temas com os quais se preocuparam os Ministros Moreira Alves e Gilmar Mendes e também, no campo doutrinário, o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (cf. Valério de Oliveira Mazzuoli, *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais*, cit. p. 244; German J. Bidart Campos, *El Derecho de la Constitucion y su fuerza normativa*; Buenos Aires, EDIAR, 1995, pp. 264-267, 399-401; José Carlos Moreira Alves in Ives Gandra da Silva Martins, coord. *Simpósio sobre imunidades tributárias*, Revista dos Tribunais, 1998, pp. 22-23, 25; Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional - O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 178; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, 2ª ed. atualizada e reformulada, vol. 1, Saraiva, 1997, p. 85).

O STF, no acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello, em 23/6/94 (HC 7384), examinado no item 9 deste parecer, realça que, entre os meios à disposição do intérprete para aplicar o Direito no Brasil, estão os atos internacionais que, subscritos pelo Estado brasileiro, se acham formalmente incorporados ao nosso sistema jurídico. É o caso da Convenção de 1965 sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Destarte, entendo que o Direito Internacional Público contribuiu para confirmar a quarta conclusão deste parecer. A Convenção de 1965 integra o bloco da constitucionalidade dos direitos e garantias e reforça a interpretação voltada para assegurar a imperatividade da tutela constitucional da condenação da prática do racismo como crime imprescritível. Ela qualifica, no seu art. 1º, como *discriminação racial* qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica e estipula, no seu art. 4º, como parte da estrutura de delito, a difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódios raciais ou qualquer incitamento à discriminação racial. A prática do racismo inclui, assim, o anti-semitismo, que é um fenômeno social, que independe de um inexistente e impreciso conceito de “raças”. O conteúdo jurídico do art. 5º, LXII, da Constituição de 1988, e sua correspondente legislação infraconstitucional, insere no delito de prática do racismo a divulgação de idéias anti-semitas, cuja publicação constitui o crime imprescritível de Siegfried Ellwanger.

VIII – Amplitude da prática do racismo no Brasil

24 - O impetrante alega que o discurso racista no Brasil foi sempre dirigido contra o negro e, por essa razão, desde a lei Afonso Arinos, o que o Direito brasileiro tutela é a proibição da discriminação pela cor da pele. Assim, o art. 5º, LXII, da Constituição de 1988, e a sua correspondente legislação infraconstitucional – o art. 20 da Lei 7.716/89 com a redação dada pela Lei 8.081/90 – foi elaborado em conformidade com as características do racismo imperante na sociedade brasileira e, como tal, deve ser interpretado e aplicado. Não é isso, no entanto, o que está no texto das normas, nem é esse o único valor nelas positivado, como foi visto no correr deste parecer. Não é esse, igualmente, o critério de interpretação dos direitos humanos, que deve sempre visar o maior, e não

o menor, conteúdo da garantia do direito tutelado, como foi ainda discutido ao longo deste parecer. Mas também não é isso o que revela a História do Brasil.

25 - Com efeito, a História do Brasil se inicia com o que atualmente denominamos práticas racistas e, como estipula o art. 5º, LXII, da Constituição, puni-las obedece à intenção do Constituinte, consignada no Preâmbulo da Constituição de 1988, que afirma, como *vis directiva* da sua interpretação, “os valores supremos de uma sociedade” que hoje se deseja “fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”.

No seu livro, *O Racismo na História do Brasil* (8ª ed., cit.), Maria Luiza Tucci Carneiro mostra que, do século XVI até o século XVIII, essas práticas racistas se davam pela distinção entre os que eram limpos de sangue e os que não eram, uma distinção inspirada pelo Édito de Toledo de 1449. Limpos de sangue eram os que não tinham na família nenhum membro pertencente às raças ditas impuras, cujo sangue manchava. Daí a expressão “raça infecta” que aparece nos documentos coloniais. Eram, no Brasil colônia, considerados de raça impura, os negros, os mestiços, os indígenas e os judeus, inclusive os convertidos, que eram qualificados de cristãos-novos, para diferenciá-los dos cristãos-velhos, limpos de sangue. Aos de raça impura eram vedados o acesso a cargos de responsabilidade na administração pública. Daí a importância dos atestados comprobatórios da “limpeza do sangue” e os esforços de encobrir a presença da “raça infecta” no sangue de figuras de proa no Brasil colonial, como relata o historiador Evaldo Cabral de Mello, no seu importante livro, *O Nome e o Sangue*, (2ª ed., revista, Rio de Janeiro, Topbooks, 2000).

Em relação aos cristãos-novos, o problema da pureza ou impureza do sangue era especialmente ameaçador. Era ameaçador em função da Inquisição estabelecida em Portugal em 1536, que fazia do critério da impureza do sangue um elemento comprobatório de um judaísmo oculto e de uma fé

cristã inautêntica, merecedora das penas inquisitoriais. Essas, com frequência, levavam aos autos-de-fé e à morte das vítimas na fogueira.

O Pe. Antonio Vieira, que foi um grande defensor da “gente de nação” – a denominação dos judeus e cristãos-novos portugueses na época –, a isso faz referência na proposta de 1646 a D. João IV, na qual recomenda a mudança dos estilos do Santo Ofício e do Fisco. Além de tratar da mudança e da moderação dos ministros da Inquisição, propunha Vieira “que todo o homem de nação seja hábil para qualquer ofício, honra ou mercê dos que não requerem exame e limpeza” e “que nos que requerem exame e limpeza, se faça o exame pelo que toca a fé, e não pelo que pertence ao sangue” (o texto se encontra em Pe. Antonio Vieira, *Escritos Históricos e Políticos*, São Paulo, Martins Fontes, 1995, p. 324).

As práticas racistas baseadas no preconceito de pureza do sangue em relação aos judeus e seus descendentes, do ponto de vista jurídico, só foram eliminadas por legislação portuguesa, válida para as colônias, inclusive o Brasil, promulgada pelo Marquês de Pombal entre 1768 e 1774. Nessa legislação, destaca-se a Carta-Lei de 1773, que proibia o emprego das expressões cristão-novo e cristão-velho, ditas ou escritas (cf. Maria Luiza Tucci Carneiro, op. cit. pp. 9-14; cf. também Anita Novinsky, *Cristãos Novos na Bahia*, São Paulo, Perspectiva – EDUSP, 1972).

Um documento importante, que contribuiu para a legislação pombalina, é um juízo do escritor e diplomata Alexandre de Gusmão. Nascido em Santos, muito provavelmente de uma família de cristãos-novos, é ele considerado o avô da diplomacia brasileira, pois foi o principal negociador, pela Coroa Portuguesa, do Tratado de Madri de 1750, celebrado entre Espanha e Portugal, no qual foram consagrados os princípios, entre eles o *uti possidetis*, da delimitação das fronteiras, nas quais se fundamentou, com sucesso, a diplomacia do Brasil Independente.

Na “Genealogia Geral para desvanecer a opinião dos senhores fidalgos portugueses que se dizem puritanos”, que Jaime Cortesão situa em torno de 1747, Alexandre de Gusmão, no dizer do mesmo eminente historiador do Tratado de Madri: “... vingá toda a comunidade dos cristãos-novos e dos suspeitos da raça infecta. Forçando com ironia a lógica ele demonstra por absurdo a inani-dade e o ridículo das pretensões dos puritanos, que todos, ao arrepio das gerações passadas, podiam e deviam ter, em maior ou menor grau, circulando nas veias e maculando sua pureza azul, algumas gotas de sangue hebraico” (Jaime Cortesão, *Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madrid - Parte I - tomo II - 1735-1753*, Rio de Janeiro, Ministério das Relações Exteriores/Instituto Rio Branco, 1958, p. 213; Alexandre de Gusmão, *Obras*, São Paulo, Ed. Cultura, 1943, pp. 75-78).

Na história da literatura luso-brasileira, a mais conhecida vítima das fogueiras da Inquisição é Antonio José da Silva – o Judeu, nascido no Rio de Janeiro em 1705 e cuja família se viu forçada a seguir sob prisão para Lisboa em 1712, por força de denúncias à Inquisição. Antonio José da Silva, grande amigo de Alexandre de Gusmão e a maior figura do teatro português que se seguiu a Gil Vicente, estudou em Coimbra, advogou e teve sucesso literário. Enfrentou dois processos da Inquisição e, no segundo, foi condenado a morrer na fogueira, num auto-de-fé, em 1739. (Cf. Alberto Dines, *Vínculos do Fogo*, vol. I, São Paulo, Cia. das Letras, 1992; Anita Novinsky, *Cristãos-Novos na Construção do Brasil*, in Arnaldo Niskier, coord., *Contribuição dos Judeus ao Desenvolvimento Brasileiro*, Rio de Janeiro, Academia Brasileira de Letras, 1998, pp. 29-40).

Domingos José Gonçalves de Magalhães, a quem devemos o esforço de criar uma literatura brasileira diferenciada da portuguesa e que deu início, com a sua obra e ação, à especificidade do Romantismo nas nossas letras, foi sensível às camadas discriminadas da sociedade, entre elas os judeus. É o que se vê na sua peça de 1838, “Antonio

José da Silva ou o Poeta e a Inquisição”, que assinala o início do Romantismo no teatro nacional. Assim coloca na boca de seu herói cristão-novo, no quinto e último ato, no diálogo de Antonio José com frei Gil que antecede a fogueira da Inquisição, as seguintes palavras:

“Co’o labéo de Judeu, com que me infamam,

Fica minha memória nodoadá”

(cf. Domingos J. G. de Magalhães, *Tragédias*, Rio de Janeiro, Garnier, 1865, p. 112; cf. também Kathe Windmüller, *O Judeu no Teatro Romântico Brasileiro*, São Paulo, FFLCH/USP – Centro de Estudos Judaicos, 1984, pp. 89-95)

26 - O preconceito racial em relação aos judeus, baseado na “impureza de sangue”, a nódoa de que fala Domingos José Gonçalves de Magalhães e que o Dicionário de Moraes registra, como foi visto no item 16 deste parecer, não desapareceu. Persistiu na memória da língua portuguesa tal como usada em nosso país. É o caso dos vocábulos *judiar* e *judiaria* e da representação do judeu no folclore brasileiro, que atestam em surdina a força que ainda tem esse preconceito discriminatório, em função da experiência histórica do Brasil.

Luís da Câmara Cascudo, no seu reputado *Dicionário do Folclore Brasileiro* (3ª ed., 1972, Ediouro), no verbete judeu, a seguir reproduzido, confirma essa asserção:

“*Judeu*. Como reminiscência religiosa permanece no espírito popular a figura do judeu como símbolo da malvadez absoluta, alegrando-se com o sofrimento alheio, egoísta, insensível, imperturbável de orgulho. No vocabulário ficavam esses elementos longínquos da impressão coletiva contra o israelita. Judiar é maltratar, torturar, magoar. Judiaria não é a reunião de judeus, mas o ato, a ação de judiar. Comum apontar-se o gesto mau como natural no judeu:

‘Quem matou meu passarinho
Foi judeu, não foi cristão;
Meu passarinho tão manso
Que comia em minhas mãos’

Um dia cheio de contrariedade é ‘um dia-de-judeu’; e um dia triste, de sol entre nuvens e de amiudado cantar do galo, se diz que ‘morreu judeu’”. (Pereira da Costa, *Folclore Pernambucano*, 116). Quem cospe em cristão é judeu. Quem promete e falta é judeu. Quem come carne em dia da Paixão é judeu. Judeu bebe sangue de gente. Judeu come carne de menino novo.”

27 - A experiência histórica brasileira de discriminação e preconceito, acima relatada, tinha evidente compatibilidade com o caldo de cultura mais amplo das teorias racistas que foram parte da História das Idéias e das mentalidades nos séculos XIX e XX, discutidas na parte VI deste parecer. Essa mentalidade racista teve sua irradiação no Brasil. Está presente, por exemplo, em Varnhagen, na sua construção da História do Brasil, em Silvio Romero, em Nina Rodrigues, em Oliveira Viana, que enxergaram na mestiçagem entre brancos, negros e índios – a mescla maior da identidade brasileira – uma das razões daquilo que emperrava o desenvolvimento do Brasil. Daí, em função de uma hipotética e equivocada divisão entre “raças” superiores e inferiores, a afirmação da superioridade dos brancos e a inferioridade dos demais e o “branqueamento” como caminho para o país.

Na década de 30, no Brasil, o caldo de cultura desta mentalidade explicativa de práticas sociais racistas foi receptivo às visões do racismo anti-semita que o racismo alemão propagou pela Europa e difundiu no mundo. Ele também encontrou ressonância na memória das “impurezas de sangue” do período colonial, que a língua portuguesa no Brasil e o folclore brasileiro preservaram, como foi visto acima.

Esse dado cultural contribui para explicar a existência, no aparelho do Estado, das circulares-secretas e outras medidas voltadas para restringir a imigração de judeus para o Brasil na década de 30 e durante a Segunda Guerra Mundial. Essas restrições têm uma fundamentação implícita ou explícita de natureza racista como documentou,

de forma abrangente, Maria Luiza Tucci Carneiro no seu livro *O anti-semitismo na Era Vargas - 1930-1945*, (São Paulo, Brasiliense, 1988). Com efeito, são inúmeros os documentos contidos nos arquivos do Itamaraty, em outros arquivos públicos, na documentação preservada no CPDOC da Fundação Getúlio Vargas, apresentados por Maria Luiza Tucci Carneiro, que argumentam, com inequívoca visão racista, contra a imigração e a presença judaica no Brasil.

Um paradigma dessa visão racista, que atribuiu aos judeus uma dimensão de sangue – um *jus sanguinis* às avessas –, é um Projeto de lei que Maria Luiza Tucci Carneiro encontrou nos arquivos do Itamaraty e reproduziu no anexo 9 do seu livro (p. 524). Diz o art. 1º desse projeto: “Para efeitos da entrada no território brasileiro, os indivíduos de origem semita, nascidos em quaisquer países estrangeiros, serão considerados, globalmente como pertencentes à nacionalidade judaica” (sobre o *jus sanguinis* às avessas, nesta matéria, estranho à Constituição brasileira e às leis do Brasil, cf. Avraham Milgram, Arthur Hehl Neiva e a Questão da Imigração Judaica no Brasil, in *Em nome da Fé, Estudos in Memoriam de Elias Lipner*, Nachman Falbel, Avraham Milgram, Alberto Dines, organiz., São Paulo, Perspectiva, 1999, pp. 145-156). Esse projeto de lei lembra o tema da “impureza de sangue” do período colonial. Ecoa o espírito da legislação racial nazista – as leis de Nuremberg de 1935, voltadas para “a proteção do sangue e da honra alemã” – e da legislação italiana fascista que, a partir de 1938, definia quem era de *razza ebraica*, com o objetivo de estabelecer *misure contra chi attenta al prestigio della razza nel territorio dell’Impero*. (cf. verbete, *Razzismo*, de Arturo Colombo, in *Novissimo Digesto Italiano*, 3ª ed., Torino, UTET, 1982, vol. XIV, pp. 914-916).

Essa postura governamental brasileira redundou em práticas racistas que não se restringiram à política migratória. José Murilo de Carvalho, em estudo sobre as Forças Armadas e a Política no período 1930-1945,

revela, através de documentos que funcionavam como as “circulares secretas” do Itamaraty, a maneira pela qual, durante o Estado-Novo, impedia-se o acesso ao Colégio Militar e à Escola Militar, e, portanto, à carreira no Exército, de brasileiros judeus (cf. José Murilo de Carvalho, Forças Armadas e Política, 1930-1945, in *A Revolução de 30, Seminário Internacional*, (org. CPDOC-FGV), Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1983, p. 128, p. 183).

Essas políticas racistas se viram instigadas pela propaganda contra o judeu contida nas obras anti-semitas publicadas na época. Entre elas, *O Judeu Internacional*, de Henry Ford; *A História Secreta do Brasil* de Gustavo Barroso; *Os Protocolos dos Sábios de Sião* apostilado por Gustavo Barroso; *Brasil Colônia de Banqueiros* de Gustavo Barroso. Esses livros estão entre aqueles publicados e divulgados por Siegfried Ellwanger e constituem o núcleo da propaganda doutrinária anti-semita dos anos 30, analisada por Maria Luiza Tucci Carneiro, (*O Antisemitismo na Era Vargas*, cit. cap. 6).

Não é o caso de uma discussão de maior amplitude sobre o pensamento de Gustavo Barroso (sobre a matéria, ver: Marcos Chor Maio, *Nem Rotschild nem Trotsky: o pensamento anti-semita de Gustavo Barroso*, Rio de Janeiro, Imago, 1992, cap. 3; Maria Luiza Tucci Carneiro, *A Trajetória de um Mito no Brasil: Os Protocolos dos Sábios de Sião*; Roney Cytrynowicz, *A América do Sul e o Antisemitismo na Visão Integralista de Gustavo Barroso e de Plínio Salgado*; Marcos Chor Maio, *Marcas de uma Trajetória: A Militância Anti-semita de Gustavo Barroso*, in *Ibéria-Judaica: Roteiros da Memória*, Anita Novinsky e Diane Kuperman, org., Rio de Janeiro, São Paulo, Expressão e Cultura/EDUSP, 1996, respectivamente, pp. 487-514; 514-525, 527-539), mas acho relevante, para os propósitos deste parecer, lembrar o que, nas suas Memórias, diz Miguel Reale sobre o papel de Gustavo Barroso na Ação Integralista Brasileira. Aponta Miguel Reale que a AIB não era compacta do ponto de vista

doutrinário. Nela atuaram três grandes correntes de opiniões diversificadas. A mais numerosa, liderada por Plínio Salgado, “fundada na doutrina social da Igreja e na exaltação nacionalista”; outra “que dava ênfase especial aos problemas sociais e sindicais, assim como problemas jurídicos-institucionais do Estado”, e “uma terceira, mais preocupada com os valores tradicionais da história pátria, a que acrescentava um anti-semitismo de frágil mas espalhafatosa fundamentação, com Gustavo Barroso à frente” (Miguel Reale, *Memórias*, vol. I, *Destinos Cruzados*, 2ª ed. revista, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 80).

É precisamente a divulgação do anti-semitismo “de frágil mas espalhafatosa fundamentação” de Gustavo Barroso, que instigou práticas de racismo anti-judaico no Brasil dos anos 30, parte integrante do crime pelo qual foi condenado Siegfried Ellwanger. Não acho irrelevante mencionar, neste contexto em que estou discutindo o impacto do anti-semitismo no Brasil nos anos 30, que o pretexto para o golpe de 1937 tenha sido o “Plano Cohen”. Esse plano foi elaborado pelo então Capitão Olympio Mourão Filho, lotado no Estado Maior do Exército, mas que era simultaneamente chefe do Serviço Secreto da Ação Integralista Brasileira e chefe do Estado-Maior de sua Milícia, dirigida por Gustavo Barroso. O “Plano” não se baseava em informações. Fazia parte da “pedagogia integralista” que naquele momento associava anti-semitismo e anti-comunismo e foi denominado de “Plano Cohen” por Gustavo Barroso. Era uma fraude, como se revelou depois de 1945, mas foi, no entanto, apropriado pelo Estado-Maior do Exército como peça de retórica e propaganda para sustentar e justificar a instauração do Estado Novo (cf. Paulo Brandi, verbete Plano Cohen in *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro pós 1930*, vol. IV (2ª ed. revista e atualizada) coordenação Alzira Alves de Abreu, Israel Beloch, Fernando Lattman-Weltman, Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão, Rio de Janeiro, Ed. FGV/

CPDOC, 2001; Aspásia Camargo e colaboradores, *O Golpe Silencioso*, Rio de Janeiro, Rio Fundo Ed., 1989, pp. 214-215).

28 - Assim, e esta é a oitava e última conclusão deste parecer, não é factualmente correta a alegação do impetrante de que o discurso racista, em nosso país, foi sempre dirigido contra o negro e de que o tema da discriminação racial se coloca exclusivamente em torno da cor da pele.

O discurso racista e as práticas racistas que ele ensejou, no Brasil, lamentavelmente tiveram amplitude. Voltou-se contra o negro, o mulato, o índio, o cigano e o judeu, que em muitos momentos da nossa História foram tidos como “seres inferiores”, como conclui no seu livro, *O Racismo na História do Brasil* (cit. p. 62) Maria Luiza Tucci Carneiro.

É relevante, neste sentido, para explicar a amplitude das modalidades dessas práticas racistas, trazer à colação uma distinção conceitual elaborada por Oracy Nogueira, num pioneiro estudo de 1954 sobre relações raciais no Brasil. Na análise do preconceito racial, identifica Oracy Nogueira tanto o que qualifica de *preconceito de marca* – que é o preconceito de cor que tem como pretexto, para as suas manifestações, os traços físicos, ou seja, a aparência – quanto o *preconceito de origem*, para o qual o pretexto do preconceito é a suposição de que o indivíduo descende de certo grupo (cf. Oracy Nogueira, *Tanto Preto Quanto Branco: Estudos de Relações Raciais*, São Paulo T. A. Queiroz Ed., 1985, pp. 78-79).

As práticas racistas, cuja condenação prevê o art. 5º, LXII, e a sua correspondente legislação infraconstitucional, não resultam apenas da cor da pele, como alega o impetrante – o que configuraria, de forma restritiva, apenas a tutela contra o *preconceito de marca*. Incluem o *preconceito de origem*, para valer-me da distinção proposta por Oracy Nogueira. Este está presente na nossa experiência histórica, como foi visto, e retém atualidade. Disso é exemplo a conduta de Siegfried Ellwanger – uma conduta que é con-

trária à *vis directiva* do Preâmbulo da Constituição de 1988, que “deve ser levado em conta quando da interpretação das normas constitucionais”, na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, cit., p. 15), como é o caso do HC 82424-2, ora em exame pelo STF.

Por essas razões todas, também não é nem histórica nem juridicamente correta a afirmação do impetrante que a lei Afonso Arinos teve como destinatários exclusivos da sua tutela o ser em situação, vítima da discriminação, em função da cor da sua pele. A lei Afonso Arinos, (Lei nº 1.390, de 3/julho/1951) foi pioneira, em nosso País, na positivação, como contravenção penal, de práticas discriminatórias, dando, assim, início à etapa da especificação do processo de afirmação dos direitos humanos. A Lei 1.390/51 se refere, em todos os sete artigos que tipificam a contravenção penal, ao *preconceito de raça ou cor*. A sua tutela contemplou, conseqüentemente, tanto o preconceito de marca quanto o preconceito de origem, não cabendo uma interpretação restritiva de seu conteúdo, por força do próprio texto da lei. A Lei 7.716/89 e o seu artigo 20, com a redação dada pela Lei 8.081/90 e outras mudanças legislativas subseqüentes, na esteira do processo de especificação iniciado com a lei Afonso Arinos de 1951, definem os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Abrangem, portanto, em consonância com a tradição do direito brasileiro *ex vi* de tipificação determinada pelo art. 5º, LXII da Constituição de 1988, tanto o preconceito de marca quanto o de origem. Subsume, assim, na sua tutela, o anti-semitismo como prática de racismo e é, portanto, inteiramente aplicável à conduta criminosa de Siegfried Ellwanger.

IX – Síntese conclusiva

Respondendo, assim, à consulta formulada: o crime cometido por Siegfried Ellwanger é o da prática do racismo e, como tal, impres-

critível. As razões e os fundamentos jurídicos nos quais se baseia este parecer estão sumariadas abaixo, na forma de uma síntese conclusiva.

28 - Na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena de 1993, o Ministro Maurício Corrêa, que chefiava a Delegação brasileira na sua condição, à época, de Ministro da Justiça, em discurso no plenário, em 14/6/93, fixou a linha geral da posição brasileira, invocando a *indivisibilidade dos direitos humanos* (cf. Antonio Augusto Cancado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*, cit., p 105). A Conferência de Viena, na sua Declaração e Programa de Ação, agregou a noção de indivisibilidade ao seu item 5, esclarecendo-a ao afirmar que todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. Por isso mesmo a Conferência, no item 32, reafirmou a importância de se garantir universalidade, objetividade e não seletividade na consideração de questões relativas a direitos humanos. (A Declaração e Programa de Ação de Viena está reproduzida no apêndice do livro de J. A. Lindgren Alves, *Os Direitos Humanos como tema global*, São Paulo, Perspectiva, 1994; os itens 5 e 32, estão respectivamente, nas páginas 153 e 162).

Indivisibilidade e, por via de conseqüência, universalidade, interdependência, inter-relacionamento e não-seletividade foi a posição assumida pelo Ministro Maurício Corrêa em Viena. Ela corresponde inteiramente ao que estipula, para o plano interno e externo, a Constituição de 1988, e foi essa posição o ponto de partida deste parecer.

29 - O art. 5º, LXII, está inserido na sistemática constitucional dos direitos e garantias individuais, tutelada por cláusula pétreia, o que significa que a *vis directiva* do constituinte foi dar estabilidade e permanência a um sistema integrado de valores de convivência coletiva, que tem como valor-fonte a dignidade da pessoa humana, ao qual a Constituição atribuiu supremacia axiológica. Deve, por isso mesmo, o art. 5º, LXII, ser apreciado e interpretado com os

cuidados especiais exigidos pela indivisibilidade dos direitos humanos.

30 - O art. 5º, LXII, exprime a especificação do princípio geral da igualdade e da não discriminação. O seu destinatário é o ser em situação vitimado pela prática do racismo. O artigo é uma inovação da Constituição de 1988 e é parte do processo mais amplo da especificação dos direitos humanos, que caracteriza o nosso texto constitucional. Tem como nota própria o rigor da tutela penal, indicativa da importância que a Constituição atribui à repressão da prática do racismo.

31 - O critério de interpretação dos direitos humanos deve favorecer, pela importância a eles atribuída pela Constituição de 1988, de maneira ampla, o conteúdo do direito contemplado. Entre os direitos e garantias individuais, inclui-se, *ex vi* do art. 5º, LXII, a rigorosa inaceitabilidade da prática do racismo. A Constituição de 1988 é explicitamente receptiva ao Direito Internacional Público em matéria de Direitos Humanos, o que configura uma identidade de objetivos do direito internacional e do direito público interno, quanto à proteção da pessoa humana. Por isso mesmo, como decidiu o STF no acórdão de 23/6/1994 (HC 7384), do qual foi relator o Ministro Celso de Mello, na interpretação em matéria de Direitos Humanos, o Direito Interno e o Direito Internacional não são estanques. Interação com vistas a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido. Este é, conseqüentemente, também um critério relevante para a interpretação do art. 5º, LXII, da Constituição de 1988.

32 - O conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, LXII, do crime da prática do racismo, tipificado pela legislação infraconstitucional, reside nas teorias e preconceitos que estabelecem diferenças entre grupos e pessoas, a eles atribuindo as características de uma “raça” para discriminá-las. Daí a repressão prevista no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Só existe uma “raça” – a

espécie humana – e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam raças distintas. É o que diz a Declaração da UNESCO de 1978 sobre Raça e Racismo; é o que dizem autores citados pelo impetrante, que mostram que “raça” é uma construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade. Essa omissão é o ponto de partida da falaciosa argumentação do impetrante. Com efeito, os judeus não são uma raça, mas também não são raça os negros, os mulatos, os índios e quaisquer outros integrantes da espécie humana que, no entanto, podem ser vítimas da prática do racismo. É o caso, por exemplo, dos párias na Índia, discutido na Conferência de Durban sobre Racismo, vítimas de um preconceito de origem e não de marca, para recorrer à distinção de Oracy Nogueira. Interpretar o crime da prática do racismo a partir do conceito de “raça”, como argumenta o impetrante, exprime não só uma seletividade que coloca em questão a universalidade, interdependência e inter-relacionamento, que compõem a indivisibilidade dos direitos humanos, afirmada, em nome do Brasil, pelo Ministro Maurício Corrêa em Viena. Representa, sobretudo, reduzir o bem jurídico tutelado pelo Direito brasileiro, o que não é aceitável como critério de interpretação dos direitos e garantias constitucionais. No limite, essa linha de interpretação restritiva pode levar à inação jurídica por força do argumento *contrario sensu*, que cabe em matéria penal. Com efeito, levadas às últimas conseqüências, ela converteria a prática do racismo, por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças.

33 - O acerto da não interpretação do crime da prática do racismo a partir do conceito de “raças”, à maneira do que preconiza o HC 82424-2 impetrado em favor de Siegfried Ellwanger, confirma-se por dois casos decididos por eminentes Cortes Superiores

de outros países, que comportam aproximação com o HC 82424-2 ora submetido ao julgamento do STF. Tanto o caso da *Shaara Tefila Congregation v Cobb*, decidido pela Suprema Corte dos EUA em 1987, quanto o caso *Mandla and another v Dowell Lee and another*, decidido pela House of Lords da Inglaterra em 1983, interpretam e aplicam a legislação dos seus respectivos países em matéria de discriminação racial. O caso decidido pela Suprema Corte dos EUA diz respeito à prática do racismo em relação a judeus. O caso decidido pela House of Lords diz respeito à prática do racismo em relação aos *sikhs*. Em ambos, essas duas Cortes Superiores decidiram, não obstante as alegações dos réus semelhantes às do impetrante, que, apesar de os judeus e de os *sikhs* não serem uma “raça”, foram vítimas de práticas racistas, cabendo assim, respectivamente, a tutela da legislação norte-americana de 1982 e da legislação inglesa de 1976, que tratam da discriminação racial. Nesses dois casos que julgaram em matéria de discriminação racial, atribuiu-se ao termo “raça” sua dimensão histórico-cultural, da qual provém as práticas discriminatórias.

34 - A etimologia da palavra raça, no entender de vários filólogos é obscura, como obscuras vieram a ser as conseqüências do seu uso social. Em português, na sua origem, além de ser utilizada para diferenciar, cão, cavalo, de boa ou má raça, adquiriu outro significado. Ter raça é ter sangue de mouro ou judeu. Essa mesma acepção de cunho negativo se encontra em espanhol e a origem desse emprego, nas duas línguas, reside nas tensões provenientes da Reconquista pelos cristãos da Península Ibérica, dominada por séculos pelos árabes e nos conflitos religiosos que posteriormente levaram ao estabelecimento da Inquisição.

Alguns filólogos derivam raça do latim, *ratio, rationis*, na acepção da modalidade, espécie. Foi essa acepção que prosperou quando, no século XVIII, teve início, pela obra de Lineu, não só a classificação das plantas e animais como também dos seres huma-

nos. A taxonomia tornou-se dinâmica com o evolucionismo de Darwin e, no que diz respeito aos seres humanos, os múltiplos porém imprecisos critérios de classificação das raças estavam ligados à aparência.

No século XIX, a taxonomia das raças acabou induzindo o racismo. Com efeito, a classificação das raças levou às teorias racistas – por exemplo, as de Gobineau – que justificaram a desigualdade com base na diferença entre raças superiores e inferiores. Essas teorias vicejaram no caldo de cultura do darwinismo social e passaram a fazer parte da História das mentalidades.

As teorias racistas buscaram sua fundamentação nas ciências biológicas. Justificaram a prepotência da expansão colonial europeia e foram a base do racismo biológico institucionalizado da Alemanha nazista. Esta instigou ódios públicos e conduziu uma guerra pública em relação aos que a liderança nazista considerava raças inferiores, com destaque para os judeus.

O avanço do conhecimento e o desvendar do seqüenciamento do genoma humano se incumbiram de mostrar que não há fundamentação biológica em qualquer subdivisão racial da espécie humana e que os critérios de diferenças visíveis, a começar pela cor da pele, são apenas juízos de aparência. Neste sentido as ciências biológicas são um elemento adicional para a afirmação do princípio da igualdade e da não discriminação, que resultaram da positivação do valor do ser humano.

As teorias racistas não têm fundamentação biológica. Persistem, no entanto, como fenômeno social. É por essa razão que é este fenômeno, e não a “raça”, o destinatário jurídico da repressão prevista pelo art. 5º, LXII, da Constituição, e da sua correspondente legislação infraconstitucional. É precisamente porque a prática do racismo está na cabeça das pessoas que o art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90 e também sua evolução legislativa, tipifica na estrutura do delito o praticar, induzir ou incitar por publicações e pelos

meios de comunicação a divulgação de teorias que discriminam grupos ou pessoas, a elas atribuindo as características de “raças inferiores”. Essa divulgação é crime de prática de racismo. Foi por essas bem fundamentadas razões que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou Siegfried Ellwanger e o Superior Tribunal de Justiça confirmou o acerto jurídico do Tribunal gaúcho.

35 - As teorias e visões do mundo racistas partem do princípio que existem raças; que essas se dividem entre superiores e inferiores e que as superiores têm o direito de dominar as inferiores. Uma visão racista do mundo leva a distintas escalas de agressividade, lastreada pelo não reconhecimento aos “outros” dos mesmos direitos e garantias, cujo fundamento é o princípio da igualdade e o corolário da não discriminação. A escala de agressividade se intensifica com a violência da segregação de que é exemplo o que foi o *apartheid* na África do Sul. O paroxismo da violência é o extermínio físico, tal como tipificado pelo crime do genocídio. O paradigma desse paroxismo foi o Holocausto levado a efeito pelo Estado Racial em que se converteu a Alemanha nazista, que conduziu uma guerra pública contra as raças inferiores, com destaque para o extermínio de judeus.

A Carta da ONU procurou responder ao ineditismo da escala sem precedentes do mal, da experiência da Segunda Guerra Mundial e de seus antecedentes. Nesta resposta, deu realce para o que representou o genocídio como afronta ao valor da dignidade da pessoa humana. Fez, assim, da tutela dos direitos humanos no plano internacional, não um tema circunscrito, mas um tema global.

Na etapa da especificação, do processo de positivação dos Direitos Humanos no âmbito do Direito Internacional Público, em matéria de discriminação racial, o grande texto jurídico é a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965. O Brasil participou de sua elaboração normativa e a Con-

venção que está em vigor no plano internacional foi recepcionada pelo Direito brasileiro.

São relevantes na discussão do HC 82424-2, ora em exame pelo STF, o art. 1-1 da Convenção, que dá uma definição abrangente da expressão “discriminação racial”, e o art. 4, que insere na tutela penal a difusão de idéias baseada na superioridade ou ódios raciais.

A Convenção de 1965 antecede em vigência e aplicação a Constituição de 1988; não suscita o problema das antinomias nem a discussão sobre a mudança da Constituição de forma distinta da prevista para as emendas constitucionais – temas com os quais se preocuparam os Ministros Moreira Alves e Gilmar Mendes. É, portanto, um meio válido, à disposição do intérprete, para a aplicação do Direito no Brasil em matéria de Direitos Humanos, nos termos da Constituição de 1988, como decidiu o STF no acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello em 23/6/94 (HC7384).

O Direito Internacional Público é um elemento adicional a confirmar que o crime cometido por Siegfried Ellwanger é o da prática do racismo. Com efeito, a Convenção de 1965 qualifica, no seu art. 1, *como discriminação racial, qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional e estipula, no seu art. 4, como delito, a difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódios raciais ou qualquer incitamento à discriminação racial, tal como definido no art. 1º*. A prática do crime de racismo inclui, assim, o anti-semitismo, que é um fenômeno social, que independe de um inexistente e impreciso conceito de “raças”.

A história legislativa da Convenção de 1965 comprova também que as práticas anti-semitas do nazismo foram uma das causas de sua elaboração e que o Brasil, nos *travaux préparatoires*, foi explícito nesta matéria. Na agenda internacional da ONU, o anti-semitismo como prática de racismo tem sido considerado um tema de preocupação atual e não apenas histórica. É o que afirma, por exemplo, a Resolução 623/98 da Assem-

bléia Geral e o item 61 da Declaração da Conferência de Durban sobre Racismo de 2001, cabendo igualmente lembrar que a Declaração de Durban reitera, no seu item 58, que o Holocausto jamais deverá ser esquecido. Aponto, neste sentido, que negar o Holocausto e considerá-lo a mentira do século é parte do crime da prática do racismo pelo qual foi condenado Siegfried Ellwanger.

36 - As práticas do racismo, na experiência histórica do Brasil, em oposição ao que alega o impetrante, tiveram uma amplitude de destinatários que foram vitimados pela discriminação. Negros, mulatos, índios, ciganos, judeus foram, em diversos momentos da nossa História, considerados “raças inferiores” e, como tal, discriminados.

No período colonial, as práticas racistas se davam pela distinção entre os limpos de sangue – os brancos, portugueses, cristãos-velhos – e os de raças ditas impuras, cujo sangue manchava – os negros, os mestiços, os indígenas e os judeus, inclusive os convertidos, qualificados de cristãos-novos. Para os cristãos-novos, a impureza de sangue era uma ameaça onipresente em função da Inquisição, que fazia do critério da impureza de sangue um elemento probatório de judaísmo oculto, que poderia conduzir à morte nas fogueiras dos autos-de-fé. O teatrólogo Antonio José da Silva – o Judeu, nascido no Rio de Janeiro, é a mais notória vítima, na História da literatura lusobrasileira, condenado a morrer na fogueira, num auto-de-fé ocorrido em Lisboa em 1739. A distinção entre cristãos-novos e cristãos-velhos, no Brasil, só foi eliminada pela Carta-Lei de 1773 promulgada ao tempo do Marquês de Pombal.

O preconceito racial em relação aos judeus, baseado na “impureza de sangue”, persistiu na memória da língua portuguesa, tal como usada em nosso País com os vocábulos judiar e judiaria e na representação do judeu no folclore brasileiro, como atesta Luís da Câmara Cascudo.

O Brasil recebeu, nos séculos XIX e XX, teorias racistas que foram parte da His-

tória das Mentalidades voltadas para justificar e legitimar a desigualdade com base na distinção entre “raças” superiores e inferiores. Na década de 30, teve irradiação em nosso País o racismo nazista alemão, que tinha no anti-semitismo o seu foco preponderante. Isso contribuiu para a existência de práticas racistas no aparelho do Estado, em especial no que tange às restrições da imigração de judeus para o Brasil na década de 30 e durante a Segunda Guerra Mundial, justificadas por critérios raciais. A postura governamental, que não era ostensiva mas é documentada, viu-se facilitada pela propaganda contra o judeu contida nas obras anti-semitas publicadas na época, em especial as de Gustavo Barroso. É a reedição das obras do espalhafatoso anti-semitismo de Gustavo Barroso parte integrante do crime pelo qual foi condenado Siegfried Ellwanger.

A legislação brasileira, desde a lei Afonso Arinos de 1951, que dá início ao processo de especificação da tutela penal para proteger as vítimas da discriminação racial, não tem como destinatários exclusivos o ser em situação, vitimado pela cor de sua pele, como argumenta sem base histórica e jurídica o impetrante. O Direito brasileiro contempla tanto o preconceito de raça – que o sociólogo Oracy Nogueira qualificou de preconceito de origem – quanto o preconceito de cor – por ele qualificado de preconceito de marca. Essa é a interpretação correta a ser dada ao art. 5º, LXII, da Constituição de 1988, e à sua correspondente legislação infraconstitucional, inclusive por força da *vis directiva* do Preâmbulo da Constituição que afirma os valores supremos de uma sociedade que se quer fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

37 - Uma palavra final sobre a imprescritibilidade, pois o impetrante, na petição do HC 82424-2, não nega a existência de um delito cometido por Siegfried Ellwanger. Busca afastar a imprescritibilidade, argumentando não tratar-se de crime de prática de racismo.

Existe um nexu estreito entre a imprescritibilidade, esse tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, ape-lo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento, como explica Alain Laquière (Le Debat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, in *Droits*, 31, 2000, p. 19).

A memória das práticas racistas que dificultaram, na História do Brasil, a criação de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos – valores supremos do País consagrados no Preâmbulo da Constituição – é o que o Constituinte quis preservar, para impedir sua reincidência. Por isso conferiu, no art. 5º, LXII, ao crime da prática do racismo o peso e a gravidade da imprescritibilidade.

O crime de Siegfried Ellwanger é o da prática do racismo, crime de que nos queremos livrar, em todas as suas vertentes, para construir uma sociedade digna. Tem a especificidade de querer preservar, por meio de publicações, viva, a memória de um anti-semitismo racista. Foi esse anti-semitismo que levou, no Estado Racial em que se converteu a Alemanha nazista, à escala sem precedentes o mal representado pelo Holocausto. O Holocausto é a recusa da condição humana da pluralidade e da diversidade, que contesta, pela violência do extermínio, os princípios da igualdade e da não discriminação, que são a base da tutela dos direitos humanos. O crime de Siegfried Ellwanger, por apontar nessa direção do mal, não admite o esquecimento.

O Direito Internacional Privado solucionando *conflitos de cultura*

Os divórcios no Japão e seu reconhecimento no Brasil

Claudia Lima Marques

Sumário

Introdução. I – Divórcios declarados no Japão e o direito brasileiro atual: um divórcio consensual e privado reconhecível segundo o direito brasileiro? A - Os tipos de divórcio no direito japonês e sua problemática. 1. Cultura *jurídica* e os divórcios consensuais no Japão. 2. As normas japonesas sobre divórcio e os problemas de sua prática. B - Comparando as normas e a função dos divórcios privados japoneses com os divórcios brasileiros: reconhecimento ou violação pública? 1. As normas brasileiras principais sobre divórcio. 2. A evolução histórica das normas sobre o divórcio e a exceção de ordem pública em matéria de divórcio. II - O reconhecimento dos divórcios consensuais japoneses pelo Supremo Tribunal Federal. A – O processo de deliberação adaptado aos divórcios privados japoneses. 1. A deliberação concentrada no Supremo Tribunal Federal. 2. A ordem pública brasileira em matéria de divórcios. B – Exame de 30 casos de divórcios japoneses no STF de 1975 a agosto de 2002. 1. O exame dos 20 casos de divórcios consensuais *administrativos*. 2. O exame dos outros casos. Conclusões.

Introdução

Anna Maria Villela (1980, p. 7, 30) afirmava que o divórcio pronunciado por um juiz estrangeiro, uma das questões mais antigas no Brasil, levou o nosso Direito Internacional Privado-DIPriv. a uma evolução sem precedentes nessa matéria. Também Haroldo Valladão (1962, p. 75 et seq.) dedicou um de seus cursos na Academia de Di-

reito Internacional de Haia à dissolução do casamento, demonstrando que, mesmo não conhecendo o divórcio até 1977, o Judiciário brasileiro sempre foi muito aberto ao reconhecimento de sentenças estrangeiras de dissolução do casamento, se pelo menos um dos cônjuges era estrangeiro (SAMPAIO, 1973, p. 102)¹.

Efetivamente, a questão do divórcio esteve por muito tempo relacionada no Brasil a elementos culturais (e jurídicos) específicos, como à forte influência da religião católica no país (SOUZA, 1997, p. 747 et seq.) a ponto de a indissolubilidade do casamento (até 1977)² ou a sua dissolubilidade fazer parte integrante de nossas normas constitucionais (Art. 226, §6º, da Constituição Federal de 1988), logo, da ordem pública em DIPriv (VILLELA, 1980, p. 30). A famosa Súmula 381³, sobre o não reconhecimento de divórcios em foros facilitatórios e por procuração, constitui-se entre nós no maior exemplo de combate à fraude à lei pessoal em nosso Direito Internacional Privado.⁴

Da mesma forma, internacionalmente, o divórcio foi responsável por muitas evoluções na teoria do direito internacional privado, desde a noção de fraude à lei, no famoso caso da princesa Baufremont de 1878, como no que se refere à qualificação entre regras de fundo e regras de forma, da própria evolução da noção de ordem pública⁵, positiva e negativa (GAUDEMET-TALLON, 1991, p. 30), ao hoje concedido reconhecimento automático do divórcio praticamente sem exame da ofensa à ordem pública (ESPLUGUES MOTA, 2003, p. 27 et seq.), nos Estados da União Européia (ANCEI; MUIRWATT, 2001; JAYME, 2003a).

Na Alemanha, o famoso caso do casamento entre um espanhol solteiro e uma alemã divorciada em 1971 teve como base a inexistência da instituição do divórcio na Espanha e a conseqüente proibição daquele casamento, o que foi considerado contra os direitos humanos e os Artigos 3 e 6 da Lei Fundamental de Bonn, resultando assim na evolução da ordem pública positiva com

constitucionalização do Direito Internacional Privado e modificação da EGBGB⁶. Assim também foram os ritos religiosos de divórcios, como o divórcio judaico⁷, que forçaram o Judiciário na Alemanha a reconhecer a necessidade de uma “tolerância funcional” entre essas entidades e o judiciário laico⁸.

Como ensina o meu mestre de Heidelberg, Erik Jayme, o respeito às diferenças culturais é um valor na pós-modernidade e aparece com extrema clareza em matéria de formas de celebração e formas e causas de dissolução do casamento (JAYME, 1999, p. 35-36). Cultura é o conjunto das formas típicas de viver de grandes grupos de pessoas, incluindo suas atividades, suas formas básicas de pensamento, de expressão e de valores, sua maneira de ver o mundo. Em sentido lato, cultura é o resultado da atuação do homem no mundo, aquilo que é diferente da natureza: o mundo cultural é o mundo realizado pelo homem, inclusive suas normas postas e seguidas no dia-a-dia de uma sociedade⁹. Assim, apesar da imigração, os grupos culturalmente ligados, os grupos étnicos e religiosos, como ensina Erik Jayme (1994, p. 344), integram-se nas novas pátrias, como os grupos de descendentes de japoneses no Brasil, mas preservam sua língua, sua religião, seus costumes, seu modo de ver o mundo... sua cultura!

O Direito Comparado sempre separou as “famílias” de direito justamente com base nessas “práticas” e visões culturais diferentes do direito¹⁰. Zweigert e Kötz (1984, p. 406, 416-417) consideram que é característica da “família de direito do extremo oriente” (*der fernöstliche Rechtskreis*) a procura da harmonia pela solução não-conflitual dos litígios e uma forte hierarquia social e interna na família. Em matéria de divórcios, o tema é solucionado longe do Judiciário, que somente é usado quando o consenso não pode ser atingido. Os efeitos do divórcio são tratados em família e muito raramente com a ajuda de mediadores, sendo que o advogado praticamente não tem nenhuma atuação

ou função nesses momentos “privados” (ZWEIGERT; KÖTZ, p. 417).

O grande comparatista, René David (e JAUFFRET-SPINOSI, 1988, p. 614-615), observa que apesar da “ocidentalização” do direito japonês a partir de 1868, os *giri* (regras de comportamento socialmente tradicionais), os códigos de honra puramente costumeiros e uma “ausência da idéia de direito” como o conhecemos no ocidente continuam a “reger” os comportamentos no Japão, e conclui: “Mas, se as instituições japonesas estão totalmente ocidentalizadas, se as técnicas jurídicas estão modernizadas, mesmo assim a sua aplicação na atmosfera cultural japonesa demonstra ainda a atualidade profunda e viva dos princípios tradicionais”¹¹.

Apesar de respeitáveis autores franceses concluírem pela existência de um “conflito de civilizações”¹², principalmente em casos de direito internacional privado envolvendo pessoas com a visão ocidental de direito ou pessoas de países islâmicos, preferirei neste trabalho a expressão do mestre de Heidelberg, Erik Jayme, que, ao refletir sobre o direito de família na sociedade multicultural do ocidente de hoje, preferiu denominá-los “conflitos de cultura” e marcar a identidade cultural de indivíduos vindos do oriente, Ásia e países islâmicos e suas coletividades nos países de imigração, como o Brasil, e considerar que é uma das finalidades do Direito Internacional Privado atual dar respostas diferentes e equitativas à presença de grupos culturalmente diferentes em um mesmo país, resolvendo esse denominado “conflito de leis”, que é em verdade um conflito de “culturas” jurídicas.

O objetivo deste breve trabalho é, pois, refletir sobre a pesquisa com 30 casos envolvendo divórcios japoneses no Supremo Tribunal Federal (STF) de 1975 a 22 de agosto de 2002, que foi realizada em conjunto com alunas da graduação e pós-graduação para servir de base a trabalho da Profa. Dra. Yuko Nishitani apresentado em 2002 e que foi publicada na Revista da Faculdade de

Direito da UFRGS, em setembro de 2002, na Edição especial justamente em homenagem à Cooperação entre a Faculdade de Direito da Universidade de Tohoku, Sendai (Japão), e a Faculdade de Direito da UFRGS (MARCQUES; JACQUES; SCHMITZ, 2002).

Minha hipótese de trabalho é que aqueles 30 casos (23 decisões monocráticas do presidente do Tribunal e 7 acórdãos do Tribunal Pleno) representam uma amostra significativa de como é entendida a instituição do reconhecimento de sentenças pelo Supremo Tribunal Federal. Isto é, uma amostra da forma bastante flexível e aberta para solucionar eventuais “conflitos culturais”, em especial com países de origem de nossos imigrantes majoritários, como o Japão, reconhecendo uma equivalência funcional em atos privados de divórcio consensual, registrados apenas administrativamente no Japão e o divórcio judicial como é aqui conhecido. Dividirei minha análise em duas partes, uma primeira dedicada a compreender os tipos de divórcio segundo o direito japonês e analisar a base legal brasileira e uma segunda dedicada à análise do processo de deliberação concentrado no STF e dos casos levantados.

I – Divórcios declarados no Japão e o direito brasileiro atual: um divórcio consensual e privado reconhecível segundo o direito brasileiro?

Segundo o Prof. Dr. Erik Jayme (1999), da Universidade de Heidelberg, Alemanha, em seu artigo sobre Direito Comparado pós-moderno, o direito comparado pós-moderno estaria mais interessado no diferente, no fluido e especial, aquilo que divide e caracteriza o direito, no atual e específico de cada ordenamento jurídico, a respeitar a identidade social e cultural de cada povo (MARCQUES, 2000). Nessa linha, mister observar que Brasil e Japão apresentam duas culturas, dois povos diferentes, dois sistemas jurídicos bastante distintos. Escolher como objeto de pesquisa essas “diferenças”¹³, es-

pecialmente em Direito Internacional de Família, é a nossa finalidade, assim como verificar se essas “diferenças” podem ser superadas, contornadas ou assimiladas de forma a permitir o reconhecimento de uma mesma funcionalidade ou se essas diferenças significam alguma espécie de ruptura de fundo, violação de princípios basilares ou ofensa ao ordenamento jurídico do outro país.

O divórcio realizado em um país, por exemplo no Japão, por um nissei brasileiro (segunda geração de imigrantes japoneses), que lá reside para trabalhar em uma fábrica, tem de ser reconhecido em outro país, por exemplo, no Brasil, onde o outro cônjuge reside com os filhos ou onde é seu domicílio. Esse divórcio determina a modificação do estado civil desses imigrantes, brasileiros ou japoneses, permite um novo casamento, consolida ou determina a partilha de bens, localizados no Brasil ou no Japão, e leva à regulação dos deveres alimentares entre cônjuges e em relação à eventual prole (FERNANDES ARROYO, 2003, p. 749 et seq.). Mister, pois, analisar os tipos de divórcio japoneses e comparar com as normas brasileiras aplicadas nesses casos.

A – Os tipos de divórcio no direito japonês e sua problemática

Em seu belo artigo, a colega de Sendai, Profa. Dra. Yuko Nishitani (2002, p. 49-53), destaca a importância de compreender os tipos de divórcio do direito japonês e toda a problemática que esses tipos, em especial os consensuais, podem trazer. Efetivamente, como ensina Muir Watt (2001, p. 271), os modelos familiares são afirmações da cultura, do modo de ver os direitos humanos, e, em especial, a atual desagregação da família nas relações privadas internacionais é um grande desafio para o Direito Internacional Privado do mundo globalizado. Gannagé (1992, p. 427) observa que a neutralidade “savigniana” do Direito Internacional Privado, em especial quando populações de origens e tradições culturais diferentes es-

tão em contato, começa a ser substituída por soluções diferenciadas e tópicas, servindo-se muitas vezes da exceção de ordem pública, que pressupõe um exame caso a caso e do resultado da aplicação do direito estrangeiro indicado aplicável. Em matéria de reconhecimento de direitos adquiridos ou constituídos sob a égide da lei estrangeira, geralmente utilizam-se os países de uma noção de ordem pública “menos exigente”, mais flexível e tolerante com as diferenças culturais nos dias de hoje. Vejamos o que ocorre no caso desse encontro de culturas brasileira e japonesa.

1. Cultura jurídica e os divórcios consensuais no Japão

O mestre Erik Jayme, ao receber o título de *doutor honoris causa* pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, analisou esse mesmo levantamento jurisprudencial realizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e conclui que os imigrantes japoneses, mesmo aqueles com domicílio permanente no Brasil, preferiram o foro japonês, ou melhor, o estilo japonês de divorciar-se consensualmente e de maneira privada, a constituir um foro seguro, discreto, um foro-lar (*Heimatforum*), justamente por questões culturais. Tal preferência, mesmo em imigrantes de segunda geração ou imigrações de mais de 40 anos, conclui o mestre, é exemplo da “dimensão cultural” do direito, a ser respeitada em especial pelo direito internacional privado¹⁴. Seria, pois, um exemplo de respeito à autonomia de vontade, como direito básico também em direito internacional de família, a busca do foro e da lei mais adaptada ao sentimento cultural do indivíduo imigrante ou de nacionalidade diferente, sempre que não houvesse fraude à lei ou ofensa à ordem pública¹⁵.

Habermas relembra que, em se tratando de multiculturalismo ou sociedades multiculturais, como a brasileira, a luta dos grupos sociais “diferentes”, como os grupos de raças diferentes ou de imigrantes (por exem-

plo, os grupos afro-americanos ou os grupos de imigrantes nos EUA), é pelo seu reconhecimento como grupo a merecer tratamento diferenciado, mais flexível ou tolerante no Estado Democrático de Direito¹⁶.

Perante a cultura japonesa, de resolver de forma interna e discreta os problemas familiares (FROMONT, 1994, p. 134-135), não é de espantar que existam no país duas “formas” privadas consensuais ou mediadas de dissolução do casamento, sem qualquer presença do Estado no que se refere à declaração de vontade, que é apenas comunicada por meio do registro *a posteriori* no cadastro administrativo do prefeito ou do distrito ou vila rural (Arts. 1 e 16 do *Kosekihō*)¹⁷.

Efetivamente, o Código Civil Japonês (*Kasai Geppō*) prevê, do Art. 763 ao Art. 768, essas formas de divórcio consensual, seja por aceitação simples de uma das partes da “declaração de divórcio” pelo outro (art. 765)¹⁸, seja por mediação por terceiro, em casos mais complexos, seja mediação voluntária ou obrigatória (que Nishitani denomina *Schlichtungs- und Zwangschlichtungsscheidung*) (NISHITANI, 2002, p. 50). O divórcio judicial, com auxílio do juiz, está previsto nos Arts. 770 a 791 e é efetuado perante o Tribunal de família. O Art. 819 do Código civil japonês estabelece as regras sobre guarda de menores e registro no cadastro de família (MARUTSCHKE, 1999, p. 2 et seq.).

Interessa-nos aqui as diferenças culturais. Para nós, brasileiros, acostumados ao litígio e à discussão da culpa no divórcio e a longas e amplas ações de separação e de divórcio em que todos os detalhes da vida em comum pregressa são examinados, chama a atenção a dissolução do casamento poder ser feita por simples “negócio jurídico” registrado após em foro administrativo. No Japão, porém, a aceitação desse tipo de divórcio é enorme, totalizando as formas de divórcio consensual mais de 90% dos casos. Assim, em 1999, 91,46% dos divórcios realizados no Japão foram divórcios “privados”, extrajudiciais conforme determina

o § 764 c/c § 739 do Código Civil Japonês (*Kasai Geppō*); 7,73% dos divórcios ocorreram por arbitragem/ mediação e somente 0,81% por decisões judiciais *stricto sensu*¹⁹. Em seu texto de 2002, Nishitani (2002, p. 49) adiciona ainda mais dados, informando que, em 1997 e 1998, 90,93% dos divórcios no Japão eram privados, somente 8,24% ocorreram por mediação voluntária e 0,4% por mediação imposta e 0,80% apenas eram divórcios judiciais.

São esses divórcios “privados” japoneses que devem ser reconhecidos no Brasil e aparecem em 20 dos 30 casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal em nossa pesquisa²⁰. Assim interessa-nos saber se há realmente essa natureza “administrativa” visualizada pelo STF nos casos ou se, em contrário, a sua natureza “privada” impediria o seu reconhecimento no Brasil.

De outro lado, no Brasil, o divórcio, como instituição, foi uma das mais polêmicas; instituição desconhecida no ordenamento jurídico brasileiro até 1977, alcançou hierarquia constitucional (sua proibição e sua liberalização), sofreu vários limites e integra hoje, sem dúvida alguma, a ordem pública em DIPriv (DOLINGER, 2000, p. 291 et seq.). Daí a importância de aprofundarmos a análise de uma eventual violação de nossa ordem pública por esses tipos de divórcio.

2. As normas japonesas sobre divórcio e os problemas de sua prática

Mister inicialmente examinar algumas normas japonesas de Direito Internacional Privado, na lei especial de DIPriv. denominada *Horei*²¹. Segundo o Art. 3 da *Horei*, a capacidade das pessoas (no caso os japoneses ou brasileiros que divorciam-se no Japão) é regulada pela lei de sua nacionalidade, japonesa ou brasileira (HOREI, 1999, p. 308). Nesse sentido, lembre-se que muitos dos nissei brasileiros, que retornam para o Japão e lá se divorciam dos cônjuges domiciliados no Brasil, são brasileiros e não mais japoneses segundo as leis de nacionalidade japonesas, daí poder ser aplicado a esse

divórcio a lei brasileira. Quanto à forma, o *Horei* apresenta uma regra geral em seu Art. 8 que manda aplicar a lei principal (*lex causae*), a qual regulará os “efeitos do negócio jurídico” (HOREI, 1999, p. 310). Nesse caso, se o divórcio privado de um nissei brasileiro for considerado pelo STF como apenas um problema de forma e não como de mérito, aplicável é a lei principal do divórcio (*lex causae*), a japonesa ou a brasileira.

A lei principal que regula os divórcios realizados no Japão está determinada pelo Art. 16 do *Horei*. Aplicável seria a lei que regula o casamento (envio para o art. 14 do *Horei*), mas se um dos cônjuges é de nacionalidade japonesa ou possui à época do divórcio sua residência habitual no Japão, aplicável é a lei japonesa²².

Em sua palestra de 2001, a professora Nishitani resumiu as regras sobre o Divórcio no Direito Japonês da seguinte forma:

“O Código Civil Japonês (CCJ, Kasis Geppô) prevê o Divórcio privado e o divórcio judicial. A lei sobre Decisões em Matéria Familiar (LDMF, kaji shinpanhō) prevê o divórcio arbitral (administrativo) voluntário e o divórcio arbitral imperativo. Assim temos: (1) Divórcio privado (§§ 764 e 739 CCJ) → Deve ser registrado no ‘registro familiar’ (koseki) conforme a Lei sobre o Registro Familiar (kosekihō); (2) divórcio arbitral é feito no tribunal familiar (administrativo) (Prioridade do arbitramento por mediadores em caso de não consenso: Art. 18, 1 LDMF); (3) divórcio arbitral imperativo (sobre a base do arbitramento e mediação) frente ao Tribunal (administrativo) de Família (Art. 24 LDMF) → Há possibilidade de recurso; (4) Divórcio Judicial frente ao Juiz distrital (Processo normal segundo os Artigos 1 e seguintes da Lei processual sobre processos envolvendo direitos individuais-LPDI, jinji soshō tetsuzukihō), quando um dos motivos de divórcio do § 770,1, CCJ está presente. Há um maior espa-

ço de convencimento e decisão para o Juiz, mas a previsibilidade da decisão é pequena”.

Yuko Nishitani, em sua palestra na UFRGS, em 2001, assim também concluía que, caso um dos 220 mil brasileiros que vivem atualmente no Japão queira divorciar-se, será possivelmente declarado aplicável para esse divórcio o direito japonês, devido aos elementos de conexão escolhidos pela lei japonesa²³.

Mister, pois, destacar as críticas que os próprios autores japoneses tecem com referência ao direito japonês do divórcio consensual. Yuko Nishitani (2002, p. 49) alerta que, como a declaração de divórcio inicia de forma unilateral com um formulário (*Scheidungsformular*), preenchido geralmente pelo marido, e como os japoneses não conhecem a assinatura, mas se utilizam para essa função de carimbos, há muita probabilidade de falseamento dessa declaração de “aceitação” do divórcio. A ponto de existir um instrumento para evitar que um cônjuge possa “declarar” o divórcio consensual sem o consentimento ou conhecimento do outro. O problema do falseamento é tão sério que, desde 1952, o Ministério da Justiça desenvolveu uma diretiva, a qual permite a qualquer dos cônjuges realizar uma declaração no Registro de Família ou Corte familiar denominada “Declaração cautelar de não aceitação da declaração de divórcio privado” (*vorsoglichen Antrag auf Nichtannahme des Scheidungsformulars*), para evitar tal perigo. Informa a autora que, anualmente, cerca de 25 mil pessoas fazem uso desse instrumento preventivo no Japão.

A referida autora vai mais longe, afirmando que, mesmo se o cônjuge mulher realmente consentir na declaração de divórcio do marido, pode ela estar sendo tratada de forma “abusiva” aos olhos ocidentais, pois nessa declaração a parte econômica da dissolução não é tratada ou se tratada, na maioria das vezes, é com renúncia a direitos patrimoniais (NISHITANI, 2002 p. 49). Para se ter uma idéia da força dessa observação

da autora japonesa, mister ponderar que, segundo o Art. 762 do Código Civil japonês, o regime de bens legal já é o da separação de bens e, anualmente, apenas 15 casais optam no Japão por outro regime de bens mais favorável às mulheres. Informa também que, em 50% dos divórcios privados, os alimentos para a mulher não são concedidos e que, em 80% dos divórcios, o tema dos alimentos para os filhos sequer é tratado nessa declaração de divórcio!²⁴ Essas estatísticas impressionam se pensarmos que se tratam de divórcios diretos, sem prévia separação judicial e partilha.

Sendo assim, Yuko Nishitani (2002, p. 52) defende, em seu artigo de 2002, que as “declarações de divórcio” consensuais, mesmo que registradas administrativamente, não equivalem funcionalmente às decisões judiciais ou sentenças (*Urteil*) ou aos atos oficiais (*Hoheitsaktes*), como é exigido pelo direito alemão (§328 ZPO), que está analisando. A mesma conclusão poder-se-ia chegar analisando-se o direito brasileiro. Lembra que a doutrina alemã reconhece esses divórcios apenas como “negócios jurídicos”²⁵.

Note-se que Erik Jayme (1994, p. 351)²⁶ destaca a abertura cultural que esse reconhecimento também representa, pois a Corte Federal Alemã reconheceu mesmo validade a um divórcio baseado em mútuo consentimento de dois tailandeses, declarado por negócio jurídico, mas em território alemão! Segundo o mestre, é o *revival* da autonomia de vontade que ganha espaço no direito internacional privado de família, um desenvolvimento que deve ser saudado e não combatido, se respeita a identidade cultural dos envolvidos e respeita os direitos humanos dos envolvidos (JAYME, 1994, p. 356; GANNAGÉ, 1992, p. 425 et seq.).

Segundo Yuko Nishitani (2002, p. 53), o divórcio mediado preenche, sim, funcionalmente os requisitos, pois o mediador cuida para que o cônjuge mais fraco receba um tratamento econômico correto; assim também um divórcio perante o juiz japonês pode e deve ser reconhecido em outros países.

Em resumo, é grande a probabilidade que se aplique a lei japonesa aos divórcios de brasileiros de origem japonesa residentes habitualmente no Japão e que este seja um divórcio privado, consensual, por declaração em formulário. Melhor seria que nesses casos, quando o cônjuge sabe que deverá reconhecer o divórcio no Brasil, que se escolhesse a via do divórcio por arbitragem/ mediação ou judicial, pois estes não teriam nenhum problema para serem reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal.

B – Comparando as normas e a função dos divórcios privados japoneses com os divórcios brasileiros: reconhecimento ou violação da ordem pública?

Efetivamente, as observações realizadas por Yuko Nishitani sobre as várias possibilidades de fraude e as dificuldades referentes aos divórcios consensuais japoneses revelam um problema sério para determinar se há ou não ofensa a nossa ordem pública e qual a natureza desses divórcios. O Supremo Tribunal Federal tem considerado todos esses casos como divórcios “administrativos” e os reconhecido sem muitas indagações, sendo que a problemática da ordem pública não é sequer mencionada. Nos 30 casos analisados, o único motivo usado para recusar homologação foi a competência absoluta do juízo brasileiro, envolvendo divórcio de nacionais japoneses domiciliados no Brasil, mas proferido no Paraguai (MARQUES; JACQUES; SCHIMIDT, 2002, p. 218-219). Daí a necessidade de passarmos ao exame das normas brasileiras sobre o assunto.

1. As normas brasileiras principais sobre divórcio

O novo Código Civil de 2002 regula a dissolução do casamento pelo divórcio nos Arts. 1.571 e seguintes²⁷. As regras determinam os efeitos da separação e do divórcio, no que se refere ao nome, à guarda dos filhos, ao direito de visitas, aos alimentos ao cônjuge e aos filhos e à partilha de bens²⁸.

Preocupa-se também com o registro do estado civil de divorciado, afirmando: “Art. 10. Far-se-á averbação em registro público: I – das sentenças que decretarem a nulidade ou anulação do casamento, o divórcio, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal”. Trata-se de requisito para a habilitação para novo casamento²⁹. Segundo a jurisprudência brasileira, a interpretação dessas normas pode ser no sentido que o divórcio consensual não necessita realizar a partilha (Súmula 197 do STJ)³⁰, e que a renúncia da esposa aos alimentos é definitiva³¹, sem que isso ofenda a nossa ordem pública.

No Direito Internacional Privado, o Art. 7 da LICC/42 dispõe: “A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.” O §6º do Art. 7º da LICC/42 refere-se à homologação de sentenças de divórcio de brasileiros, impondo os mesmos prazos da lei do divórcio de 1977. Seu espírito é positivo para a homologação dessas sentenças:

“Art. 7º... § 6º. O divórcio realiza-se no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de três anos da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no País. O Supremo Tribunal Federal, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais”³².

Não há unanimidade entre os autores brasileiros qual a lei indicada aplicável para o divórcio de estrangeiros no Brasil, se a do domicílio conjugal, segundo o Art. 7º *caput* como lei geral para os direitos de família³³,

ou, como parte da doutrina defende, a lei da nacionalidade comum desses cônjuges, em interpretação do §6º do Art. 7º da LICC/42 como estabelecendo o elemento de conexão de nacionalidade³⁴.

2. A evolução histórica das normas sobre o divórcio e a exceção de ordem pública em matéria de divórcio

Antes de passarmos ao exame das normas brasileiras que regem o reconhecimento hoje das sentenças de divórcio, e o exame dos casos levantados, mister relembrar a evolução histórica da instituição divórcio no Brasil. Como antes mencionado, até a Emenda Constitucional de 1977, as constituições brasileiras consideravam o casamento indissolúvel, logo, a instituição “divórcio” era desconhecida no país³⁵.

Como explica Oscar Tenório (1955, p. 287), a justiça brasileira de 1894 a 1917 (data da entrada em vigor das normas da Introdução ao Código Civil) sempre considerou que “o divórcio é um ato jurídico perfeito, cujas conseqüências são admitidas em toda parte”, daí discutir-se se seu reconhecimento no Brasil ofendia ou não a ordem pública. Vejamos a evolução.

O Código Civil Brasileiro de 1916, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1917, como ensina Haroldo Valladão, adotara “em sua introdução, art. 8º, o princípio da lei nacional para os direitos de família e, art. 17, o limite da ordem pública. Daí perdurar a jurisprudência da inadmissibilidade da decretação de qualquer divórcio ‘a vínculo’ no Brasil, por ser contrário à ordem pública (acórdão *leader* do STF, Ap. Cív. 2755, Rev. Sup. Trib. Fed. 30/194)... A jurisprudência evoluiu com um espírito muito largo... A princípio, recusava simplesmente a homologação às sentenças estrangeiras de divórcio, que eram todas consideradas contrárias à ordem pública; depois homologou-as somente para efeitos patrimoniais... facilitando, assim, a vida no Brasil dos divorciados no estrangeiro (Clunet, 1932, 1.111 a 1.120). Foi um aplicação feliz do princípio

da aproximação ou adaptação... Afinal, concedeu a homologação, para todos os efeitos, inclusive os de contratar novo casamento no Brasil, se o divórcio era admitido pela lei do lugar onde foi promulgado e pela lei nacional dos cônjuges, o que exclui os brasileiros. Se um dos cônjuges era brasileiro e o outro estrangeiro, reconhecia a sentença estrangeira para o brasileiro, com efeitos somente patrimoniais, e para o estrangeiro, se a lei nacional o autorizasse, para todos os efeitos, inclusive o de novo casamento no Brasil, o que criava uma situação de desigualdade que chocava a opinião pública”.

A nova Lei de Introdução de 1942 pôs fim às controvérsias estabelecendo claramente que o reconhecimento de sentenças de divórcios de estrangeiros, mesmo que domiciliados no país, era possível, mas seu novo casamento no Brasil, não. Assim afirmava expressamente o Art. 7º, § 6º da Lei de Introdução ao Código Civil até 1977:

“Art. 7º, § 6º. Não será reconhecido no Brasil o divórcio, se os cônjuges forem brasileiros. Se um deles o fôr, será reconhecido o divórcio quanto ao outro, que não poderá, entretanto, casar-se no Brasil”.

Em resumo, antes de 1917³⁶, mesmo para reconhecimento e para verificar se havia fraude à lei, o elemento de conexão indireto utilizado era o da nacionalidade de cada cônjuge, a “lei da sua pátria” (TENÓRIO, 1955, p. 288). Depois de 1942, o elemento de conexão principal passou a ser o domicílio, mas a Lei de Introdução de 1942 rompia seu próprio sistema em matéria de divórcio e, mesmo assumindo como elemento de conexão principal, do Art. 7º caput, o domicílio da pessoa, manteve em matéria de divórcio uma autorização especial de reconhecimento de sentenças estrangeiras de divórcio de pessoas domiciliadas no Brasil, se estrangeiras e se sua lei nacional (e a do foro) permitia o divórcio!³⁷

Como ensina Ana Maria Villela (1980, p. 8-11), em matéria de reconhecimento de sentenças, a matéria foi desenvolvida mais

pelos juízes do que pela legislação, e o exame concentrava-se na competência do juiz estrangeiro que ditava o divórcio, esta sim dada pela nacionalidade dos cônjuges ou seu domicílio. Sendo assim, a justiça brasileira reconhecia os atos de divórcio de estrangeiros, em foros competentes e se sua lei assim permitisse esse divórcio.

Interessante notar que os textos dos Arts. 52 e 56 do Código de Bustamante, que previam o elemento de conexão do domicílio matrimonial para o divórcio e a separação, nunca entraram em vigor no Brasil³⁸. O Art. 318 desse Código permitia que os cônjuges submetessem-se, nessas ações, a competência de um foro escolhido, o que, segundo Valladão (1962, p. 122), também não foi aceito no Brasil em matéria de divórcio, como demonstrou a posterior jurisprudência do STF na Súmula 381 (SAMPAIO, 1973, p. 23).

A Súmula 381 do Supremo Tribunal Federal veio justamente combater esse tipo de “fraude à lei”, pois os estrangeiros domiciliados no Brasil passaram a utilizar-se de foros facilitatórios do divórcio, como o México ou Reno (Estados Unidos da América), e a divorciarem-se por procuração, em países que não eram nacionais ou com os quais não tinham em princípio nenhuma conexão verdadeira. Esses divórcios não foram reconhecidos pelo STF, apesar de os cônjuges terem ambos “escolhido” voluntariamente esses foros³⁹.

A Súmula 381 do STF, consolida a jurisprudência brasileira no sentido de que:

“Não se homologa sentença de divórcio obtida por procuração, em país de que os cônjuges não eram nacionais” (SAMPAIO, 1973, p. 23).

Note-se que a circunstância de os estrangeiros serem casados no Brasil ou manterem aqui seu domicílio nunca foi considerada impeditiva do divórcio no exterior e de seu reconhecimento pelo STF (SAMPAIO, p. 27). Da mesma forma, o direito brasileiro sempre foi bastante estrito, seja considerando as mudanças automáticas de nacionalidade como fraude à lei, seja não conceden-

do a nacionalidade brasileira à mulher que casasse com nacional, sendo assim podia esta obter o divórcio como estrangeira no exterior⁴⁰.

Vejam a base legal atual sobre ofensa à ordem pública. Segundo ensina Jacob Dolinger, a exceção de ordem pública não é passível de definição, sendo relativa, casuística e contemporânea: “A Ordem Pública no DIPR impede a aplicação de leis estrangeiras, o reconhecimento de atos realizados no exterior e a execução de sentenças proferidas por tribunais de outros países, constituindo-se no mais importante dos princípios da disciplina” (CALIXTO, 1987; DOLINGER, 1979, p. 329-330). A determinação se um ato estrangeiro ou uma decisão ou sentença de divórcio ofende a ordem pública brasileira é feita pelo juiz, no caso concreto e com as noções dos dias de hoje. Concorde-se com Andreas Bucher (1993, p. 69) que a função primeira da cláusula de exceção da ordem pública é preservar os valores essenciais de justiça da ordem jurídica do foro.

A base legal da exceção de ordem pública atual ainda é o Art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, que dispõe:

“Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

Também a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado – que não é aplicada em relação a casos japoneses, mas pode servir de inspiração ao juiz brasileiro – proíbe a fraude à lei nos seguintes termos⁴¹:

“Artigo 6. Não se aplicará como direito estrangeiro o direito de um Estado Parte quando artificialmente se tenham burlado os princípios fundamentais da lei do outro Estado Parte.

Ficará a juízo das autoridades competentes do Estado receptor determinar a intenção fraudulenta das partes interessadas”.

Quanto ao reconhecimento de sentenças, a base legal expressamente inclui a exceção da ordem pública no Art. 15 da LICC/42:

“Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:

a) haver sido proferida por juiz competente;

b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;

c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;

d) estar traduzida por intérprete autorizado;

e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas”.

Esse artigo foi modificado pelos Artigos 483 do CPC e 216 e 217 do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal, como veremos⁴². Os requisitos formais necessários para o Supremo Tribunal Federal conceder uma homologação de sentença estrangeira são, segundo os artigos 216 e 217 do Regimento Interno do STF, os seguintes: competência do juiz prolator; terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias à execução no lugar em que foi proferida; estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução oficial; além do requisito da negativa de ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes (MOREIRA, 1998, p. 59-60).

Antes de passarmos ao exame dos 30 casos aqui estudados, mister observar que, como ensina Pedro Sampaio (1973, p. 73), o direito brasileiro desde a Sentença Estrangeira nº 912 da Dinamarca sempre reconheceu o divórcio emanado de autoridade administrativa: “As sentenças de divórcio pro-

nunciadas por autoridade administrativa do poder executivo, consoante os ditames internos do Estado do qual emanam, preencham, no particular, o exigido por nossa lei, podendo, tais decisões, ser homologadas, independentemente do grau hierárquico de quem as proferiu”.

Ao contrário, em matéria de autoridade religiosa, o divórcio realizado de pessoas domiciliadas no Brasil normalmente não era reconhecido pelo STF por falta de competência dessa jurisdição, como demonstra a Sentença Estrangeira nº 2016 do Líbano, cuja ementa ensina:

“As relações de família não se submetem, no território brasileiro, a outra jurisdição que não a dos tribunais civis, instruídos por lei” (SAMPAIO, 1973, p. 76).

II – O reconhecimento dos divórcios consensuais japoneses pelo Supremo Tribunal Federal

Segundo demonstrou nosso levantamento dos 30 casos de divórcios japoneses reconhecidos pelo STF desde a entrada em vigor da Constituição de 1988 até agosto de 2002, o STF não demonstra qualquer dificuldade em reconhecer esses divórcios privados e afirma:

“É certo prever o artigo 102, inciso I, alínea ‘h’, da Constituição Federal a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originalmente, a homologação de sentenças estrangeiras. Todavia, há de adotar-se interpretação aditiva, vislumbrando-se, na referência a sentenças estrangeiras, documentos que, segundo a legislação de origem, tenham tal envergadura. É o caso do ato administrativo de divórcio. No Japão, o desenlace matrimonial não é alcançado via sentença, mas mediante o registro no cartório competente, atuando o administrador do distrito”⁴³.

Efetivamente, a Constituição Federal no seu art.102, inciso I, alínea “h” estabelece a

competência do STF para processar e julgar a homologação de sentenças estrangeiras e, segundo essa interpretação majoritária, estaria inserido nesse conceito qualquer documento que, segundo a legislação da origem do país, tenha-se como funcionalmente válido para decretar o divórcio (RECHSTEINER, 1996, p. 199). Efetivamente, mesmo antes da introdução do divórcio no Brasil, em 1977, o STF reconhecia divórcios proferidos no exterior de estrangeiros, afirmando: “Homologa-se o divórcio se foi feito com as formalidades de seu país de origem” (STF, SE 1382-Noruega) (SAMPAIO, 1973, p. 97).

Vejamos o processo de delibação brasileiro sobre o tema (A) e o exame dos casos concretos (B).

A - O Processo de delibação adaptado aos divórcios privados japoneses

O reconhecimento das decisões estrangeiras é uma parte importante do Direito Internacional Privado ou do Processo Civil Internacional, visando justamente garantir o atendimento das finalidades de harmonia internacional de decisões almeçadas por essas disciplinas. Visa igualmente dar às partes a segurança jurídica, por meio da circulação dos julgados e atos, o reconhecimento dos direitos adquiridos e situações juridicamente constituídas no exterior. Como ensina o grande mestre português, recentemente falecido, Antonio Marques dos Santos (1998, p. 309): “o fundamento do reconhecimento das sentenças estrangeiras é a continuidade das situações jurídico-privadas internacionais, a sua previsibilidade, a segurança jurídica que deriva da atuação consoante às expectativas fundadas dos sujeitos de direitos: trata-se pois de justiça formal, própria do Direito Internacional Privado...”.

1. A delibação concentrada no Supremo Tribunal Federal

Desde 1894, o reconhecimento de sentenças estrangeiras está concentrado no Supremo Tribunal Federal (BOUCAULT,

1999, p. 5), mas as sentenças cíveis meramente declaratórias não necessitavam de *exequatur* no Brasil⁴⁴. Certo é que as decisões (privadas, administrativas ou judiciais) necessitam de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, no sistema do direito brasileiro atual, não podendo ser averbadas diretamente. Segundo a posição majoritária da doutrina, o parágrafo único do Art. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 (que afirma: “Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas”) foi derogado pelo Art. 483 da lei mais nova especial, o Código de Processo Civil, impondo-se hoje a necessidade de homologação de qualquer sentença estrangeira, inclusive a de divórcio, as decisões arbitrais e as proferidas em jurisdição voluntária. O art. 483 do Código de Processo Civil dispõe que: “A sentença proferida por Tribunal Estrangeiro não terá eficácia no Brasil se não depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal”. Nesse sentido, decidiu definitivamente o Supremo Tribunal Federal na Petição avulsa nº 11:

“Sentença estrangeira de divórcio. Pedido de averbação desse ato sentencial dirigido a magistrado estadual. Alegada desnecessidade de prévia homologação, em face do art. 15, parágrafo único da LICC. Norma legal derogada pelo CPC (art. 483). Magistério da doutrina. Impossibilidade processual da instauração de deliberação incidente. Ação de homologação de sentença estrangeira. Sistema de contenciosidade limitada. Evolução do instituto no direito brasileiro. Indispensabilidade da homologação prévia de qualquer sentença estrangeira, quaisquer que sejam os efeitos postulados pela parte interessada. Precedente do STF”.

Como ensina Rechsteiner (1996, p. 202), mesmo realizadas perante a um órgão administrativo, as decisões de divórcio estrangeiras por mútuo consentimento podem ser reconhecidas no Brasil se “em conformida-

de com o sistema jurídico do país de origem”. A doutrina brasileira sempre foi bastante positiva e flexível em relação a decisões administrativas, arbitrais e mesmo religiosas, afirmando Pontes de Miranda (1974, p. 90): “Na expressão sentenças estrangeiras compreendem-se todas as decisões judiciais que precisam ter eficácia alhures desde que decisão cível ou com eficácia cível. Incluem-se as decisões arbitrais e as autoridades administrativas, se tem eficácia cível”.

O sistema seguido pelo direito brasileiro é o da deliberação⁴⁵. Seguindo o modelo italiano antigo, realiza o STF somente um *juízo de deliberação* sem avaliar, no entanto, o mérito da decisão estrangeira a ser homologada (DOLINGER, 1985, p. 854). Esse *juízo de deliberação* visa assegurar que a decisão estrangeira preencheu os requisitos de homologabilidade exigidos pela legislação brasileira não existindo ofensa à ordem pública, à soberania nacional ou aos bons costumes, mas aqui o exame é limitado⁴⁶. Efetivamente, o STF tem reiteradamente negado alargar as discussões no processo delibatório⁴⁷ e utiliza-se de uma noção de ordem pública bastante restrita⁴⁸.

Os requisitos formais necessários para o Supremo Tribunal Federal conceder uma homologação são, segundo os artigos 216 e 217 do Regimento Interno do STF, os seguintes: a) competência do juiz prolator; b) citação do réu; c) trânsito em julgado do ato sentencial; e d) autenticidade e tradução por tradutor juramentado (MOREIRA, 1998, p. 59-60). Os demais requisitos encontram-se repetidos no Art. 15 da LICC/42 e Art. 483 do CPC e são todos voltados para sentenças ou decisões de instâncias públicas.

O mestre português Álvaro da Costa Machado Villela (1921, p. 505) elogiava o direito brasileiro afirmando: “O único sistema lógico é o sistema da deliberação, enquanto reconhece a decisão do tribunal estrangeiro e limita os poderes do tribunal do *exequatur* a um exame formal, para verificar se trata-se de uma sentença regular e definiti-

va, revestida de autenticidade, proferida por tribunal competente não contrária às leis locais de interesse e ordem pública. Com efeito, em face do respeito devido às jurisdições internacionalmente competentes para decidir as questões entre particulares, o tribunal do *exequatur* não deve apreciar o mérito da decisão”.

Interessante destacar que esse autor português preocupou-se com a análise dos efeitos que podem ter a decisão estrangeira, mesmo declaratória de divórcio, a ser homologada, e ensina: “Sob dois aspectos gerais, uma sentença estrangeira pode ser invocada: ou como ato de jurisdição que declarou um direito de modo definitivo, ou como um simples documento donde consta a verificação de um fato ou de um direito”. E continua: “quando a sentença estrangeira é invocada como ato de jurisdição, ainda o pode ser para um de dois fins: ou para servir de título executivo numa execução forçada, ou para produzir qualquer outro efeito inerente ao caso julgado, como para fazer um registro predial ou para deduzir a exceção de caso julgado” (VILLELA, 1921, p. 505). Aqui uma observação importante, pois o efeito da homologação da declaração registrada de divórcio no Japão é apenas declaratório no território brasileiro, a indicar que realmente a visão positiva do direito brasileiro em relação às diferenças culturais Brasil-Japão pode indicar um caminho certo: harmonia internacional de decisões e respeito às diferenças culturais!

2. A ordem pública brasileira em matéria de divórcios

Analisando a ordem pública em matéria de homologação de sentenças, Boucault defende que o “conceito de ordem pública, dada sua amplitude e elasticidade, deve comportar um abrandamento na aplicação da norma estrangeira, em observância à liberdade cultural dos povos” (BOULCAULT, 1999, p. 47). Como ensina Rechsteiner (1996, 205), são raros os casos em que o Supremo Tribunal Federal considera a ordem públi-

ca brasileira violada em virtude de motivos de direito material, geralmente são os requisitos processuais antes expostos os mais usados.

As críticas de Yuko Nishitani, quanto a não equivalência funcional dos divórcios privados japoneses às sentenças e de possíveis violações à nossa ordem pública, devem ser aqui examinadas. O primeiro aspecto levantado é o fato de os divórcios japoneses geralmente não envolverem a partilha dos bens do casal. Aqui vários podem ser os comentários. No *leading case* da Sentença Estrangeira nº 4.512-6-Confederação Helvética⁴⁹, em que casal de brasileiros residentes na Suíça requeriam a homologação de sentença de divórcio consensual sem partilha, essa homologação foi concedida, uma vez que a partilha tinha-se realizado anos antes, na separação (BOULCAULT, 1999, p. 40). Note-se que a competência para realizar partilha de bens situados no Brasil, por força do Art. 89, I, e 89, II, do CPC é exclusiva do juiz brasileiro⁵⁰. Também conhece o direito brasileiro o divórcio sem partilha de bens (que será realizada no futuro ou já realizou-se no passado). Assim dispõe também a Súmula 197 do Superior Tribunal de Justiça: “O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens”. Na Sentença estrangeira 4844, o Ministro Gallotti deferiu uma homologação com ressalvas, excluindo a partilha dos bens situados no Brasil, pois esses de exclusiva competência do juiz brasileiro⁵¹. Sendo assim, conclui-se que – perante o STF – é até mais fácil realizar-se a homologação de uma decisão estrangeira de divórcio consensual japonês se essa não regular a partilha de bens!

O segundo aspecto é a necessária proteção do cônjuge mulher. Quanto à competência, bastante controversa é a vigência do Art. 100, I, do CPC de um foro privilegiado para a mulher em matéria de divórcio, após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e seu Art. 5º sobre isonomia entre homens e mulheres (CAMBI, p. 186 et seq.).

Em outras palavras, a tradição da jurisprudência brasileira é considerar esse foro privilegiado como competência concorrente e interpretar a norma, mesmo restritivamente, para determinar a própria incompetência da justiça brasileira caso apenas o marido aqui seja domiciliado, isso como forma de “proteger” as esposas⁵². Em resumo, a doutrina e a jurisprudência brasileiras são unânimes ao reconhecer e interpretar o art. 100, inciso I, do CPC como assegurando competência do juízo da residência da mulher brasileira, se essa for a autora ou a ré da ação de divórcio⁵³. Trata-se, porém, de competência relativa; sendo assim, poderia ser alterada (prorrogada) por vontade de ambas as partes, como o foi no caso dos divórcios consensuais japoneses. Essa linha da jurisprudência poderia, porém, ajudar a esposa residente no Brasil, caso o divórcio japonês tenha sido realizado sem ou contra sua vontade⁵⁴. Jacob Dolinger (1987, p. 260) defende veementemente a aplicação, em casos atípicos ou internacionais, do art. 100, inciso I, do CPC, considerando-a importante questão de Justiça para a proteção da esposa estrangeira residente no Brasil ou em outro país: “A tese defendida pela mulher de que lhe cabia o privilégio do foro com base no artigo 100, I, do CPC não poderia ter sido negada, com o argumento que vários tribunais invocam de que seu domicílio era efetivamente no Brasil por força do domicílio local do marido”. Igualmente, defende a aplicação do Art. 100, I, do CPC sempre a favor da esposa, Ana Maria Villela (1980, *passim*).

De outro lado, como vimos, segundo o STF, o simples fato de o divórcio ser realizado perante um órgão administrativo (por mediação estatal, por exemplo), um tribunal religioso ou um árbitro/mediador não ofende a ordem pública brasileira. Ao contrário, parece haver, após 1977, um espírito brasileiro de “favor divórcio” em nossa ordem pública⁵⁵. A pergunta é se o divórcio “amigável” ou consensual apenas registrado pelo Prefeito municipal, como no Japão,

ofende a nossa ordem pública. Pedro Sampaio (1973, p. 97), em sua obra de 1973, portanto, anterior à introdução do divórcio no Brasil, já afirmava que não: “Homologa-se o divórcio amigável registrado no Japão pelo Prefeito municipal. A lei deste país reconhece como legal o divórcio consensual processado nessas condições”.

A tradição do STF, pois, é, em sentido oposto, bastante flexível. De outro lado, sempre mostrou-se aberto a reconhecer divórcios não-judiciais, desde que de acordo com a cultura local, seja quando estivesse presente alguma autoridade administrativa registradora⁵⁶, seja religiosa⁵⁷.

B – Exame de 30 casos de divórcios japoneses no STF de 1975 a agosto de 2002

Dos trinta casos examinados, vinte eram de divórcios por mútuo consentimento, registrados perante autoridade administrativa no Japão, cinco eram de divórcios “judiciais” ou mediados e cinco eram de cartas rogatórias de citação em divórcios judiciais, um inclusive correndo na justiça brasileira. Vejamos os detalhes desses 29 “divórcios” ocorrendo no Japão e um divórcio judicial processado no Brasil.

1. O exame dos 20 casos de divórcios consensuais administrativos

A decisão do STF em 19 desses casos foi pelo deferimento do pedido de homologação. Na SE 4269, julgada em 16.08.1991, pelo Tribunal Pleno, o pedido não foi indeferido, mas sim o processo extinto (de forma a permitir novo pedido) devido à instrução deficitária, pois não constava o original do registro administrativo japonês. A ementa da decisão foi a seguinte:

“Divórcio amigável, procedente do Japão. Ausência do teor do ato administrativo que se pretende homologar, não bastando, para a homologação, perante o STF, a prova da sua averbação, no registro civil (art. 218 e 219 e seu parágrafo único do regimento interno). Extinção do processo com res-

salva da possibilidade de renovação do pedido, instruído com o documento indispensável”⁵⁸.

Desses 19 deferimentos, dezessete deram-se por decisão monocrática e 2 por decisão do Tribunal Pleno. Apenas nos dois casos da SE 2251/JA e da SE 6399/JA, a decisão foi do Tribunal Pleno. Nesses casos, é utilizada a expressão “sentença estrangeira” para o ato administrativo japonês, utilizando-se o STF, geralmente da seguinte ementa, que cita precedentes de homologação de divórcios “privados” ou “administrativos” da Noruega, Dinamarca e Japão para conceder o pedido:

“SENTENÇA ESTRANGEIRA – HOMOLOGAÇÃO – DIVÓRCIO – ATO ADMINISTRATIVO – EXTENSÃO. A norma inserta na alínea ‘h’ do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal, segundo a qual compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a homologação das sentenças estrangeiras, há de ser tomada respeitando-se a soberania do país em que praticado o ato. Prevendo a respectiva legislação o divórcio mediante simples ato administrativo, como ocorre, por exemplo, no Japão, cabível é a homologação para que surta efeitos no território brasileiro. Precedentes: Sentença Estrangeira nº 1.282/Noruega, Relator Ministro Mário Guimarães; Sentença Estrangeira nº 1.312/Japão, Relator Ministro Mário Guimarães; Sentença Estrangeira nº 1.943/Dinamarca, Relator Ministro Aducto Cardoso; Sentença Estrangeira nº 2.251/Japão, Relator Ministro Moreira Alves; Sentença Estrangeira nº 2.626/Bélgica, Presidente Ministro Antonio Neder; Sentença Estrangeira nº 2.891/Japão, Presidente Ministro Xavier de Albuquerque; Sentenças Estrangeiras nºs 3.298, 3.371 e 3.372, todas do Japão, Presidente Ministro Cordeiro Guerra; e Sentença Estrangeira nº 3.724/Japão,

Presidente Ministro Moreira Alves” (SEC 6399 / JA – Japão, Min. Marco Aurélio, j. 21/06/2000).

Nos outros 17 casos⁵⁹, a decisão monocrática do Presidente foi das mais simples e consta a seguinte ementa: “Certidão Administrativa de Divórcio – Eficácia de Sentença – Homologação”⁶⁰.

Nesses 17 casos, estavam presentes a tradução, “a notícia do trânsito em julgado”, e o documento original de registro administrativo de um prefeito ou de um administrador local, que, segundo o STF, “equivale à sentença irrecorrível” (SE 5125/JA)⁶¹. O Presidente do STF, citando os precedentes da Dinamarca (SE 1943), Bélgica (SE 2626) e vários do Japão (SE 1312, SE 2891-3, SE 3298-8, SE 3371-2, SE 3372-1, SE 1742), e com parecer do Ministério Público Federal pelo deferimento ao interpretar cumpridas as formalidades (Art. 102.I,h, CPC e RISTF), decidiu da seguinte forma:

“Defiro o pedido formulado e homologo, para que surta eficácia no Brasil, o ato mediante o qual os requerentes divorciaram-se. 3. Expeça-se a carta de sentença. 4. Publique-se”⁶².

Nesses 17 casos, porém, encontramos 5 casos com decisão do Presidente diferenciada. Em 3 casos (SE 6527/JA, SE 6882/JA e SE 6969/JA), é a mulher que requer sozinho a homologação perante o STF. Em um desses casos (SE 6969/JA), o marido comparece ao STF para declarar que não se opõe à homologação⁶³, mas nos outros dois casos foi realizada a citação por edital do cônjuge varão e concedido-lhe curador especial que não se opôs à homologação⁶⁴. Aqui observa-se o interesse na mulher japonesa ou descendente de japoneses, com domicílio no Brasil, de ver homologado seu divórcio “amigável” japonês no Brasil para que surta todos os efeitos.

Interessante observar que, no caso da SE 7410/JA, a divorcianda mulher requereu, perante o STF, também a mudança de seu nome⁶⁵. Como essa alteração de nome não constava do registro administrativo japonês

e o STF manteve sua linha de não admitir a extensão do processo deliberatório, o pedido de homologação foi deferido, mas sem modificação do nome, uma vez que: “A modificação de nome não compõe a certidão”⁶⁶.

Também interessante é um caso mais antigo, anterior à Constituição de 1988, enquanto vigorava o Art. 38 da Lei de Divórcio (Lei 6.515/1977), o qual proibia o segundo divórcio do cônjuge brasileiro. Nesse caso da SE 3869/JA, tratava-se do reconhecimento dos dois divórcios entre os mesmos cônjuges, um cônjuge brasileiro e um japonês. O STF homologou o primeiro divórcio sem restrições e homologou o segundo divórcio administrativo japonês com eficácia irrestrita para o cônjuge japonês e considerou o cônjuge brasileiro apenas “separado judicialmente”⁶⁷. Certa estava Ana Maria Villela (1980, p. 83 et seq.) quando afirmava que a lacunosa e conservadora lei brasileira de divórcio de 1977 traria muitos problemas em direito internacional privado para o Brasil! Após 1988, a decisão foi revista.

Os problemas, porém, com a lei do divórcio, não cessaram com a Constituição Federal de 1988, ao contrário, esta impôs como imperativos os prazos da Lei brasileira para o reconhecimento de divórcio de brasileiros, mesmo que declarados no exterior. Sendo assim, encontramos na SE 7202/JA⁶⁸ um caso do divórcio administrativo japonês de dois brasileiros, residentes no Japão, que foi reconhecido pelo STF, mas com eficácia apenas passado o prazo do Art. 226, §6º, da CF/1988, considerando-se ambos, no Brasil até aquela data, como “separados judicialmente”. A ementa da decisão é a seguinte:

“Defiro o pedido formulado e homologo, com a restrição de que o ato mediante o qual os requerentes divorciaram-se somente produzirá efeitos plenos a partir de 05 de março de 2002 (Art. 226, §6º da Constituição Federal), observando-se, até essa data, o instituto da separação judicial”⁶⁹.

Resta, pois, a dúvida se o “elemento de

conexão” indireto da nacionalidade, continua a reger o sistema de homologação de sentenças de divórcio no Brasil. Em outras palavras, o STF utilizou o Art. 7º, §6º, da Lei de Introdução interpretado de acordo com os prazos do Art. 226, §6º, da CF/88 e manteve a tradição brasileira desde 1977 de imperatividade dos prazos de separação de fato ou judicial para a concessão do divórcio.

2. O exame dos outros casos

Os outros 10 casos levantados em nossa pesquisa versam 5 sobre cartas rogatórias de citação de cônjuges no Brasil e Japão (CR 9772/JA, CR 9965/JA, CR 10091/JA, CR 9677/JA e PET 1582/SP), de 4 ditas “sentenças” japonesas de divórcio e uma sentença paraguaia. Desses casos, oito foram concedidos e 2 negados.

As 4 cartas rogatórias passivas vindas do Japão referem-se à citação da mulher (CR 9965/JA, CR 9677/JA) ou do marido (CR 10091/JA e CR 9772/JA) no Brasil⁷⁰. Nessas 4 decisões, o STF examina se houve ou não ofensa à nossa ordem pública pelo fato de um brasileiro, esposa ou marido, estar respondendo uma “ação de divórcio” perante um Tribunal de Família no Japão e conclui que não há ofensa, pois a competência é concorrente. Interessante é a CR 9677/JA, em que a esposa brasileira é citada para uma audiência – um ano antes – no Tribunal de Família no Japão e ela mesma havia entrado com um divórcio litigioso no foro de Piracicaba, em São Paulo⁷¹. Como o STF não considerou exclusiva a competência do foro brasileiro na decisão de 2001 e concedeu o *exequatur*, em 2002, a esposa entrou com uma segunda “alegação” de que ofenderia a nossa ordem pública tal “divórcio” judicial no Japão, pois o casamento havia acontecido no Brasil, em 1988, e sob a égide do direito brasileiro. Nenhum desses argumentos sensibilizou o STF, que manteve a citação e concluiu que não havia qualquer ofensa à nossa ordem pública. A quinta Carta Rogatória é ativa, em que juiz de São Paulo requer ao STF a citação de cônju-

ge domiciliado no Japão. Nessa PET 1582/SP, o STF conclui que não é necessário passar as cartas rogatórias ativas pelo STF e nega o pedido que deve ser encaminhado diretamente ao Ministério da Justiça⁷².

Dos outros 4 casos, todos homologados pelo STF, há menção de sentença do Tribunal de Família. Em um caso houve renúncia de alimentos para a esposa e regulação expressa da guarda dos filhos (SE 4852/JA)⁷³. Em um outro, SE 5608/JA, a esposa é brasileira e o marido japonês foi citado apenas por edital, mas o STF considerou cumpridas as exigências processuais e concedeu ao marido curador especial⁷⁴, sendo a homologação concedida. Nas SE 7292/JA e SE 7047/JA parece ter havido “mediação”. O caso da SE 7047/JA é mais interessante, pois houve partilha de bens, inclusive de imóvel no Brasil, o que – em princípio – contraria o disposto no Art. 12 da LICC e Art. 89 do CPC, pois seria caso de competência exclusiva do Judiciário brasileiro. Mesmo assim, o STF concedeu a homologação, alegando que o divórcio por “mediação” era consensual e teria havido “acordo sobre imóvel existente no Brasil”, o que seria possível⁷⁵.

Mencione-se, por fim, um outro caso *sui generis* levantado de divórcio de japoneses domiciliados no Brasil, mas realizado em foro “facilitatório” do Paraguai. Nesse caso de 1979 (SE 2446), a homologação foi recusada tendo em vista a competência “absoluta” do juízo brasileiro⁷⁶.

Como se observa, a visão do STF dos divórcios obtidos no Japão é bastante positiva e aberta, com forte tendência a superar qualquer obstáculo formal.

Conclusões

Certa a saudosa professora da UnB, Anna Maria Villela (1980, p. 13), que o controle exercido pelo STF em matéria de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio é “um controle puramente formal ou exterior da decisão estrangeira”. As decisões anteriores a 1977, oriundas dos países nór-

dicos, como Noruega, Dinamarca e outros, que conhecem decisões administrativas de divórcio, bem demonstram que realmente o STF procura respeitar esses tipos e essas “formalidades” de concessão do divórcio dos países de origem destas. Os divórcios religiosos são mais controlados, no que se refere aos direitos fundamentais das mulheres e à ofensa eventual a nossa ordem pública⁷⁷.

Conclui-se que o divórcio japonês registrado perante um oficial administrativo é visto pelo STF mais como uma formalidade, do que como um momento de fundo, e o controle exercido é meramente formal, procurando respeitar as diferenças culturais. Os alertas dos professores japoneses e estudos como esses podem servir para levar à evolução da posição do STF.

A verdade é que a posição do STF já parece bastante condizente com o momento atual de liberdade dos indivíduos e de circulação de decisões de divórcios, criando maior harmonia e permitindo o reconhecimento das novas famílias formadas após o divórcio em um dos países. Sendo assim, se bem que considero importante a precisão de que se tratam de meros atos privados, registrados no oficial administrativo do distrito, mister considerar que, se esse tipo de divórcio japonês equivale a mais de 90% do divórcio no país, a significar que é a forma de dissolução do casamento culturalmente mais aprovada pela população japonesa. A regra de reconhecerem-se tais divórcios parece, pois, contribuir ao entendimento entre Brasil e Japão e a movimentação dos imigrantes e descendentes entre esses países. As exceções, quando o cônjuge mulher, por exemplo, não tiver realmente consentido ou a declaração lhe tiver retirado direitos, podem ser resolvidas por meio de um exame mais detalhado no sistema da Sentença Estrangeira contestada⁷⁸, no Brasil, pela prejudicada.

Por fim, faço minhas as palavras do mestre Erik Jayme: “O direito de família em uma sociedade pluricultural, se visamos reconhecer um direito da pessoa à proteção de

sua identidade cultural, necessita de uma certa ‘personalização’ das respectivas regras para resolver os conflitos de leis”⁷⁹. Concluo, pois, louvando a linha de nosso Supremo Tribunal Federal, que soube tratar “diferentemente os diferentes”, com tolerância cultural e “personalização” para proteger os interesses dos imigrantes e descendentes de japoneses no Brasil, soube sobretudo respeitar as diferenças culturais de ambos os países e fomentar a harmonia de decisões entre Brasil e Japão !

Notas

¹ Cf. Sampaio (1973, p. 89 et seq.) também a reprodução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal antes da introdução do divórcio no Brasil.

² Por exemplo, a Constituição de 1964 afirmava: “Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º O casamento é indissolúvel.” (SAMPAIO, 1973, p. 102).

³ A Súmula (jurisprudência consolidada e uniformizada) do Supremo Tribunal Federal nr. 381 é a seguinte: “Não se homologa sentença de divórcio obtida por procuração, em país de que os cônjuges não eram nacionais”, Cf. ROSAS (1991, p. 160-161), que explica: “Se os nubentes não residem no país onde requerem o divórcio, porém, se habilitam por procuração, não se admite a homologação desse divórcio no Brasil, evidente caso de fraude à lei, principalmente quando os cônjuges residem no Brasil” (apud Valladão, Direito Internacional Privado, vol. 3/203).

⁴ Segundo Basso Tamagno (1988, p. 82), a base da Súmula 381 foi a seguinte decisão: “Casamento realizado na Itália e divórcio decretado no México. Sentença a que se denegou homologação. Ausência de prova de nacionalidade do marido e do domicílio de ambos os cônjuges, nos dois países.” (STF Sentença Estrangeira n. 1778-méxico, 1962, Rel. Min. Pedro Chaves).

⁵ Assim ensina AUDIT (1984, p. 348-349): “...la Cour de cassation déclare que la loi espagnole alors prohibitive du divorce était ‘contraire à la conception française actuelle de l’ordre public international qui impose la faculté pour un Français, domicilié en France, de demander le divorce...”.

⁶ Veja sobre esse caso e sua influência na modificação e atualização da lei de introdução ao Código Civil alemão (EGBGB) e seu atual Art. 6, La-brusse, Catherine, Droit constitutionnel et le droit

international privé en Allemagne fédérale- à propos de la décision du Tribunal Constitutionnel fédérale du 4 mars 1971, *Rev. Crit. dr. internat. privé*, 1974, p. 1 e seg; Cf. Bucher, Andreas, *La famille en droit international privé*, Recueil des Cours, (2000, p. 9 et seq.).

⁷ Sobre o tema o divórcio judaico e a importância de conseguir a carta-*get*, Cf. Einhorn, Talia. Jewish Divorce in the International Arena, in BASEDOW, J. *Private Law in the international Arena-Liber Amicorum Kurt Siehr*, Haia: T.M.C. Asser Press, (2000, p. 135 et seq.).

⁸ Assim reproduz Erik Jayme (1991, p. 1) uma decisão de 1994, a qual afirma que deve o “tribunal religioso do rabinato” promover o divórcio de judeus nacionais de Israel em solo alemão, havendo possibilidade de reconhecimento, mas não de “atuação” do Judiciário alemão para realizar o divórcio segundo queriam as partes, segunda a lei israeli: “Eine solche vom jüdischen Recht geforderte Mitwirkung des Rabbinatsgerichts, das das Vorliegen der Scheidungsvoraussetzungen feststellt, ist eine Tätigkeit, die, weil der Rabbiner als Geistlicher tätig wird und sein Mitwirken Teil einer religiösen Handlung ist, dem deutschen Rechtssystem völlig wesenfremd ist und von einem deutschen Gericht nicht geleistet werden kann.” (KG 11.1.1993, FamRZ 1994, p. 839. Veja também no mesmo sentido decisão de 1998, KG 27.11.1998, in IPRAx 2000, p. 126-128 esse comentário por HERFAHRT, Christoph, *Scheidung nach religiösen Recht durch deutsche Gerichte*, in IPRAx 2000, p. 101-103.

⁹ Definição de cultura baseada na definição da Enciclopédia *Brockhause Lexikon*, (1982, p. 182). Veja também HÖFFE, Otfried, *Lexikon der Ethik*, Beck, Munique, 1986, p. 140: “Natur den vom Menschen geschaffenen Lebensraum”. Em português veja interessante trabalho de MARTINS, Estevão Chaves de Rezende. *Relações Internacionais-Cultura e Poder*. Brasília: IBRI:UnB, 2002. p. 43: “Cultura tornou-se uma incógnita no panorama mundial contemporâneo. Os antropólogos sempre definiram cultura como ‘o modo de vida de um povo’”. Veja as linhas atuais do direito que partem da cultura, na obra de KAHN, Paul W. *The cultural study of Law-Reconstructing legal scholarship*. Chicago: University of Chicago Press, 1999. (p. 1): “The culture of law’s rule needs to be studied in the same way as other cultures”.

¹⁰ Cf. RHEINSTEIN, Max. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 2. ed. Munique: Beck, 1987. (p. 81 – 82) mencionando as práticas originais das sociedades asiáticas ao lado das sociedades latino-americanas.

¹¹ David e Jauffret Spinosi (1988, p. 627): “Mais si les institutions japonaises sont totalement occidentalisées, si les techniques juridiques sont modernisées, néanmoins leur application dans l’atmosphère culturelle japonaise révèle encore

l'actualité profonde et vivante des principes traditionnels.”

¹² Aqui a obra principal é o interessantíssimo curso de Haia de Déprez (1988, p. 9 et seq.).

¹³ Cf. Jayme (1999, p. 25): “A minha Tese principal é a seguinte: O direito comparado moderno perseguia o objetivo de determinar, de encontrar o que era comum, igual (das Gemeinsame), e que apenas superficialmente podia aparecer, e ser percebido de forma diversa, nos também apenas superficialmente diversos sistemas de Direito do mundo. O direito comparado pós-moderno procura, ao contrário, o que divide (das Trennende), as diferenças (die Unterschiede)”.

¹⁴ Veja *Kulturelle Dimension des Rechts*, in 67 (2003), p. 226 e conferência inédita na UFRGS no prelo. Veja JAYME, Erik. *Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre*, v. 1, n. 1, mar. 2003 b. (p. 59-68).

¹⁵ Segundo Gannagé (1992, p. 451), é essa nova “autonomia da vontade” em direito de família internacional uma opção consciente dos legisladores para alcançar uma maior harmonia internacional de soluções: “L'autonomie de la volonté paraît certes constituer une voie particulièrement indiquée pour réaliser cette harmonie”.

¹⁶ Assim estudo de HABERMAS (TAYLOR, et al. 1994, p. 107 –148) em que o autor pergunta: “Can a theory of rights that is so individualistically constructed deal adequately with struggles for recognition in which it is the articulation and assertion of collective identities that seems to be at stake?” (p. 107).

¹⁷ Segundo gentil tradução de Tomoko Gaudioso, o texto do Art. 1 do *Koseki hou* é: Art. 1 [Controle e administração referente ao cadastro], §1º. O serviço referente ao cadastro de família é efetuado pelos órgãos estabelecidos por prefeitos, representante do distrito e por representantes das comunidades rurais (vilas). E Nishitani (2002, p. 49) denomina essa lei de Lei sobre o registro familiar (Gesetz über das Familienbuch) e *kosekihô*, que aqui utilizaremos.

¹⁸ A gentil tradução de Tomoko Gaudioso desse texto é a seguinte: “Art. 765 [A aceitação da declaração de divórcio] § 1. A aceitação da declaração de divórcio somente ocorrerá após verificar que o mesmo não viola o § 2 do Art. 739, § 1º, do Art. 819 e outras leis. § 2º. Se a aceitação da declaração for efetuada por vício, omitindo o que foi estabelecido no § 1º, mesmo assim, o seu efeito permanecerá”.

¹⁹ Dados levantados por Yuko Nishitani (2001), em 1999, em sua palestra na UFRGS, veja Jinkô Dôtai Chôsa. Disponível em: 1999 <http://

www.dbtk.mhw.go.jp/toukei/data/010/1999/tokeihyou/0002674/t0048025/ml...>.

²⁰ Em 20 dos 30 casos, o divórcio foi declarado de forma consensual e registrado por ato administrativo, este reconhecido pelo STF.

²¹ Utilizarei a tradução da Horei (Gesetz betreffend die Anwendung der Gesetze) realizada pelo Instituto Max-Planck de Hamburgo, 1999, p. 308-318.

²² “Art. 16. [Ehescheidung] die Bestimmungen des Art. 14 gelten entsprechend für die Ehescheidung. Ist jedoch einer der ehedatten Japaner und hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Japan, so richtet sich die Scheidung nach japanischen Recht.” (HOREI, 1999, p. 313).

²³ Assim afirma Yuko Nishitani (2002): “A lei aplicável ao divórcio (estatuto do divórcio) segundo o Direito Internacional Privado japonês é a seguinte: Art. 16 , 1, da Lei de Direito Internacional Privado/*Horei*, que apresenta uma conexão em cascata (1º elemento de conexão: a lei nacional comum; 2ª conexão: a lei do lugar de residência habitual comum; 3ª conexão: a lei mais conectada com o caso concreto/lei mais próxima do caso) e Art. 16, 2 *Horei*: Se um dos cônjuges tem a nacionalidade japonesa e a sua residência habitual no Japão, aplicar-se-á a lei japonesa (denominada cláusula de ‘favor japonês’).”

²⁴ Nishitani (2002, p. 49) e nota de estatística de MIZUNO de 1978, nota 9.

²⁵ Nishitani (2002, p. 52) citando os principais comentaristas Kegel/Schurig, Palandt/Heldrich, Soergel/Schurig e Staudinger/Spellberg e decisão que não reconheceu um divórcio privado japonês, pois aplicável era a lei alemã, BGH 21.2.1990 (BGHZ 110, 267).

²⁶ Citando o caso BGH, 14.10.1981, BGHZ 82, p. 34, 1983. p. 37 e comentado por Gerhard Kegel, 1983, p. 22 et seq.

²⁷ Assim o texto: “Art. 1.571. A sociedade conjugal termina: I – pela morte de um dos cônjuges; II – pela nulidade ou anulação do casamento; III – pela separação judicial; IV – pelo divórcio. § 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente. § 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial”.

²⁸ Veja resumo do conteúdo dessas normas dos Arts. 1571 a 1582 in LISBOA, 2002. p. 126-133.

²⁹ Assim o texto: “Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos:...V – certidão de óbito

do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio”.

³⁰ Veja a Súmula 197 do Superior Tribunal de Justiça: “O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens”.

³¹ Assim decisões do Superior Tribunal de Justiça, veja por exemplo Recurso Especial 85.683/SP: “Alimentos. Renúncia. Divórcio. É válida e eficaz a cláusula de renúncia a alimentos (‘não ficou estabelecida qualquer cláusula que obrigava o ex-marido a prestar alimentos à ex-mulher’, segundo o acórdão recorrido), em acordo de separação. Quem renuncia, renuncia para sempre. O casamento válido se dissolve pelo divórcio. Dissolvido o casamento, desaparecem as obrigações entre os cônjuges. A mútua assistência é própria do casamento. Ilegitimidade de parte ativa da mulher para a ação. Recurso especial não conhecido” (STJ, Ministro Nilson Naves, *RSTJ* – nº 90 – ano 9, fev. de 1997).

³² LICC/1942 com redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.77.

³³ Assim opinião de Villela (1980, p. 24 et seq.; 66 et seq.) a quem seguimos nessa opinião, uma vez que utiliza a separação judicial como parâmetro.

³⁴ Nessa linha de pensamento, encontrava-se o grande Haroldo Valladão, veja revisão de toda a literatura brasileira de DIPriv. da época, Villela (1980, p. 20-24).

³⁵ Assim Villela (1980, p. 3) referindo-se à Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que pôs fim à interdição do divórcio no Brasil.

³⁶ Sobre o direito brasileiro durante o Império, muito baseado na religião de cada pessoa, veja Valladão (1962, p. 124).

³⁷ Assim Tenório (1955, p. 291) lembrando que esse era o critério da Convenção de Haia de 12 de junho de 1902, para regular os conflitos de leis e jurisdições, em matéria de divórcio e separação de corpos, assim também Sampaio (1973, p. 106).

³⁸ Assim Valladão (1962, p. 122). O Código Bustamante de 1928 dispunha: “Artigo 52. O direito à separação de corpos e ao divórcio regula-se pela lei do domicílio conjugal, mas não se pode fundar em causas anteriores à aquisição do dito domicílio se as não autorizar, com iguais efeitos, a lei pessoal de ambos os cônjuges”.

³⁹ Veja sobre os casos que levaram à elaboração da Súmula (SAMPAIO, 1973, p. 21-24).

⁴⁰ Veja o exame das várias hipóteses de fraude à lei na mudança de nacionalidade e o problema da nacionalidade da mulher casada com brasileiro, (SAMPAIO, 1973, p. 29-39).

⁴¹ Em vigor no Brasil pelo Decreto nº 1.979, de 9 de agosto de 1996.

⁴² Veja também Art. 483 do C.P.C. e R.I.S.T.F., art. 217, II (terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia), III (ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias à execução no lugar em que foi proferida) e IV (estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução oficial), além do requisito da negativa de ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes (art. 216 do R.I.S.T.F.). Veja também o artigo 15 da LICC.

⁴³ Assim decisão na SE 7039/JA, Min. Marco Aurélio, j. 20.03.2002 (MARQUES; JACQUES; SCHMIDT, 2002, p. 185).

⁴⁴ Assim ensina, em seu livro de 1906, o autor do Código Civil Brasileiro de 1916, BEVILAQUA, Clóvis, *Princípios elementares de Direito Internacional Privado*, Edição histórica da obra de 1906, Ed. Rio: Rio de Janeiro, 1988 (p. 326). Veja-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de 22 de maio de 1953, em que se afirmava: “A sentença estrangeira de divórcio não depende de homologação quando meramente declaratória do estado da pessoa.” (TENORIO, 1955, p. 434, nota 4).

⁴⁵ Assim Boucault (1999, na p. 15), que afirma: “O sistema jurídico vigente no Brasil sobre homologação de sentença estrangeira vincula-se ao princípio da Delibação, procedente do sistema italiano e consagrado pelos internacionalistas franceses. O procedimento da delibação atribui competência para o tribunal examinar os aspectos formais da sentença, sem, contudo, pronunciar-se sobre o mérito do julgado, ou do direito material objeto do direito estrangeiro configurado nos limites da sentença”.

⁴⁶ Veja Sentença Estrangeira Contestada no 5093. Origem: EUA. Publicação: DJ 13/12/1996, Votação Unânime, Deferido, Min. Celso de Mello: “Ementa: ...A Homologação pelo S.T.F. constitui pressuposto de eficácia das sentenças proferidas por tribunais estrangeiros. – As sentenças proferidas por tribunais estrangeiros somente terão eficácia no Brasil depois de homologadas pelo Supremo Tribunal Federal. O processo de homologação desempenha, perante o Supremo Tribunal Federal – que é o Tribunal do foro –, uma função essencial na outorga de eficácia às sentenças emanadas de Estados estrangeiros. Esse processo homologatório – que se reveste de caráter constitutivo – faz instaurar, perante o Supremo Tribunal Federal, uma situação de contenciosidade limitada. Destina-se a ensejar a verificação de determinados requisitos fixados pelo ordenamento positivo nacional, propiciando, desse modo, o reconhecimento, pelo Estado brasileiro, de sentenças estrangeiras, com o objetivo de viabilizar a produção dos efeitos jurídicos que lhes são inerentes...”.

⁴⁷ Veja Sentença Estrangeira Contestada no 4795. Suíça, DJ 20/10/1995, j. 16/08/1995, Min.

Maurício Correa: “Ementa: Sentença Estrangeira Contestada. Divórcio. Homologação. O art. 221 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal delimita o campo para que se estabeleça eventual contraditório, não sendo possível, pela via processual de sentença estrangeira, discutir situações jurídicas diversas dos requisitos indispensáveis a homologação. Preenchidos os requisitos regimentais, defere-se o pedido de homologação da sentença estrangeira”.

⁴⁸ Veja-se controvérsia sobre os limites do sistema da delibação e a prosição restritiva do STF, Sentença Estrangeira n. 5.179-7-Portugal e Sentença Estrangeira n. 4.321-1-França, ambas comentadas por Boucault (1999, p. 41-42).

⁴⁹ SE 4.512-6, julgada em 21 de outubro de 1994 pelo STF. Veja comentários sobre o caso de Boucault (1999, 39 et seq.)

⁵⁰ Veja sobre o tema e antecedentes dessa norma, Dolinger (1987, p. 207).

⁵¹ SE 4844, j. 04.10.1993, comentada por NERY e NERY (2002, p. 794).

⁵² Exemplo dessa linha é a decisão do TJ/RS, assim ementada: “Competência. Ação de divórcio. Casal estrangeiro. Separação de fato há mais de cinco anos. Incompetência da justiça brasileira. Esposa não residente no Brasil. Carência decretada. É incompetente a justiça brasileira para julgar pedido de divórcio de casal estrangeiro cujo casamento não se realizou no Brasil e aqui nunca residiu a esposa, contra quem é movida ação”. (Ap. Civ. 21.907, 2.Cciv. in RT 572/ 55 e Lex 81, p. 54.) Veja também as decisões do TJ/ES: “Competência. Divórcio. Casamento celebrado no estrangeiro, de casal também estrangeiro. Residência dele no Brasil e dela no exterior. Carência de ação. Incompetência da justiça brasileira para processar a ação.” (Ap. civ. 48.247-1, in Lex 91- RJTJESP, p. 66) e “Competência. Divórcio. Casamento realizado no estrangeiro. Réu não domiciliado no Brasil. Incompetência da Justiça brasileira para processar a ação. Sentença confirmada”. (Ap. Civ. 14.142-1, in Lex 75-RJTJESP, p. 53.) Destaque-se a sempre respeitadíssima opinião em contrário de Yussef Said Cahali que defende a competência sempre do juiz brasileiro para toda e qualquer causa de separação e divórcio, não importando as circunstâncias do caso, como forma de evitar a denegação de justiça. Cf. CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. São Paulo: Ed. RT, 1994. (p. 597).

⁵³ Veja por todos, com extensa revisão da doutrina e jurisprudência, RIZZARDO, 1997, (p. 495 et seq.).

⁵⁴ Veja decisão in RSTJ 3/341 e decisão do STJ publicada in RT 657/184 com a seguinte ementa: “Divórcio. Conversão da separação judicial. Competência. O pedido de conversão de separação em divórcio deve ser formulado, em princípio, no foro

do domicílio da mulher, e não, necessariamente, no juízo em que se processou a separação. Desconhecido esse domicílio, o interessado poderá apresentá-lo no seu próprio, expondo-se a eventual exceção de incompetência por parte da mulher”. (Conflito de Competência nº 704-RS, 2ª Seção do STJ, j. 29.1.89).

⁵⁵ Veja nesse sentido, sobre a “inconstitucionalidade” de certos limites ao divórcio, 1987, (p. 977 et seq.).

⁵⁶ Assim Tamagno (1988, p. 86-87), que cita o reconhecimento de decisão de divórcio decretado por autoridade administrativa da Noruega, Sentença Estrangeira n. 3.168, Noruega, 20.05.1983, Rel. Min. Cordeiro Guerra.

⁵⁷ Tamagno (1988, p. 87, 89) cita o reconhecimento de decisão de divórcio decretado por rabino em Israel, Sentença Estrangeira n. 3.584, Israel, 15.08.1985, Rel. Min. Moreira Alves.

⁵⁸ Publicado in RTJ 137, 02, p. 618 e Marques, Jacques e Schmidt (2003, p. 214-215).

⁵⁹ SE 3549/JA, SE 3869/JA, SE 5125/JA, SE 6527/JA, SE 6607/JA, SE 6848/JA, SE 6878/JA, SE 6882/JA, SE 7005/JA, SE 7039/JA, SE 7116/JA, SE 7122/JA, SE 7188/JA, SE 7202/JA, SE 7410/JA e SE 7434/JA, SE 6969/JA.

⁶⁰ Assim SE 734/JA, Min. Marco Aurélio, DJ 01/08/2002, p. 0141, julgamento 08/07/2002, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 176-178.

⁶¹ SE 5125/JA, Min. Sepúlveda Pertence, j. 23.11.97, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 204.

⁶² Assim SE 6848 / JA, Min. Marco Aurélio, DJ 06/09/2001, p.00030, julgamento 28/08/2001, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 195-197.

⁶³ SE 6969/JA, Min. Marco Aurélio, j. 21.09.2001, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 194-195.

⁶⁴ SE 6882/JA, Min. Marco Aurélio, j. 04.04.2002, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 183-184 e SE 527/JA, Min. Marco Aurélio, j. 13.09.2001, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 197-199.

⁶⁵ SE 7410/JA, Min. Marco Aurélio, j. 06.06.2002, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 179 a 181.

⁶⁶ SE 7410/JA, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 181.

⁶⁷ SE 3869/JA, Min. Rafael Mayer, j. 12.04.1988, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 215-216.

⁶⁸ SE 7202/ JA, Min. Marco Aurélio, j. 01/02/2002, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 187-188.

⁶⁹ SE 7202/JA, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 188.

⁷⁰ CR 9965/JA, Min. Marco Aurélio, j. 04.02.2002, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 208-209, CR 9677/JA, Min. Marco Aurélio, j.19.03.2002 e CR 9677/JA, Min. Carlos Velloso, j. 21.03.2001, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 205-206 e 206-207, CR 10091/JA, Min. Marco Aurélio, j. 18.03.2002, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT,

p. 208 e CR 9772/JA, Min. Marco Aurélio, j. 07.08.2001, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 209-210.

⁷¹ CR 9677/JA, Min. Marco Aurélio, j.19.03.2002 e CR 9677/JA, Min. Carlos Velloso, j. 21.03.2001, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 205-206 e 206-207.

⁷² PET 1582/SP, Min. Celso de Mello, j. 10.02.1999, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 210-213.

⁷³ SE 4852, Min. Otávio Gallotti, j. 18.08.1991, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 215.

⁷⁴ SE 5608/JA, Min. Celso de Mello, j. 18.11.1997, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 202-203.

⁷⁵ SE 7047/JA, Min. Marco Aurélio, j. 25.06.2002, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 178-179.

⁷⁶ SE 2446/JA, Min. Antônio Neder, j. 19.11.1979, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 218-219.

⁷⁷ Assim repudição islâmica, não homologada pelo STF, citada por Tamagno (1988, p. 84) e por Valladão (1962, p. 134) (SE 2574/Jordânia, j. 05.11.1980).

⁷⁸ Veja contestação da sentença estrangeira e processo de "impugnação", nos Artigos 220, 221 e 223 do Regimento do Supremo Tribunal Federal (NERY; NERY, 2002, p. 1822-1823).

⁷⁹ No original em italiano, Jayme, Società multi-culturale, p. 356: "Il diritto di famiglia in una società pluriculturale richiede, se si cerca di riconoscere un diritto della persona alla protezione della sua identità culturale, una certa 'personalizzazione' delle rispettive regole per risolvere i conflitti di leggi".

Bibliografia

ANCEL, Bertrand; MUIR-WATT, Horatia. La désunion européenne: le Règlement dit 'Bruxelles II'. *Revue Critique de Droit International Privé*, Paris, v. 90, n. 3, p. 403-457, juil./sept., 2001.

AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit. *Recueil des Cours*, Leyde, p. 348-349, 1984.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. *Homologação de sentença estrangeira e seus efeitos perante o STF*. São Paulo: Juarez Freitas, 1999.

BUCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois em droit international privé. *Recueil des Cours*, Leyde, n. 239, 1993.

CALIXTO, Negi. *Ordem pública*. Curitiba: Ed. da UFPR, 1987.

CAMBI, Eduardo. Foro privilegiado da mulher, isonomia constitucional na sociedade conjugal e processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 21, n. 83, p. 177-190, jul./set. 1996.

CULTURA. In: ENCICLOPÉDIA Brockhause Lexikon. Wiesbaden: DTV, 1982. v. 10

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 9. ed. Paris: Dalloz, 1988.

DÉPREZ, J. Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques: les relations entre systèmes d'Europe occidentale et système islamique en matière de statut personnel. *Recueil des Cours*, Leyde, n. 211, p. 9-372, 1988.

DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Luna, 1979.

_____. Brazilian confirmation of foreign judgments. *International Lawyer*, Washington, v. 19, n. 3, 1985.

_____. Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts. *Recueil des Cours*, Leyde, n. 283, p. 291-512, 2000.

_____. Sentença estrangeira de divórcio. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 83, n. 297, jan./mar. 1987.

ESPLUGUES MOTA, Carlos. *El divorcio internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

FERNANDEZ ARROYO, Diego (Coord.). *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*. Buenos Aires: Zavalia, 2003. 1438 p.

FROMONT, Michel. *Grands systèmes de droit étrangers*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1994.

GANNAGÉ, Lena. La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille. *Revue Critique de Droit International Privé*, Paris, n. 81, 1992.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. La désunion du couple en droit international privé. *Recueil des Cours*, Leyde, t. 226, p. 9-280, 1991.

HOREI=Gesetz betreffend die Anwendung der Gesetze. In: KROPHOLLER, Jan et al. *Aussereuropäische IPR-Gesetze*. Hamburgo: DnotI: Max Planck-Institut, 1999.

JAYME, Erik. Die kulturelle Dimension des Rechts - ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Saarbrücken, v. 67, n. 2, p. 211-230, Apr. 2003c.

_____. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 59-68, mar. 2003b.

_____. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à glo-

balização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 85-97, mar. 2003a.

_____. *Religiöses Recht vor staatlichen Gerichten*. Heidelberg: C.Winter, 1999.

_____. Societá multicultural e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato. In: DIRITTO DEI NUOVI MONDI, 2., Genova, 1992. *Atti del Convegno...* Milão: Cedam, 1994.

_____. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 759, p. 24-40, jan. 1999.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil: direito de família e sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5.

MARQUES, Cláudia Lima. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 13-58, jan./mar. 2000.

_____; JACQUES, Daniela; SCHMITZ, Maitê. Pesquisa de casos envolvendo divórcios japoneses no Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, p. 176-219, set. 2002.

MARUTSCHKE. *Einführung in das japanische Recht*. Munique: Beck, 1999.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 4.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: (Arts. 476 a 565)*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 5.

MUIR WATT, Horatia. Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation: aspects de droit international privé. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 45, 2001.

NERY, Nelson Júnior; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NISHITANI, Yuko. Palestra na UFRGS, veja Jinkô Dôtai Chôsa, 1999. Disponível em: <<http://www.dbt.mhw.go.jp/toukei/data/010/1999/tokeihyou/0002674/t0048025/ml...>>. Acesso em: [2003?].

_____. *Privat- und Schlichtungsscheidung deutscher Staatsangehöriger in Japan und die Scheidungsanerkennung in Deutschland*. Bielefeld: IPHAX, 2002.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular: comentários às Súmulas do STF e STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SAMPAIO, Pedro. *Validade das sentenças de divórcio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

SANTOS, Antonio Marques dos. *Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional*. Coimbra: Almedina, 1998.

SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. Dissolução do vínculo conjuga. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 741, p. 747-760, jul. 1997.

TAMAGNO, Maristela Basso. *Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional*. São Paulo: Saraiva, 1988.

TAYLOR, Charles et al. Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State. In: GUTMANN, Amy (Ed.). *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. New Jersey: Princeton University Press, 1994. p. 107-148.

TENORIO, Oscar. *Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

VALLADÃO, Haroldo. Conséquences de la différence de nationalité ou de domicile des époux sur les effets et la dissolution du mariage. *Recueil des Cours*, Leyde, n. 105, 1962.

VILLELA, Álvaro da Costa Machado. *O direito internacional privado no Código Civil Brasileiro*. Coimbra: Ed. da Universidade, 1921.

VILLELA, Anna Maria. *O divórcio no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*. 2. ed. Tübingen: Mohr, 1984.

A prática jurídica ocidental

A inteligência e a voz

Estevão C. de Rezende Martins

Sumário

1. Antigüidade clássica. 2. As Capitulares.

Salus populi suprema lex esto. (De legibus, III, 3).

Historia ... testis temporum, lux veritatis, vita memoriae, magistra vitae, nuntia vetustatis. (De oratore, II).

Cedant arma togae, concedat laurea linguae. (De obligationibus, I, 21)

À memória de Anna Maria Villela, cuja inteligência e cuja voz ornaram a ciência brasileira do Direito e contribuíram para a elevação da qualidade da reflexão jurídica.

Alinham-se aqui algumas reflexões sobre o início excelso da definição do perfil profissional dos cultores da observância das leis e defensores do interesse dos cidadãos, que se conhece há anos sob a apelação de jurisconsulto, advogado. Ter sido colega de Anna Maria Villela em duas vertentes de carreiras profissionais complementares e convergentes: na pesquisa científica e no ensino universitário, na Universidade de Brasília, e nas lides do parlamento nacional, na Consultoria Legislativa do Senado Federal, fizeram-me admirar a qualidade da pessoa humana, a sólida e profunda formação da profissional do Direito e a amável e

firme atuação da consultora legislativa. Presto-lhe homenagem com as breves considerações que adiante reúno, sobre os primórdios da profissão jurídica na Antigüidade clássica e nos primeiros momentos da Idade Média latina.

1. Antigüidade clássica

A lei de Sólon impõe a cada cidadão de Atenas a obrigação de defender-se por si mesmo perante o tribunal do povo¹. Embora a eloqüência natural dos gregos seja uma qualidade bastante difundida, o queixoso freqüentemente prefere confiar a defesa de seus interesses a um orador político, a um daqueles que, por talento, concorrem ao governo da cidade e o obtém. O próprio Aristóteles preocupou-se em dar bons conselhos de retórica. Dessarte os grande oradores políticos tornam-se naturalmente advogados, ainda antes de a profissão existir na Grécia. Demóstenes, Temístocles e Lísias foram os primeiros defensores da História.

A marca grega insere-se naturalmente em Roma. Também nesta, o orador político recorre a sua influência na cidade, em benefício de sua clientela (no sentido romano do termo²), seja por iniciativa própria, seja quando solicitado. A defesa verbal, no fórum, abre a via do sucesso e a das carreiras políticas. Serviço gratuito³, mas de eficácia extraordinária, prestado pelo cidadão romano a sua clientela. Já existe no século 1^o a.C. também a figura do *advocatus*, cuja profissão é a de redigir memórias escritas em favor do solicitante. O corpo do direito romano já é complexo o suficiente, tanto no conteúdo quanto nas regras processuais, e esse profissional cresce rapidamente em importância. No império, os dois papéis se confundem e o *advocatus* assume um papel cada vez mais destacado em Roma. Augusto confirma a gratuidade absoluta da prestação desse serviço e pune qualquer transgressão. Já Cícero confere a essa profissão seu título de nobreza, ao atuar seja na defesa de seus familiares, seja nos processos que envolvem

grandes personagens do Estado (Varrão, Catilina) e ao proferir a apologia da arte oratória (*de Oratore*)⁴. Catão, Crasso, Antonio, Quintiliano, Plínio o Jovem, os dois Gracos, o próprio César, Bruto ... todos advogados. Sob tais auspícios, a profissão assoma toda sua nobreza, ao mesmo tempo em que alcança uma abrangência extraordinária.

Os quatro primeiros séculos depois de Cristo testemunham a construção de uma verdadeira categoria social, forjada sob a égide de uma deontologia que se transformará em tradição profissional. Após cinco anos de estudo do Direito, o recipiendário se apresenta perante o Senado, acompanhado de seu pai e de um séquito de familiares. O candidato é assim admitido a inscrever-se na “matrícula”, se fizer parte do *numerus clausus* e não for gravado de indignidade. Presta juramento ao imperador. Se logra êxito, é o começo da carreira: ingressa na nobreza e, se sua eloqüência galvaniza a multidão romana, chegará a censor, procônsul e cônsul ou até ... imperador.

Como *advocatus*, beneficia-se do monopólio de defesa no seio de uma ordem (criada no século 4^o), cujo chefe é o decano. O corpo dos advogados comporta três classes: o estagiário; o *causidicus* ou *patronus*: o orador; o *prudens* ou consultor (que escreve as minutas que se submete ao juiz).

Tem-se, ademais, o *procurator*, que organiza a defesa. Enfim, no século 6^o, tem-se a intervenção de Justiniano, o primeiro desde Hamurabi (rei de Babilônia 2.000 anos antes de Cristo) – no estado atual dos conhecimentos, a mandar codificar as leis, a jurisprudência e a doutrina em um conjunto coerente e brilhante, sob a designação global de *codex iuris civilis* (529 d.C.). O século 6^o representa, por conseguinte, um marco decisivo para a consolidação do legado de um império cuja coesão começa a apresentar fissuras importantes. O Código transpõe para o futuro um monumento do Direito que reaparecerá, no século 12, como roteiro para a organização da cristandade política do Oci-

dente. A prática romana do *advocatus*, da voz da inteligência da causa no interesse do cidadão, estava definitivamente enraizada na história do modelo de organização institucional das sociedades.

A prática política, econômica e jurídica já se espalhara, pelo costume e pelas *tabulae*, e o *advocatus* pertence ao cotidiano do império. Flávio Nicetius, mencionado no século 5º, atua nas circunscrições romanas de Marselha e de Lyon – o que evidencia o desenvolvimento da prática advocatícia no espaço do Mediterrâneo, fora da Península Itálica. No entanto, o desmembramento do Império Romano cria espaços vazios entre os mundos transalpino e cisalpino. As incursões dos bárbaros e as construções de fortalezas, a destruição das vias, o recuo do comércio e a diminuição do tecido urbano fazem desvanecer as relações jurídicas pela insegurança e prevalecer as relações de força. O sistema feudal que se instala na Europa ocidental, dos dois lados do Reno, responde à nova conjuntura. Os germanos (entre os quais os francos) instauram um sistema judiciário baseado na defesa pessoal e oral (a palavra empenhada não pode ser retirada) e na sanção pecuniária ou no emprego da força (o duelo). O benefício da prova é atribuído ao mais forte, o que demonstra mais resistência na provação física. O *advocatus* torna-se desnecessário.

Entretanto, o defensor não desaparece integralmente. Embora não se tenha conservado testemunho direto de sua voz débil e isolada, a Igreja católica, onipresente com seus mosteiros, única cultora da herança romana, precisa defender seus bens contra os senhores seculares. De outra parte, a defesa pessoal pela palavra empenhada, sem retratação possível (acompanhada pelo assim chamado código de honra pelo sangue), é tanto mais perigosa quanto formalista. Surgem assim, gradativamente, pessoas que atuam como “pré-conselheiros”, conselheiros que assistem aos queixosos, em especial àqueles mais desprotegidos perante uma justiça dura e sem nuances. Essas pessoas

parecem ter sido muito mais conselheiros do que oradores. A justiça franca não aprecia, contudo, esse tipo de intermediário e o trata com tanta severidade quanto o queixoso original. Se o interveniente “pré-empenho” é desautorizado pelo queixoso quanto aos meios de defesa ou fala demais, também é multado. É esse o sistema adotado pelo regime merovíngio a partir de Clóvis (496), apesar de este ter admitido, ao buscar um regime de conciliação política e territorial entre francos e galo-romanos, a sobrevivência do direito romano nas províncias que viviam até então sob ele.

2. As Capitulares

Pepino, o Breve, Carlos Magno e Luís, o Pio, buscam organizar uma justiça secular, sob sua autoridade imediata, paralela à justiça transcendental divina e à justiça privilegiada eclesiástica.

Reforçado pela estrondosa vitória de seu pai, Carlos Martel, sobre os sarracenos, Pepino, o Breve, confia a seu séquito de senhores (condes) e de monges uma dupla tarefa: a da justiça real e a do conselho do rei (737). Prefiguração do futuro Parlamento, mas itinerante ao saber das cavalgadas. Carlos Magno (742-814), com sua estatura de conquistador e de legislador, organiza a justiça em suas “Capitulares”:

- a justiça civil: os condes designam os juízes chamados de vogais (podem ser substituídos). O vocalato é uma justiça imediata, próxima do interessado, que se espalha sobretudo no norte da Europa.

- organização da apelação: perante o imperador e seu séquito.

- organização da prova em matéria penal: “o julgamento de Deus”. Esse julgamento decorre da resistência do queixoso a certas provações físicas (podendo até incluir a tortura). Aquele que resiste a essas provações ganha o processo. O desfecho do duelo é o julgamento de Deus. Trata-se do formato judicial que prevalece no sistema germânico.

– organização da defesa: de uma parte, aparece o *procurator*, que redige o requerimento; de outra, o *advocatus*, que só intervéem em nome do queixoso se este não for capaz de se defender ou se houver conflito de direito. O *advocatus* é interdito de intervir em um processo “injusto”. A noção de processo injusto é recorrente até o final do século 18 e a proibição possui caráter imperativo.

Constata-se assim que desde o século 8º ocidental aparece a figura dos defensores, mesmo se o papel que lhes é reservado permanece ainda bastante secundário, restrito à função de auxiliares a título excepcional. Apesar dessa dimensão restrita, a função existe e passa a desenvolver-se, mesmo se lentamente. Como se dá tal intervenção?

O queixoso apresenta um requerimento verbal perante o prefeito, que preside os debates ao lado do juiz vogal. Queixoso, defensor e vogal devem buscar conselho (tirar “seus dias e suas noites”). Regra geral, os costumes ancestrais são conhecidos, alegados e aplicados. Havendo dificuldade, buscam conselho de um “pré-conselheiro”. Apresentados os argumentos de todos, o juiz vogal pronuncia o julgamento, sempre na presença do prefeito e dos aldeões. Todo esse procedimento se funda no intercâmbio verbal dos meios e das provas; uma espécie de duelo verbal, no qual cada palavra pesa, sem que se admita falha ou erro. Justiça simples, ao alcance de todos, bons conhecedores dos costumes locais – origem e fundamento do direito consuetudinário.

A resolução dos casos penais se faz seja pela via pecuniária, seja pela via corporal (duelo). Esse sistema judiciário, rudimentar mas eficaz e suficiente para a época, mantém-se no mundo rural até o século 16, bem depois da restauração dos princípios do direito romano.

Cada tribo germânica toma como base de seu funcionamento político seus costumes tradicionais próprios. Essas regras são freqüentemente consignadas por escrito pelos monges, pelos *advocati* ou pelos pré-con-

selheiros – personagens que dominam a leitura e a escrita e que zelam pela consolidação de sua legitimidade e de sua continuidade. A principal dessas instituições escritas é a “lei sálica”, instituída sob o regime de Clóvis: uma espécie de constituição monárquica utilizada para a legitimação dos merovíngios e dos capetos. De modo semelhante procedem os burgundos (lei gombeta), os lombardos e os visigodos (cuja lei, a mais romanizada de todas, faz menção explícita dos *mandatores* ou defensores). São esses rudimentos de justiça pública concretizada por ações privadas que prevalecem na organização, mesmo se ela própria extremamente rudimentar, das relações coletivas. Nessas condições, a figura do advogado – ou, mais precisamente, de uma espécie de predecessor do advogado moderno – fica restrita ao papel de conselheiro opcional, rigidamente enquadrado pelo processo formalista verbal. Luís, o Piedoso, mantém esse formato, mas seus três herdeiros, ao partilhar o império no tratado de Verdun (843), voltam a mergulhar o espaço europeu em um turbilhão de guerras fratricidas, durante as quais o direito soçobra na maré de sangue.

Quase três séculos passam antes de se redescobrir o direito romano. No século 10, ao final do reinado de Hugo Capeto (987-996), progressos notáveis na pacificação dos reinos e a instituição de uma “trégua de Deus” permitem reduzir as penas corporais. A instauração gradativa da paz torna possível o restabelecimento das vias de comunicação e do comércio. Ressurge a categoria das relações contratuais de bens e serviços, com seu séquito de compromissos, infrações e procedimentos. O ressurgimento do interesse privado nos negócios volta a exigir o processo judicial. Em 1137, em Amalfi³, redescobre-se o Código de Justiniano. Essa redescoberta torna-se fundamental para os princípios de organização do espaço europeu, romanizando-o política e juridicamente. O código comporta quatro partes:

– as *Institutas* são a codificação das leis romanas;

– o *Digesto* é uma compilação de extratos da doutrina dos juriconsultos romanos;

– o *Código* contém os editos dos imperadores;

– as *Novelas* são uma atualização do tempo de Justiniano.

É certo que o sistema romano não desaparece por completo, sobretudo nas regiões ribeirinhas do Mediterrâneo, embora as regiões ao norte tenham retornado à prática dos costumes ancestrais. Num como noutro caso, contudo, perdeu-se a fonte ou a origem. A redescoberta do Código de Justiniano vem relançar a fundamentação do direito, renovar-lhe o vigor perdido e contribuir para a institucionalização jurídica dos reinos emergentes no ocidente da Europa. Essa institucionalização ocorrerá em regime de concorrência severa entre o direito canônico e o direito real. Somente o início do século 18 trará o preeminência deste, malgrado os fortes avanços trazidos pela Reforma.

Para a tradição ocidental, contudo, a ereção de uma instituição permanente para a administração da justiça é decisiva. A prática da justiça real, desde o carvalho de São Luís de França, no castelo de Vincennes, não tinha outro substrato senão o bem querer e a vontade do soberano. A instituição do parlamento como instância permanente de administração da justiça dá-se no século 14. Aos 23 de março de 1302, Felipe, o Belo, assina a ordenança que cria um parlamento permanente para julgar as causas importantes, composto de vinte e seis membros: treze clérigos (monges e prelados), representantes da “justiça divina”, e treze leigos (nobres de espada). Não há juristas ou juriconsultos. Mas é esse parlamento que terá a delegação da mão de justiça real. Antes de se ter criado o parlamento, a autoridade real já começa a diversificar as instâncias de justiça secular (“estatal”) para além dos vogais: os bailios, os prepostos e os senechais. Tem início um processo de modificação do formalismo canônico que na prática reservava aos clérigos o papel de pré-conselheiros ou

de procuradores. Agora, atuam verdadeiros advogados perante os bailios: o incremento do comércio traz o aumento das questões.

Essa diversificação, mesmo se embrionária, começa com os “Estabelecimentos” de São Luís, no século 13, e tem sua primeira regulamentação com a ordenança de 23 de outubro de 1274, de Felipe III. Estipula-se o juramento e os honorários: o advogado só pode defender uma “causa justa”, cobrar “salário” limitado a trinta libras⁶, negar-se a qualquer acordo de partilha (“quota litis”) e prestar o juramento do direito romano tanto na inscrição inicial para o exercício da profissão quanto a cada vez que o parlamento se instalar. Esse juramento se presta com a mão direita estendida sobre os Evangelhos. O ritual do processo canônico e de sua liturgia se transpõe, naturalmente, para os novos procedimentos. A toga copia a sotaina eclesiástica. As cerimônias solenes e a hierarquia adotam a púrpura da pompa eclesiástica. Na França e na Alemanha, como na Grã-Bretanha e na Itália – na Europa em geral –, essas cores ainda predominam, ornadas não raro dos atributos assumidos da nobreza (arminho, decorações, perucas), malgrado a laicização completa do processo judicial nos séculos 19 e 20.

A estatização da justiça requer que a autoridade real escolha, entre os advogados, os que cuidarão dos interesses da Coroa e defenderão a ordem pública. Os “advogados da Coroa” passam a ser dirigidos por um procurador da Coroa, que não atua, mas ordena as causas. Os advogados da Coroa são dois: um para as causas civis (que pode ser um clérigo) e um para as penais (um ‘leigo’, pois um ‘clérigo’ não pode atuar em causas criminais). Eles não estão impedidos de ter clientes particulares. O mandato é revogável. Esses advogados da Coroa logo passam a ser conhecidos como “legistas”, encarregados de sustentar os direitos da Coroa e do Estado. Já se pode reconhecer a distinção entre os dois grandes papéis do advogado: o defensor privado e o defensor

público. Trata-se sobretudo de defender e assentar o direito do soberano e o do súdito. As perorações ainda não estão repletas das circunvoluções retóricas barrocas e parnasianas que se tornarão conhecidas a partir da segunda metade do século 18. A peroração é sóbria e prudente. Uma palavra de mais pode pôr tudo a perder. E o latim processual começa a sentir a “concorrência” dos vernáculos.

A matriz franca continua a prevalecer na organização do sistema judiciário. Entre os séculos 13 e 14, a admissão de advogados à prestação jurisdicional requer o preenchimento de duas exigências básicas: o estudante das Leis deve passar por um exame e os admitidos – magistrados, advogados e procurados – devem prestar o juramento de praxe (lealdade, veracidade e impessoalidade). Esse juramento se faz durante a celebração litúrgica da Missa do Espírito Santo, que precede a instalação dos trabalhos do Parlamento. Importa recordar que o Parlamento é, até o final do século 18 francês, a corte de justiça. Na segunda metade do século 14 – observe-se como a regulamentação do exercício da profissão jurídica suscita cuidado especial e valorização social –, o próprio Parlamento junto ao qual o advogado exercerá suas funções passa a controlar a qualidade dos candidatos ao acesso. Os resultados obtidos no exame de admissão (“valores”) têm de ser reconhecidos pela corte, que autoriza a prestação do juramento. Os advogados juramentados se distribuem em três grupos: os estagiários, os perorantes e os consultores. Essa distinção consagra, no ordenamento profissional, a distinção fundamental entre os dois tipos de atuação dos advogados: a atividade de consultoria e assessoria (individual ou institucional) e a de intervenção direta nas sessões de julgamento. Vê-se como, desde bastante cedo, na evolução histórica da prática jurídica ocidental, as funções advocatícias se revestem das características de seu exercício até os dias de hoje: a inteligência da causa e a voz, empregada na defesa

ou na representação do interesse, privado ou público.

Notas

¹ Um dos Sete Sábios da Grécia, Sólon (c. 640-558 a.C.) foi um dos políticos mais eminentes de Atenas. Eleito arconte em 594, foi sem dúvida investido de poderes especiais de legislador. Empreendeu ampla reforma social e, segundo os testemunhos do século 4 a.C., também política. Determinou a anistia de dívidas e a supressão dos moirões hipotecários para preservar os camponeses da dependência da aristocracia dos grandes proprietários (eupátridas), seja como assalariado (téta), seja como sazonal (hectêmora), e da escravidão. No domínio político, é-lhe atribuída a repartição do povo ateniense em quatro classes censitárias, todas com direito a voto e com direito de acesso ao tribunal da heliada, que criou.

² Cliens: o escravo ou o liberto agregado ao cidadão romano e que é também um sinal exterior de sua riqueza.

³ A lei Cencia proíbe a percepção de honorários e qualquer participação em ônus de sucumbência.

⁴ Cf. The Classics Home Page, para as obras completas de Cícero (<http://patriot.net/~lillard/cp/cic.html>).

⁵ O saque de Amalfi pelos pisanos chamados para defender a cidade (a oeste de Salerno, ao sul do promontório sul da baía de Nápoles) das invasões normandas fez incluir no butim documentos da biblioteca, entre os quais a única cópia de que se tem notícia do Código, levada para Pisa.

⁶ Trata-se da libra de Tournai, unidade monetária do império carolíngio. Uma libra de Tournai equivale, no século 13, a 8,271 gramas de ouro fino. Essa moeda subsistira na França até a lei revolucionária do 18 de germinal do ano III (7 de abril de 1795), quando foi rebatizada de franco (equivalente a 4,50 gramas de prata fina). O franco [francês] foi substituído pelo euro, a nova moeda européia, em 1.1.2002 (1 euro = FF 6,55597). O valor nominal do franco de 1803, em valores de 1999 [quando foi fixada a paridade para o efeito da introdução do euro em circulação], correspondia a 15,72 [aproximadamente US\$ 3].

Bibliografia

THE CLASSICS HOME PAGE. Disponível em: <<http://patriot.net/~lillard/cp/cic.html>>. Acesso em: 2003.

Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil

Francisco Rezek

Sumário

I – Sistemas de partilha do poder convencional. 1. O modelo francês. O Império do Brasil, o Peru e a Venezuela. 2. O Reino Unido. 3. Os Estados Unidos da América. II – O poder convencional no Brasil Republicano. 1. A polêmica Accioly – Valladão sobre os acordos executivos no Brasil. 2. O regime constitucional de 1988. 3. Constituição e acordos executivos: juízo de compatibilidade. 4. Procedimento parlamentar. III – O conflito entre tratado e norma de produção interna. 1. Prevalência dos tratados sobre o direito interno infraconstitucional. 2. Paridade entre o tratado e a lei nacional. 3. Situações particulares em direito brasileiro atual.

É da responsabilidade do poder Executivo, mesmo nas grandes democracias parlamentares, a dinâmica das relações internacionais. Notadamente o comprometimento externo formal, a expressão do consentimento do Estado em relação aos tratados, é algo que se materializa sempre num ato de governo – a assinatura, a ratificação, a adesão. Mas é próprio das democracias, ainda que sob o sistema de governo presidencialista, que os pressupostos do consentimento, ditados pelo direito interno, tenham normalmente a forma da consulta ao poder Legislativo. Sempre que o Executivo depende, para comprometer externamente o Estado, de algo mais que sua própria vontade, isso vem a ser em regra a aprovação parlamentar. O modelo suíço, em que o referendo popular condiciona em caráter permanente a conclusão de certos tratados, configura

uma exceção, assim como excepcionais têm sido os episódios avulsos de consulta ao eleitorado quando se cuida, como na Europa dos últimos anos, de integrar determinado país a um processo comunitário de grande desenvoltura e de notáveis conseqüências.

O estudo dos pressupostos constitucionais do consentimento é, fundamentalmente, o estudo da partilha do *treaty-making power* entre os dois poderes políticos – Legislativo e Executivo – em determinada ordem jurídica estatal. Melhor proveito dará a análise do caso brasileiro se precedida, ainda que em molde sumário, pela consideração de alguns outros sistemas nacionais.

I – Sistemas de partilha do poder convencional

Deixam-se de lado os modelos nacionais em que, de direito ou de fato, não há partilha, entre governo e parlamento, do poder de comprometer o Estado no plano internacional¹. Em tais casos, hoje muito raros, não se pode falar, a rigor, em pressupostos constitucionais do consentimento, visto que nada o condiciona senão a vontade daquele mesmo poder que o exprime. No cenário restante, abordam-se, em razão de sua excelência didática, três modelos: o francês, o britânico e o norte-americano.

1. O modelo francês. O Império do Brasil, o Peru e a Venezuela

No modelo francês, a aprovação parlamentar constitui pressuposto da confirmação de *alguns* tratados que a Constituição menciona, no seu artigo 53. São eles os tratados de paz, os de comércio, os relativos à organização internacional, os que afetam as finanças do Estado, os que modificam disposições legislativas vigentes, os relativos ao estado das pessoas e os que implicam cessão, permuta ou anexação de território. Cuida-se, pois, de um sistema inspirado na idéia do controle parlamentar dos tratados de maior importância, à luz do critério seletivo que o próprio constituinte assumiu².

Não há, assim, sob o aspecto qualitativo, diferença entre o modelo francês – herdado pela Constituição de 1958 às linhas gerais de suas predecessoras de 1946 e 1875 – e o que prevaleceu no Império do Brasil, sob a Constituição de 25 de março de 1824. Separa-os um fator puramente quantitativo, vez que neste último caso a aprovação da Assembléia-Geral impunha-se apenas quando o tratado envolvesse cessão ou troca de território imperial – “ou de possessões a que o Império tenha direito” –, e desde que celebrado em tempo de paz³.

Com a mesma tônica distintiva *ratione materiae*, mas sem especificações temáticas precisas, a Constituição peruana de 1979, depois de estabelecer que os tratados têm como pressuposto de ratificação o abono do Congresso, ressalva que o Presidente da República pode celebrá-los por si mesmo, devendo apenas informar imediatamente o Legislativo, quando versem “matérias de sua exclusiva competência”⁴.

A Constituição venezuelana de 1961 reclama a aprovação legislativa dos tratados, excetuados aqueles que importam execução ou continuidade de obrigações internacionais preexistentes, desempenho de atos ordinários em relações internacionais, exercício de poderes que a lei expressamente confere ao poder Executivo e, por último, aplicação de princípios expressamente reconhecidos pela república⁵.

2. O Reino Unido

A originalidade do modelo britânico, construído sob o pálio de uma constituição costumeira, está no modo de focar a matéria. Ali, como nos sistemas até agora vistos, *alguns* tratados não prescindem do beneplácito parlamentar. Não se pretende, contudo, que seja esse um requisito de validade da ação exterior do governo, mas um elemento necessário à implementação do pacto no domínio espacial da ordem jurídica britânica. O governo é livre para levar a negociação de tratados até a fase última da expressão do consentimento definitivo, mas

não deve deslembrar-se da sua inabilidade constitucional para alterar as leis vigentes no reino, ou para, de qualquer modo, onerar seus súditos ou reduzir-lhes os direitos, sem que um *ato do parlamento* para isso concorra.

Esse, pois, o toque peculiar ao modelo britânico. O mais singelo e estereotipado pacto bilateral de extradição reclama, para ser eficaz, o ato parlamentar convalidante, porque não se concebe que uma pessoa, vivendo no real território, seja turbada em sua paz doméstica, e mandada à força para o exterior, à base de um compromisso estritamente governamental. Concebe-se, porém, que tratados da mais transcendente importância política sejam concluídos pela exclusiva autoridade do governo, desde que possa este executá-los sem onerar os contribuintes nem molestar, de algum modo, os cidadãos. À margem da colaboração do parlamento pode o governo britânico, dessarte, adquirir território mediante compromisso político; e só não pode *ceder* território ante a presunção de que, com esse gesto, estará destituindo da proteção real os súditos ali instalados⁶.

O *Parlement Belge*, embarcação civil de uso do soberano belga, colidiu em 1879, em águas territoriais inglesas, com um barco privado pertencente a súdito local, que de pronto ajuizou no Tribunal do Almirantado um pedido de ressarcimento, envolvendo a apreensão da nave. Em preliminar, o governo belga sustentou a inviolabilidade daquela embarcação pública civil, não diversa da que cobria os navios de guerra, fosse à vista do direito internacional costumeiro, fosse em razão do tratado bilateral belgo-britânico de 1876, que estendia às naves do gênero aquele privilégio.

Robert Phillimore, juiz, na época, do Tribunal do Almirantado, negou, primeiro, que a inviolabilidade geralmente reconhecida pelo direito internacional comum fosse além dos navios de guerra. Em seguida recusou qualquer préstimo ao tratado de 1876 para estabelecer a extensão do privilégio, eis que não podia o governo, sem apoio num ato do parlamento, pactuar com potência estrangeira de modo a reduzir os direitos de um súdito local, entre os quais o de obter satisfação judiciária.

A Corte de Apelação derrubou essa sentença, por entender que o direito internacional costumeiro garantia ao barco real privilégio não inferior ao das naus de guerra. Não desautorizou, porém, a assertiva de Phillimore sobre a inidoneidade do tratado, nos termos em que formulada. O caso do *Parlement Belge* é citado até hoje como ilustração das limitações do Executivo britânico no trato internacional⁷.

3. Os Estados Unidos da América

A Constituição americana de 1787 garantiu ao Presidente dos Estados Unidos o poder de celebrar tratados, com o consentimento do Senado, expresso pela voz de dois terços dos senadores presentes⁸. Bem cedo, porém, uma interpretação restritiva da palavra inglesa *treaties* fez com que se estimasse que nem todos os compromissos internacionais possuem aquela qualidade. Além dos *tratados*, somente possíveis com o abono senatorial, entendeu-se que negociações internacionais podiam conduzir a acordos ou ajustes, os ali chamados *agreements*, para cuja conclusão parecia razoável que o Presidente prescindisse do assentimento parlamentar. A prática dos *acordos executivos* começa no governo de George Washington, e ao cabo de dois séculos ostenta impressionante dimensão quantitativa. A Corte Suprema norte-americana, levada por mais de uma vez ao exame da sanidade constitucional desses acordos, houve por bem convalidá-los.

Na realidade, em dois casos análogos, *U. S. v. Belmont* (1937) e *U. S. v. Pink* (1942), a Corte Suprema enfrentou de modo curioso a pretensão de particulares, do setor bancário nova-iorquino, que contestavam a validade do *Acordo Litvinov* – um acordo executivo entre o presidente Franklin Roosevelt e o ministro soviético daquele nome, em que se determinava a devolução, à fazenda pública soviética, de somas depositadas em bancos de Nova York por súditos russos, antes da revolução de 1917, e não reclamadas mais tarde pelos depositantes privados. Chamando em seu socorro as leis e a ordem pública do estado de Nova York, Belmont, e mais tarde Pink, afirmou não vislumbrar no acordo executivo o vigor jurídico bastante para neutralizar a proteção

garantida por aqueles padrões de conduta a depósitos bancários particulares.

A Corte Suprema confirmou a validade do acordo executivo, sempre à luz da idéia de que só para *treaties* – não para *agreements* – a Carta federal reclama o endosso de dois terços do Senado. Em seguida – e nesse ponto reside a curiosidade, por aparente contradição, de tal jurisprudência –, afirmou a Corte a prevalência do acordo Litvinov sobre as leis e a ordem pública do estado de Nova York, dando-lhe assim a estatura hierárquica que a mesma carta, no artigo VI, atribui aos *treaties*: a de “lei suprema do país” – o que traduz a virtude de prevalecer sobre a ordem jurídica dos estados federados⁹.

Embora cresçam em números absolutos, os acordos executivos do governo americano têm revelado o exercício de uma prerrogativa menos ampla do que se costuma supor. Não há indício da pretensão de que esses compromissos possam escapar ao âmbito de *três categorias* geralmente reconhecidas: aqueles que se apóiam em diretrizes ou autorização prévia do Congresso; aqueles que só se executam mediante autorização posterior do próprio Congresso; e aqueles que derivam dos estritos poderes constitucionais do Executivo. O’Connell estabelece um rol exemplificativo de cada uma dessas três categorias, em que se vê que os acordos da terceira – seguramente a mais discutível – são os menos numerosos. Seus temas, entendidos como afetos à “estrita competência governamental”, incluem armistício, ocupação militar de território estrangeiro, jurisdição sobre crimes militares, tratamento de súditos americanos no exterior e processualística de registro de tratados¹⁰.

Do ponto de vista processual, é conveniente destacar que o modelo norte-americano poucos seguidores teve no tocante à entrega ao *Senado* – não às duas casas do Congresso – da competência para aprovar tratados. O México adota, tradicionalmente, esse sistema¹¹, bem assim as Filipinas e a Libéria. Adotou-o também o Equador enquanto teve um Congresso bicameral – vale dizer, até 1970.

II – O poder convencional no Brasil Republicano

Mais de um século depois de lavrada a Constituição dos Estados Unidos, e perfeitamente cômico de todos os seus dispositivos, e da respectiva experimentação centenária, entendeu o constituinte brasileiro da primeira República de dispor sobre o poder convencional nestes termos:

“Compete privativamente ao Congresso Nacional:

(...)

12^a – resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras;

(...)

Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

16^a – entabolar negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre *ad referendum* do Congresso;”¹²

A redundância terminológica – ajustes, convenções, tratados –, alvo constante da crítica doutrinária, persiste até hoje na lei fundamental brasileira, com um mínimo de variedade. Ali viu Carlos Maximiliano a intenção de compreender, pela superabundância nominal, todas as formas possíveis de comprometimento exterior¹³. O estudo da gênese das constituições brasileiras, a partir da fundação da República, não permite dúvida a respeito da correção dessa tese. Desprezado tal critério hermenêutico, e à luz única da linguagem do dispositivo, poder-se-ia, entretanto, chegar à conclusão oposta. Afonso Arinos atentou para esse risco e o deplorou em sua obra de 1957:

“A Constituição brasileira, ao falar em tratados e convenções internacionais, empregou duas palavras para exprimir o mesmo objeto jurídico, o que é de má técnica constitucional. O que é mais grave, porém, é que não ficaria excluída a hipótese de se entender que outros atos internacionais que não viessem rotulados como convenções ou tratados ficariam dispensados da fiscalização do Legislativo”¹⁴.

É notório que os grandes comentaristas da Constituição da primeira República –

entre eles, destacadamente, João Barbalho e Clóvis Bevilacqua¹⁵ – sustentaram a inviabilidade do comprometimento externo por obra exclusiva do governo, em qualquer caso. A Constituição de 1934 foi, porém, motivo de algum debate a respeito, ante uma alteração redacional presente nos dispositivos que regem a matéria:

“É da competência exclusiva do Poder Legislativo:

a) resolver definitivamente sobre tratados e convenções com as nações estrangeiras, celebrados pelo Presidente da República, inclusive os relativos à paz;

(...)

Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

6º – celebrar convenções e tratados internacionais *ad referendum* do Poder Legislativo;”¹⁶

Desapareceu dessa derradeira norma a referência a “ajustes”, bem assim o advérbio “sempre”, que precedia a expressão *ad referendum*. Superado o regime de 1937, em que o texto básico outorgava ao Conselho Federal o exame de tratados¹⁷, a Constituição de 1946 retomou, quase que literalmente, a linguagem de 1934¹⁸.

A história diplomática do Brasil oferece exemplos de comprometimento externo, na velha República, por ação isolada do poder Executivo e, pois, em afronta aparente ao texto constitucional. Foi, contudo, no regime da Carta de 1946 que floresceu neste país a doutrina da licitude dos acordos executivos, tendo Hildebrando Accioly como seu mais destacado patrocinador¹⁹.

1. A polêmica Accioly-Valladão sobre os acordos executivos no Brasil

A súmula do pensamento *constitucionalista* foi produzida por Haroldo Valladão, em parecer oficial, publicado depois no mesmo periódico em que Accioly defendera seu ponto de vista²⁰:

“Consulta o Sr. Ministro das Relações Exteriores sobre a validade de Acordo de Pagamento entre o Brasil e França, por troca de notas entre o Ministério das Relações

Exteriores e a Embaixada da França no Rio de Janeiro.

(...)

A dúvida (...) concerne à necessidade de aprovação do referido acordo pelo Congresso Nacional.

É lição que vem de Clóvis Bevilacqua: ‘É a ratificação que torna o tratado obrigatório. No Brasil, compete a ratificação ao Presidente da República, depois que o Congresso aprove o tratado’ (*Direito Público Internacional*, § 168, T. II, 2ª ed., 1939, p. 17).

(...)

A primeira interpretação, logo após a promulgação da Carta Magna de 24 de fevereiro de 1891, dada, ainda, pelos antigos constituintes, vamos encontrar na Lei nº 23, de 30 de outubro de 1891, que reorganizou os serviços da administração federal, e ainda em vigor no que não foi expressamente revogada.

Eis o que prescreve o § 3º do seu art. 9º: ‘§ 3º Os ajustes, convenções e tratados celebrados pelo Presidente da República, em virtude das atribuições que lhe confere o art. 48, nº 16, da Constituição, serão sujeitos à ratificação do Congresso, mediante um projeto de lei formulado pelo Poder Executivo, nos termos do art. 29 da Constituição’.

Nem outro foi o modo de ver do insigne João Barbalho ao justificar a necessidade de aprovação pelo Congresso dos atos internacionais bilaterais: ‘Mas os tratados são uma troca de concessões e estabelecem reciprocidade de obrigações; ora, não é da alçada do poder executivo empenhar *motu proprio* a responsabilidade da nação, criarlhe compromissos, obrigá-la, ainda que em permuta de vantagens, a ônus e encargos. Por isso ficou reservada ao Congresso Nacional a ratificação dos ajustes, convenções e tratados feitos pelo Presidente da República, o que redundará em corretivos e garantia contra possíveis abusos, contra a má compreensão e comprometimento dos altos interesses nacionais’.

(...)

Finalmente, do mesmo sentir foi a jurisprudência nacional, manifestando-se a propósito de extradições concedidas com base em promessa de reciprocidade, em simples acordo mediante notas reversais.

(...)

Expressava, pois, Clóvis Bevilacqua o direito positivo brasileiro ao escrever: ‘Ainda que a ratificação seja a solenidade que torna o tratado obrigatório, pode ser dis-

pensada por acordo das altas partes contratantes. Exemplo disso nos dá a convenção postal concluída, entre o Brasil e a Grã-Bretanha, no Rio de Janeiro, a 16 de agosto de 1875. Nenhuma convenção internacional, porém, poderá, hoje, no Brasil, ser executada sem a aprovação do Congresso. Todos os ajustes internacionais, em face da Constituição brasileira, como já ficou exposto, são celebrados pelo poder executivo *ad referendum* do Congresso' (*op. cit.*, II, p. 21).

Teriam os artigos da Constituição de 1934 e da atual, de 1946, já referidos, alterado aquela orientação do direito pátrio pelo fato de nos textos referentes ao Presidente da República falarem apenas em 'convenções internacionais' (1934, art. 56, 6º) ou 'tratados e convenções internacionais' (1946, art. 87, VII) na forma empregada nos dois diplomas básicos quanto ao Poder Legislativo (1934, art. 40, a, e 1946, art. 66, I)?

O elemento histórico desautoriza uma resposta afirmativa.

(...)

Doutra parte, a expressão 'tratados e convenções' vinha usada desde 1891, no sentido amplo, de quaisquer atos jurídicos bilaterais de caráter internacional.

Não fala, apenas, em tratados, mas em tratados e convenções, com largueza de expressão.

Não se referindo mais os novos textos, qual em 1891, também às negociações internacionais e ajustes nas atribuições do Presidente, ou esses atos entram na chave ampla 'tratados e convenções' ou o Poder Executivo não teria competência para assiná-los.

Já escrevera Lafayette: 'Aos tratados dá-se indiferentemente a denominação de convenções, acordos, pactos e ajustes internacionais' (*Princípios de Direito Internacional*, II, 1902, p. 268). Não divergira Clóvis Bevilacqua (*op. cit.*, § 163 e nota, desde a 1ª edição, 1910) nem Hildebrando Accioly (*Tratado de Direito Público*, 1934, nº 1.251).

Há de ser, assim, mantida a interpretação clássica que subordina à aprovação do Congresso Nacional todo e qualquer tratado ou convenção, ainda que com a simples denominação de acordo, ajuste, convênio, etc.

Entretanto, ultimamente, em trabalho especial, já mencionado, o eminente internacionalista pátrio, Hildebrando Accioly, sustentou a possibilidade de ser o Brasil parte em atos internacionais que não dependem de aprovação do Congresso Nacional.

Eis os trechos fundamentais de sua argumentação: 'Realmente, o Brasil poderá ser parte em atos internacionais que não dependem de aprovação do Congresso Nacional. São eles, essencialmente, os que não exigem ratificação. Dizer que há tratados que não exigem ratificação poderá parecer contraditório com o preceito de direito internacional segundo o qual a ratificação constitui um dos requisitos para a validade de tais atos, até na ausência de cláusula expressa que a estipule. Trata-se, porém, ainda aqui, de um princípio de ordem geral, que admite exceções, conforme abaixo veremos... Isto posto, indiquemos agora quais as exceções admitidas ao princípio da obrigatoriedade da ratificação. Elas se fundam principalmente na natureza do ato internacional e, às vezes, nas circunstâncias que o cercam ou em que é firmado. Alguns autores mencionam também a forma do ato, como elemento suscetível de tornar dispensável a ratificação; mas, a nosso juízo, a forma nada significa, no caso; o que, na verdade, importa é a matéria do pacto. Acontece, porém, que esta geralmente influi naquela de modo que freqüentemente se dá forma mais simples aos atos que não devem ser ratificados. O princípio geral que deve predominar no assunto é o da competência privativa dos órgãos constitucionais. Se a matéria sobre que versa o tratado é da competência exclusiva do Poder Legislativo, está claro que o aludido ato não se pode tornar válido sem a aprovação legislativa; e, se depende de tal aprovação, deve ser submetido à ratificação. A título de exemplos, podemos citar, no caso do Brasil, os tratados que, por qualquer forma, estabelecem novos ônus para o Tesouro Nacional; os que dispõem sobre a dívida pública federal; os que implicam cessão ou troca de território nacional ou resolvem sobre os limites deste; os que concedem favores aduaneiros; os de aliança militar; os que permitem o trânsito ou a permanência de forças estrangeiras no território nacional; os de comércio e navegação; etc. Nada impede, contudo, que o próprio Congresso tenha disposto previamente sobre o assunto do tratado e este não seja mais do que a aplicação exata do que já se acha regulado por lei, parecendo assim desnecessário que semelhante tratado seja ainda submetido à aprovação legislativa. Às vezes, também, o Congresso autoriza expressamente o Poder Executivo a dispor convencionalmente sobre determinado assunto. Se este, depois,

faz objeto de um tratado, nas condições indicadas, é bem de ver que se pode considerar dispensável a aprovação subsequente, pelo Congresso. O último caso sucedeu, com alguma freqüência, nos Estados Unidos. Foi o que se deu, por exemplo, com os tratados de comércio concluídos durante o período governamental do Presidente Franklin Roosevelt, em virtude de ato do Congresso aprovado a 12 de junho de 1934.

Assim também, naquele país, as Convenções Postais são concluídas pelo Presidente e o *Postmaster General*, sem necessidade de 'parecer e consentimento do Senado', porque antiga lei do Congresso, modificada em junho de 1934, dispôs nesse sentido. Por outro lado, é princípio assento na União norte-americana que os tratados meramente declaratórios da lei internacional (*law of nations*), ou direito das gentes, não exigem sanção legislativa, porque a dita lei, conforme tem decidido a Suprema Corte, é reconhecida como parte da lei do país. Como quer que seja, apesar da disposição expressa da Constituição americana a que atrás aludimos, segundo a qual foi concedido ao Presidente 'o poder de, com o parecer e consentimento do Senado, fazer tratados, mediante a aprovação de dois terços dos senadores presentes', é praxe antiga e muito seguida nos Estados Unidos a de concluir ajustes ou compromissos internacionais, sobre várias matérias, por meio dos chamados 'acordos executivos' (*executive agreements*), para a validade dos quais é dispensado o 'parecer e consentimento do Senado'. Os acordos executivos, segundo diz Miller, não possuem talvez definição exata e compreendem atos da mais variada natureza. Assim, por meio deles, têm sido ajustados, não só assuntos de pouca importância, como, por exemplo, a execução de cartas rogatórias, mas também matéria de mais relevância, como a navegação aérea, e até assuntos de natureza política. Sem falar, porém, na praxe americana, pode dizer-se, de conformidade com a doutrina mais corrente, que a ratificação não é geralmente exigida para os seguintes atos internacionais: a) os acordos sobre assuntos que sejam da competência privativa do poder Executivo; b) os concluídos por agentes ou funcionários que tenham competência para isso, sobre questões de interesse local ou de importância restrita; c) os que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente; d) os que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tra-

tado vigente e são como que o seu complemento; e) os de *modus vivendi*, quando têm em vista apenas deixar as coisas no estado em que se encontram ou estabelecer simples bases para negociações futuras. A esses casos, é freqüente que na prática se acrescentem outros, como, por exemplo, os de ajuste para a prorrogação de tratado antes que este expire, e as chamadas declarações de extradição, isto é, as promessas de reciprocidade, em matéria de extradição, feitas por simples troca de notas' (*Boletim*, pp. 5 a 8).

A primeira consideração de Hildebrando Accioly, de que independem de aprovação pelo Congresso os tratados que independem de ratificação, – importaria em pedir ao direito das gentes a solução de um problema de exegese da Constituição de um determinado país, o que não me parece orientação aceitável.

A maior ou menor amplitude de poderes do Governo de um país para negociar e assinar atos internacionais há de depender, evidentemente, dos textos da Constituição e leis desse mesmo país.

É assunto típico de direito interno, que escapa de todo ao direito internacional.

A consulta, no assunto, ao direito constitucional é o que aconselha a doutrina corrente no direito internacional, salvo, é claro, o caso anormal de um Governo revolucionário, ou melhor, extraconstitucional.

(...)

Sai, portanto, o modo de ver de Accioly também da orientação brasileira no campo do próprio direito internacional.

Proclama ele, a seguir, o princípio geral da competência privativa dos órgãos constitucionais, fazendo depender da aprovação legislativa os tratados que versam sobre matéria exclusiva do Poder Legislativo.

É, manifestamente, fugir do *jus constitutum* para penetrar no campo do *jus constituendum*.

É criar, nos artigos constitucionais, contra seu texto, abandonando seu histórico, desacompanhando tradição firme, na legislação (Lei 23, de 1890), na doutrina (João Barbalho, A. Milton, Clóvis Bevilacqua), na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, distinção que, em absoluto, não ocorreu quer aos seus autores, quer aos seus intérpretes.

A razão do preceito de nossas constituições republicanas, exigindo a aprovação pelo Congresso dos tratados e convenções, foi dada em trecho que já transcrevemos de Barbalho; visou a estabelecer um controle

amplo do Congresso sobre o Presidente da República nas relações internacionais, dadas as graves conseqüências que poderão advir para o país de compromissos assumidos na ordem internacional.

Não olharam os constituintes republicanos brasileiros a matéria ou a importância dos ajustes internacionais.

Quiseram subordinar o Executivo ao Legislativo em matéria de política exterior, não permitindo assumira o Brasil quaisquer responsabilidades, na ordem internacional, sem o consentimento do Congresso.

Aliás, o critério proposto por Hildebrando Accioly, de distinguir entre os tratados que versassem matéria exclusiva do Poder Legislativo e matéria 'privativa' do Poder Executivo, levaria a sérias dificuldades em assunto que deve ser preciso, dada sua altíssima relevância: validade de atos internacionais firmados pelo Brasil.

É 'exclusiva' do Poder Legislativo, além das atribuições básicas referentes à administração federal propriamente dita, especificadas no artigo 65, I a VIII (orçamento, tributos, dívidas públicas, cargos públicos e vencimentos, operações de crédito e emissões, fixação de forças, transferência de sede do Governo Federal, limites do território nacional), toda a legislação concernente a bens do domínio federal e a 'todas as matérias da competência da União', art. 65, IX, art. 5º, I a XV, letra a a r, etc.

É todo o âmbito do Governo Federal.

(...)

Será possível considerar a matéria de um acordo daquela natureza 'privativa' do Poder Executivo?

Para isto seria preciso fixar um limite à atividade legislativa no assunto, estabelecendo-se que, a partir de um certo marco, a atribuição de estabelecer normas sobre a dívida pública federal cessaria para o Poder Legislativo e começaria, privativamente, para o Poder Executivo.

Tal distinção, separação de atribuições com esse caráter, inexistente no direito constitucional brasileiro.

Se se quisesse, porém, ter em vista, em cada lei, a parte deixada à execução e à regulamentação do Poder Executivo e, pois, parte sem fronteiras 'privativas' a depender da própria lei – nesse mesmo caso seria perigoso admitir fizesse o Presidente acordos, ajustes, tratados ou convenções com Estados estrangeiros no exercício de um poder, o regulamentar, diretamente subordinado ao Legislativo, que, a cada momen-

to, poderia alterar a lei passível de regulamentação.

A estabilidade, necessária aos acordos internacionais, apresentar-se-ia de forma bem precária.

E o Poder Executivo poderia criar, na espécie, um caso internacional, de inexecução de um compromisso que assumira para execução imediata.

E tudo sem ponderar a repercussão inevitável de tais acordos no campo orçamentário, de competência legislativa anual.

A doutrina exposta por Hildebrando Accioly está ligada, qual ele próprio o confessa, ao direito doutros povos, em especial, ao dos Estados Unidos.

(...)"²¹.

Accioly replicaria, em número ulterior do Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional:

"(...)

Os fatos indicam que nunca se entendeu, entre nós, que a aprovação do Congresso Nacional era necessária ou, melhor, indispensável 'para quaisquer atos bilaterais internacionais'.

Ainda no regime da Constituição de 1891 – que era, nesse ponto, talvez mais exigente do que as posteriores, pois não se limitava a mencionar *tratados* e *convenções*, falando também em *ajustes* –, numerosos são os acordos bilaterais concluídos pelo Governo brasileiro com Governos estrangeiros e que vigoraram sem o preenchimento daquela condição. Percorra-se, por exemplo, o Código das Relações Exteriores, publicado em 1900, e lá se encontrarão vários exemplos de tais acordos.

(...)

De datas posteriores a 1900, mas ainda sob a vigência da Constituição de 1891, poderíamos mencionar vários outros exemplos, inclusive alguns acordos para a demarcação de fronteiras e outros sobre a troca de correspondência diplomática em malas especiais.

A opinião de João Barbalho, embora das mais respeitáveis, não impediu a prática acima referida, sem que, aliás, se confirmassem os receios do eminente comentarista de nossa primeira Constituição republicana. Por outro lado, custa-nos crer que o nosso Poder Executivo, ou melhor, o Presidente da República, não tenha noção dos 'altos interesses nacionais' e fosse comprometê-los em matéria atinente à sua competên-

cia privativa, ao tratar, por intermédio de seus agentes, com países estrangeiros.

A declaração de que os constituintes brasileiros 'quiseram subordinar o Executivo ao Legislativo, em matéria externa', carece de provas. E não se justificaria.

Em toda parte, até nos países de regime parlamentar, a política externa é ação confiada precipuamente ao Chefe da Nação ou do Governo e a seu órgão especial para esse fim, que é o Ministro das Relações Exteriores ou dos Negócios Estrangeiros. Por isso, costuma dizer-se que o Chefe do Estado é quem representa este perante os países estrangeiros e que o dito Ministro é o seu mandatário direto para a direção dos serviços relativos às relações exteriores.

Onde funciona o sistema parlamentar, poderá alegar-se que a orientação da política externa depende da maioria do parlamento; mas, ainda aí, quem a executa é, necessariamente, o órgão ordinário dos negócios estrangeiros, ou seja, o ministro da pasta que destes se incumba.

Como quer que seja, no sistema presidencial, a situação é outra: a responsabilidade pela orientação e execução da política externa cabe simplesmente ao Poder Executivo.

Em nossa Constituição de 1946 (art. 87, VI) está dito claramente que 'compete privativamente ao Presidente da República': 'manter relações com Estados estrangeiros'.

A circunstância de ser a nomeação dos chefes de missão diplomática sujeita à aprovação do Senado não significa, absolutamente, que este deva dirigir a política exterior do país. Ao Senado também cabe, por exemplo, a aprovação da nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, sem que isto possa importar na menor interferência de nossa Câmara alta na ação do mais alto órgão judiciário da República.

O argumento de que aos autores da Constituição de 1891 e aos intérpretes daquele documento nunca ocorreu o critério da competência privativa dos órgãos constitucionais na celebração de acordos internacionais não tem a importância pretendida. Ainda que se comprove sua exatidão, isto não quererá dizer que tal critério seja inaceitável, nem o fato alegado impediu fosse o dito critério seguido várias vezes.

Não nos parece mais procedente a alegação da dificuldade em distinguir a competência privativa do Poder Executivo da competência exclusiva do Poder Legislativo.

Realmente, a Constituição Federal es-

tabelece, primeiramente, o princípio de que os três Poderes pelos quais se dividem as atividades do Estado 'são independentes e harmônicos entre si'. Depois, indica o que compete privativamente a cada um. Evidentemente, haverá pontos de contacto nessas competências; mas parece-nos possível distinguir sempre a que Poder cada uma delas pertence.

(...)

Relativamente à prática nacional, já mostramos que foi freqüente, no sentido indicado, durante a vigência da Constituição de 1891. Depois, sob a de 1934 (que durou, apenas, pouco mais de três anos) e a de 1946, podemos referir mais, entre outros, os seguintes casos:

(...)

Parece deva ser aqui acrescentado um caso correlato, talvez pouco conhecido, o qual não é propriamente o da ausência de aprovação legislativa e conseqüente ratificação de tratado ou convenção, mas o de *antecipação* de sua execução, determinada por motivo de força maior. Trata-se de um fato que não ocorre somente no Brasil, mas também em outros países. É o que sucede com certas convenções multilaterais, de caráter técnico ou administrativo, que estabelecem data fixa para sua entrada em vigor.

O melhor exemplo disso nos é dado pelas convenções da União Postal Universal, que, em geral, determinam sua entrada em vigor numa data fixada à distância de cerca de um ano após o encerramento do Congresso que as elabora, e dispõem que a partir dessa data os atos postais anteriores ficam revogados.

Como essas convenções exigem tempo demorado para a sua tradução em português e como sua tramitação também é lenta, no Congresso Nacional, o Departamento dos Correios e Telégrafos vê-se sempre forçado a dar início à sua execução, entre nós ou nas relações com os demais países da União Postal Universal, muito antes de sua aprovação e de sua ratificação. A este propósito, baste-nos mencionar que, à data em que estamos escrevendo (2-VII-1953), a convenção principal e demais atos do Congresso da União Postal Universal realizado em Paris em 1952 já começaram a ser executados universalmente e, no entanto, entre nós, ainda não puderam ser submetidos ao Congresso Nacional, por se não haver ainda concluído a respectiva tradução, feita pelo órgão administrativo competente.

(...)

A tese da competência privativa é perfeitamente razoável. Se a matéria de um acordo é das que cabem peculiarmente dentro das atribuições constitucionais do Poder Executivo, e dado que a este é que compete o exercício das relações com outros Governos, não há por que se lhe deva negar a autoridade para celebrar o dito acordo e pô-lo em vigor, sem intervenção do Poder Legislativo.

(...)

Seja como for, o que principalmente desejávamos era esclarecer que, entre nós, o costume já de muitos anos – ainda que se pretenda estabelecido *extra legem* – é o de não se exigir a aprovação do Congresso Nacional para certos atos internacionais, e mostrar que, nisto, acompanhamos a corrente moderna e a melhor doutrina.”²²

2. O regime constitucional de 1988

A Constituição brasileira vigente diz ser da competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, sendo que ao Presidente incumbe “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”²³.

A Carta não inova substancialmente por mencionar encargos, etc: não há compromisso internacional que não os imponha às partes, ainda que não pecuniários. Ela preserva, ademais, a redundância terminológica, evitando qualquer dúvida sobre o propósito abrangente do constituinte. Uma exegese constitucional inspirada na experiência norte-americana – e em quanto ali se promoveu a partir da compreensão restritiva do termo *treaties* –, se não de todo inglória no Brasil republicano anterior, tornou-se agora (ou mais exatamente desde o regime constitucional de 1967-1969) impensável. Concedendo-se, pois, que tenha Accioly abonado, a seu tempo, uma prática estabelecida *extra legem*, é provável que tal prática, na amplitude com que tenciona convalidar acordos internacionais desprovidos de toda forma de consentimento parlamentar, não se possa hoje defender senão *contra legem*.

Muitas vezes se viu tratar a prática dos acordos executivos como uma imperiosa necessidade estatal, a ser escorada, a todo preço, pela doutrina. Os argumentos meta-jurídicos que serviram de apoio a essa tese enfatizavam a velocidade com que se passam as coisas na política internacional contemporânea, diziam da importância das decisões rápidas, enalteciam o dinamismo e a vocação simplificadora dos governos, deplorando, por contraste, e, finalmente, a lentidão e a obstrutiva complexidade dos trabalhos parlamentares. Não se sabe o que mais repudiar nesse repetido discurso, se o que tem de frívolo ou o que tem de falso. O suposto ritmo trepidante do labor convencional, nas relações internacionais contemporâneas, seria fator idôneo à tentativa de inspirar o constituinte, nunca à pretensão de desafiá-lo. Por outro lado, é inexata e arbitrária a assertiva de que os parlamentos, em geral, quando vestidos de competência para resolver sobre tratados, tomem nisso maior tempo regular que aquele dispendido pelos governos – também em geral – para formar suas próprias decisões definitivas a respeito, mesmo que não considerado o período de negociação, em que agentes destes – e não daqueles – já conviviam com a matéria em processo formativo. Toda pesquisa por amostragem permitirá, neste país, e não apenas nele, concluir que a demora eventual do Legislativo na aprovação de um tratado é companheira inseparável da indiferença do próprio Executivo em relação ao andamento do processo; e que o empenho real do governo pela celeridade, ou a importância da matéria, tendem a conduzir o parlamento a prodígios de expediência²⁴.

Juristas da consistência de Hildebrando Accioly e de João Hermes Pereira de Araújo não escoraram, naturalmente, seu pensamento em considerações do gênero acima referido. Nem se pode dizer que tenham tomado por arma, na defesa da prática dos acordos executivos, o entendimento restritivo da fórmula “tratados e convenções”, num exercício hermenêutico à americana. O gran-

de argumento de que se valeram, na realidade, foi o do *costume constitucional*, que se teria desenvolvido, entre nós, temperando a fria letra da lei maior.

Parece, entretanto, que a gênese de normas constitucionais costumeiras, numa ordem jurídica encabeçada por constituição escrita – e não exatamente sumária ou concisa –, pressupõe o silêncio, ou no mínimo a ambigüidade do diploma fundamental. Assim, a Carta se omite de abordar o desfazimento, por denúncia, de compromissos internacionais, e de partilhar a propósito a competência dos poderes políticos. Permite pois que um costume constitucional preencha – com muita nitidez, desde 1926 – o espaço normativo vazio. Tal não é o caso no que tange à determinação do poder convencional, de cujo exercício a Carta, expressa e quase que insistentemente, não quer ver excluído o poder Legislativo. Não se pode compreender, portanto, e sob risco de fazer ruir toda a lógica jurídica, a formação idônea de um costume constitucional *contra a letra da Constituição*.

A própria realidade do elemento psicológico de qualquer costume é, no caso, muito discutível. Não há *opinio juris* onde, como no Itamaraty, a sombra da dúvida, que se projetava, em seu tempo, sobre o espírito de Raul Fernandes, marca ainda incômoda presença. Está claro que os acordos executivos, até hoje celebrados sob o pálio doutrinário de Accioly, expõem-se à luz plena do conhecimento: publica-os o Diário Oficial da União, e lêem-nos os membros do Congresso. Mas o silêncio usual não perfaz a *opinio juris*, além de se ver quebrado vez por outra.

Na edição de 25 de maio de 1972, à página 3, o jornal *O Estado de S. Paulo* estampou esta notícia:

“O voto de aplauso ao Chanceler Gibson Barbosa, sugerido pelo Deputado Marcelo Linhares à Comissão de Relações Exteriores da Câmara, pelo êxito brasileiro na assinatura do acordo de pesca com Trinidad-Tobago, foi sustado pela unanimidade dos membros daquele órgão técnico, sob a alegação ‘de desconhecimento oficial do texto aprovado’.

Lembraram os deputados Flávio Marcílio e Henrique Turner o texto constitucional, que dá competência exclusiva ao Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República, não importando que título tenham tais documentos.

Revelou Flávio Marcílio o interesse da Marinha em que os acordos de pesca fossem ratificados pelo Congresso Nacional, em contraposição à opinião dominante do Itamaraty, pelo não-envio deles ao Legislativo sob o argumento de que sua aprovação seria muito demorada.

Henrique Turner acentuou que, no caso do acordo de Roboré, o governo alegara que se tratava ‘apenas de notas reversais’, mas acabou remetendo seu texto ao Congresso, para que se soubesse se era realmente um tratado ou realmente ‘notas reversais’.

O deputado paulista admitiu a hipótese de o Itamaraty não ter ainda encaminhado o acordo ao Congresso, talvez por não lhe interessar a divulgação antes de serem concluídos entendimentos idênticos com outros países, como ocorreu recentemente com os Estados Unidos.

De qualquer maneira, mesmo com essa tentativa de explicação, a Comissão decidiu, por unanimidade, sustar a votação do voto de aplauso e congratulação, proposto pelo Deputado Marcelo Linhares, até que o Ministério das Relações Exteriores forneça à Câmara os necessários esclarecimentos sobre a matéria”²⁵.

3. *Constituição e acordos executivos: juízo de compatibilidade*

Sobre a premissa de que um costume constitucional se pode desenvolver em afronta à literalidade da lei maior, os patrocinadores contemporâneos da prática do acordo executivo, no Brasil, prosseguem fiéis ao rol permissivo lavrado sob a vigência da Carta de 1946. Na lógica, na observação de outros modelos nacionais, na própria experiência local – não na Constituição –, pretendem encontrar base para sua lista de tratados consumáveis sem consulta ao Congresso. Não é de estranhar, assim, que a lista seja encabeçada justamente por seus dois tópicos indefensáveis – visto que, quanto a eles,

nenhuma acomodação aos preceitos da lei fundamental se pode conceber. Trata-se dos acordos “sobre assuntos que sejam da competência privativa do poder Executivo”, e daqueles “concluídos por agentes que tenham competência para isso, sobre questões de interesse local ou de importância restrita”, que compõem as alíneas *a* e *b* do rol de Accioly²⁶.

Tão nebulosa é a segunda categoria – sobre a qual não se produziram fundamentos teóricos, senão exemplos avulsos – que melhor parece não discuti-la em abstrato, sobretudo à vista da probabilidade de que não constitua mais que extensão periférica da primeira. Esta, por seu turno, vem a ser uma versão da terceira categoria norte-americana de *executive agreements*, concebida em termos menos precisos que os do modelo. A adaptação, de todo modo, resulta impossível: no Brasil, os poderes constitucionais que revestem o Executivo são por este amplamente exercitáveis à luz singular da ordem jurídica nacional, mesmo no que tange ao relacionamento diplomático ordinário. Quando se cuide, porém, de legislar internacionalmente, de envolver no contexto outra soberania, assumindo perante esta compromissos regidos pelo Direito das Gentes, e apoiados na regra *pacta sunt servanda*, não há como agir à revelia da norma específica, que exige a combinação da vontade dos dois poderes políticos, independentemente da importância do tratado ou de qualquer outro elemento quantitativo.

Não é ocioso lembrar quanto se encontram já ampliados os poderes reais do Executivo, neste domínio, pela interposição dos entes parastatais dotados de personalidade jurídica de direito privado – e hábeis, assim, para contratar com seus congêneres no exterior, e mesmo com Estados estrangeiros, sob a autoridade política do governo, e sem controle parlamentar.

Por certo que a alegada competência privativa do governo não pretende confundir-se com o poder regulamentar, e buscar legitimidade nas leis votadas pelo Congresso. Se assim fosse, tampouco haveria lugar para acordos executivos no setor: lembrou Valla-

ção que seria insensato assumir compromissos externos em área normativa subordinada, por excelência, ao próprio Congresso, que a todo tempo “poderia alterar a lei passível de regulamentação”. Idêntico raciocínio proscreve a conclusão de acordos executivos naquele domínio em que a lei formal tenha autorizado o governo à ação administrativa discricionária – concessão de licenças de pesca ou pesquisa mineralógica, entre outros temas comuns –, porque a mutabilidade da lei seria incompatível com o vínculo assumido ante soberania estrangeira. O quadro é, na essência, diverso daquele em que o Congresso norte-americano, por lei, expressamente autoriza o governo a pactuar com nações estrangeiras sobre determinada matéria. Nesse caso, a estabilidade dos tratados resultará garantida pela própria lei, conscientemente elaborada para servir de base ao comprometimento exterior.

Mais grave parece o fenômeno da complacência perante os acordos executivos, em nações cuja ordem constitucional não os abona em princípio, quando se verifica que, a propósito, o padrão norte-americano, mal compreendido alhures, conduziu ou propende a conduzir a conclusões e a práticas alarmantes. Descrevendo o entendimento oficial dessa questão na Argentina, Juan Carlos Puig dá como pacífico que o que pode o governo, ali, resolver por decreto, é matéria idônea para fazer objeto de acordo executivo²⁷.

No Brasil, como noutras nações de regime republicano presidencialista, o poder Executivo repousa nas mãos do chefe de Estado, a quem o ministério serve como um corpo de auxiliares, na expressiva linguagem da lei fundamental²⁸. Os poderes constitucionais privativos do governo são aqueles que a Carta vigente atribui no artigo 84 ao Presidente da República, como exercer a direção superior da administração federal, iniciar o processo legislativo, ou vetar projetos de lei. É importante observar que a competência para celebrar “tratados, convenções e atos internacionais” se inscreve nessa mesma lista, só que acrescida do vital complemento “...sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. Não há, dessarte, como fugir à norma específica, a pretexto de que o tema do ato internacional compromissivo pode

inscrever-se noutra inciso da relação. Assim fosse e nos defrontaríamos com uma perspectiva convencional gigantesca, além de tangente de pontos os mais sensíveis do poder político. O Presidente da República, por sua singular autoridade constitucional, nomeia e destitui livremente os ministros de Estado, bem como exerce o comando supremo das Forças Armadas²⁹. Ninguém, contudo, o estimará por isso autorizado a celebrar acordos executivos, por hipótese, com o Equador e com a Santa Sé, partilhando temporariamente aquele comando supremo, e condicionando a escolha e a dispensa de ministros ao parecer da Cúria Romana.

Apesar de tudo, o acordo executivo – se assim chamamos todo pacto internacional carente da aprovação individualizada do Congresso – é uma prática convalidável desde que, abandonada a idéia tortuosa dos *assuntos da competência privativa do governo*, busque-se encontrar na lei fundamental a sua sustentação jurídica.

Três entre as cinco categorias arroladas por Accioly são compatíveis com o preceito constitucional: os acordos “que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente”, os “que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento” e os de *modus vivendi*, “quando têm em vista apenas deixar as coisas no estado em que se encontram, ou estabelecer simples bases para negociações futuras”³⁰. Os primeiros, bem assim estes últimos, inscrevem-se no domínio da diplomacia ordinária, que se pode apoiar em norma constitucional não menos específica que aquela referente à celebração de tratados. Os intermediários se devem reputar, sem qualquer acrobacia hermenêutica, cobertos por prévio assentimento do Congresso Nacional. Isso demanda, porém, explicações maiores.

O acordo executivo como subproduto de tratado vigente

Nesse caso a aprovação congressional, reclamada pela Carta, sofre no tempo um deslocamento antecipativo, sempre que, ao aprovar certo tratado, com todas as normas

que nele se exprimem, abona o Congresso desde logo os acordos de especificação, de detalhamento, de suplementação, previstos no texto e deixados a cargo dos governos pactuantes.

Dir-se-á que o acordo executivo, subproduto evidente de acordo anterior aprovado pelo Congresso, escapa assim ao reclamo constitucional de uma análise do seu texto acabado, implícito na fórmula *ad referendum*. Ao contrário, porém, de toda exigência legal de condição *prévia* – que em princípio não se pode suprir com a respectiva satisfação *a posteriori* –, a exigência do referendo pode perfeitamente dar-se por suprida quando ocorre a antecipação do consentimento. Desnecessário lembrar que, nesse caso, a eventual exorbitância no uso do consentimento antecipado encontra remédio corretivo nos mais variados ramos do direito, e em todas as ordens jurídicas.

Nos exemplos seguintes observa-se, primeiro, a previsão convencional de acordos executivos, e em seguida a conformação vinculada destes últimos.

a) No acordo Brasil-Marrocos sobre transportes aéreos regulares (Brasília, 1975), aprovado pelo Decreto Legislativo 86/75:

“Art. VIII – 1. Cada Parte Contratante poderá promover consultas com as autoridades aeronáuticas da outra Parte para interpretação, aplicação ou modificação do Anexo ao presente Acordo ou se a outra Parte Contratante tiver usado da faculdade prevista no Artigo III.

2. Tais consultas deverão ser iniciadas dentro do prazo de 60 (sessenta) dias a contar da data da notificação do pedido respectivo.

3. Quando as referidas autoridades aeronáuticas das Partes Contratantes concordarem em modificar o Anexo ao presente Acordo, tais modificações entrarão em vigor depois de confirmadas por troca de notas, por via diplomática.”

No Acordo básico de cooperação técnica Brasil-Itália (Brasília, 1972), aprovado pelo Decreto Legislativo 31/73:

“Artigo I

4. (...) Os programas de cooperação serão executados em conformidade com os entendimentos técnicos que forem estabelecidos entre as autoridades qualificadas para tanto. Esses entendimentos passarão a ter

força executiva na data em que forem confirmados por troca de notas, as quais passarão a constituir Ajustes Complementares ao presente Acordo.”

No Acordo Brasil-Colômbia sobre usos pacíficos da energia nuclear (Bogotá, 1981), submetido ao Congresso pela Mensagem 131/81 do Presidente da República:

“Art. 4. A fim de dar cumprimento à cooperação prevista neste Instrumento, os órgãos designados de conformidade com os termos do Artigo I, parágrafo 2, celebrarão Acordos Complementares de Execução, nos quais serão estabelecidas as condições e modalidades específicas de cooperação, incluindo a realização de reuniões técnicas mistas para estudo e avaliação de programas.”

b) No Ajuste complementar ao Acordo básico de cooperação técnica Brasil-R. F. da Alemanha, concluído por troca de notas, em 5 de maio de 1981:

“Senhor Embaixador,

Tenho a honra de acusar recebimento da nota (...) datada de hoje, cujo teor em português é o seguinte:

‘Senhor Ministro,

Com referência à nota (...) de 17 de abril de 1979, bem como em execução do Acordo Básico de Cooperação Técnica, de 30 de novembro de 1963, concluído entre os nossos dois Governos, tenho a honra de propor a Vossa Excelência, em nome do Governo da República Federal da Alemanha, o seguinte Ajuste sobre o desenvolvimento de processo bioquímico contra a ferrugem no cafeeiro.

(...)’ (H.J.S.).

(...)” (R.S.G.).

No Ajuste complementar ao Acordo de cooperação científica e tecnológica Argentina-Brasil, lavrado em instrumento único e vigente à data da assinatura (Brasília, 15 de agosto de 1980):

“O Governo da República Federativa do Brasil

e

O Governo da República Argentina

Animados do desejo de desenvolver a cooperação científica e tecnológica, com base no Artigo II do Acordo de Cooperação Científica e Tecnológica, firmado em Buenos Aires a 17 de maio de 1980, e

Reconhecendo a importância da cooperação no campo das comunicações para promover o desenvolvimento econômico e industrial,

Acordam o seguinte:

(...)” (R.S.G.) (O.C.).

A constitucionalidade do acordo executivo que, em razão do disposto em tratado antes aprovado pelo Congresso, aparece como subproduto daquele, não pode ser colocada em dúvida. Essa tese é, no mínimo, compatível com quanto preceitua o artigo 84 da Carta de 1988. Dessarte, serve o costume para convalidá-la.

O Congresso, ademais, tem perfeita ciência do assentimento prévio que confere a esses acordos antevistos na literalidade de um pacto submetido a seu exame. E se, porventura, não deseja no caso concreto abdicar do controle individualizado de todos os subprodutos ali enunciados, procede como quando aprovou o Acordo básico de cooperação Brasil-Líbia:

“Decreto Legislativo nº 23, de 1981.

Aprovo o texto do Acordo Básico de Cooperação entre a República Federativa do Brasil e a Jamairia Árabe Popular Socialista da Líbia, celebrado em Brasília, a 30 de junho de 1978.

Art. 1º – Fica aprovado o texto do Acordo Básico de Cooperação entre a República Federativa do Brasil e a Jamairia Árabe Popular Socialista da Líbia, celebrado em Brasília, a 30 de junho de 1978.

Art. 2º – Todas as emendas ou alterações introduzidas no texto referido no artigo anterior só se tornarão eficazes e obrigatórias para o País após a respectiva aprovação pelo Congresso Nacional.

Art. 3º – Este decreto legislativo entrará em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, em 09 de junho de 1981.

Senador Jarbas Passarinho
Presidente.”

O acordo executivo como expressão de diplomacia ordinária

Precedendo o inciso que se refere à celebração de “tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”, o artigo 84 da Constituição encerra um inciso apartado que diz ser da competência privativa do Presidente da República “manter relações com os Estados estrangeiros”. Nesse dispositivo tem sede a titularidade, pelo governo, de toda a dinâ-

mica das relações internacionais: incumbê-lo estabelecer e romper, a seu critério, relações diplomáticas, decidir sobre o intercâmbio consular, sobre a política de maior aproximação ou reserva a ser desenvolvida ante determinado bloco, sobre a atuação de nossos representantes no seio das organizações internacionais, sobre a formulação, a aceitação e a recusa de convites para entendimentos bilaterais ou multilaterais tendentes à preparação de tratados. Enquanto não se cuide de incorporar ao direito interno um texto produzido mediante acordo com potências estrangeiras, a auto-suficiência do poder Executivo é praticamente absoluta³¹.

Também no referido inciso – cuja autonomia em relação ao referente a tratados merece destaque – parece repousar a autoridade do governo para a conclusão de compromissos internacionais terminantemente circunscritos na rotina diplomática, no relacionamento ordinário com as nações estrangeiras. Não seria despropositado, mas por demais rigoroso, sustentar que a opção pelo procedimento convencional desloca o governo de sob o pálio desse inciso lançando-o no domínio da regra seguinte, e obrigando-o à consulta parlamentar. Dir-se-ia então que, livre para decidir unilateralmente sobre qual a melhor interpretação de certo dispositivo ambíguo de um tratado em vigor, ou sobre como mandar proceder em zona de fronteira enquanto não terminam as negociações demarcatórias da linha limítrofe em causa, ou sobre a cumulatividade de nossa representação diplomática em duas nações distantes, ou ainda sobre quantos escritórios consulares poderão ser abertos no Brasil por tal país amigo, o governo decairia dessa discricção, passando a depender do abono congressional, quando entendesse de regular qualquer daqueles temas mediante acordo com Estado estrangeiro. O rigor não elide a razoabilidade dessa tese, que não é, contudo, a melhor. Acordos como o *modus vivendi* e o *pactum de contrahendo* nada mais são, em regra, que exercício diplomático preparatório de outro acordo, este

sim substantivo, e destinado à análise do Congresso. Acordos interpretativos, a seu turno, não representam outra coisa que o desempenho do dever diplomático de entender adequadamente – para melhor aplicar – um tratado concluído mediante endosso do parlamento.

Deve-se haver, entretanto, como pedra de toque na identificação dos acordos executivos inerentes à diplomacia ordinária, e por isso legitimáveis à luz do inciso VII do artigo 84 da lei fundamental, o escrutínio de dois caracteres indispensáveis: a *reversibilidade* e a preexistência de *cobertura orçamentária*.

Esses acordos devem ser, com efeito, desconstituíveis por vontade unilateral, expressa em comunicação à outra parte, sem delongas – ao contrário do que seria normal em caso de denúncia. De outro modo – ou seja, se a retratação unilateral não fosse hábil a operar prontamente –, o acordo escaparia às limitações que o conceito de rotina diplomática importa. Por igual motivo, deve a execução desses acordos depender unicamente dos recursos orçamentários *alocados às relações exteriores*, e nunca de outros.

São muitos os exemplos de acordos executivos celebrados pelo governo brasileiro – na pessoa do ministro das Relações Exteriores ou de chefe de missão diplomática, nas mais das vezes –, e caracterizáveis como expressão da atividade diplomática ordinária, coberta por inciso autônomo do artigo 84 da Constituição em vigor. Alguns deles:

Acordo Brasil-Uruguaí sobre turismo, concluído por troca de notas, em Brasília, em 11 de setembro de 1980:

“Senhor Ministro,

Tenho a honra de dirigir-me a Vossa Excelência com relação ao intercâmbio turístico entre a República Federativa do Brasil e a República Oriental do Uruguaí, cujo volume experimentou um crescimento constante nos últimos anos.

2. Esta circunstância requer uma permanente adequação das normas aplicáveis para facilitar e promover o normal desenvolvimento do turismo recíproco.

3. Contudo, as normas que regulam a referida atividade, ou que de alguma ma-

neira sobre ela incidem, referem-se atualmente a temas específicos e conexos, como migrações, transportes, alfândega e outros, cuja harmonia normativa é necessário lograr para estimular as correntes turísticas entre nossos países.

4. Para tal fim, e com o objetivo de harmonizar no maior grau possível as disposições que regulam o desenvolvimento do intercâmbio turístico brasileiro-uruguaio e de consubstanciar num instrumento jurídico a aspiração que nos é comum, é necessário concertar a adoção de medidas adequadas para lograr um acordo de caráter integral sobre facilitação do turismo.

5. Para tanto, o Governo brasileiro concorda com o de Vossa Excelência em celebrar o referido acordo, o qual seria concluído como resultado do seguinte procedimento prévio:

1. Criar uma Comissão *ad hoc* que terá a seu cargo os estudos prévios correspondentes e a redação de um projeto de convênio para a facilitação do turismo entre a República Federativa do Brasil e a República Oriental do Uruguai.

2. A Comissão será integrada por funcionários designados por cada uma das Partes.

3. A Comissão deverá finalizar os estudos prévios e redigir o pertinente projeto de acordo antes do dia 1º de janeiro de 1981.

6. A presente Nota e a de Vossa Excelência de mesma data e idêntico teor constituem um acordo entre nossos Governos, o qual entrará em vigor a partir do dia de hoje. (...)" (R.S.G.)³².

Acordo Argentina-Brasil sobre transportes marítimos, concluído por troca de notas, em Brasília, em 18 de junho de 1981:

"Senhor Encarregado de Negócios,

Tenho a honra de acusar recebimento da nota nº 192, de 18 de junho de 1981, relativa às negociações de novo Convênio sobre Transporte Marítimo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina, cujo teor em português é o seguinte:

'Senhor Ministro,

Tenho a honra de dirigir-me a Vossa Excelência, com referência ao Acordo, por troca de notas, celebrado nesta cidade no dia 20 de agosto último, mediante o qual nossos Governos criaram uma Comissão Especial encarregada de preparar texto de um projeto de convênio sobre transporte marítimo, que consolide e atualize as disposições que regulam o citado transporte.

Sobre o assunto, tendo em vista que a citada Comissão Especial deve finalizar seu trabalho antes do dia 18 de junho de 1981, e que, não obstante haver avançado significativamente na tarefa que lhe foi cometida, restam a precisar certos aspectos do Convênio, tenho a honra de manifestar a concordância do Governo da República Argentina com o de Vossa Excelência, em estender por 180 dias adicionais, a partir desta data, o prazo fixado para a conclusão das tarefas da Comissão Especial.

A presente nota e a de resposta de Vossa Excelência, de mesma data e igual teor, constituirão um acordo entre ambos os Governos, que entrará em vigor no dia de hoje. (...)' (R.A.R.).

2. Em resposta, comunico a Vossa Senhoria que o Governo brasileiro concorda com a proposta de prorrogação de prazo contida na nota, a qual, com a presente, constitui acordo entre os dois Governos, a entrar em vigor na data de hoje.

(...)" (R.S.G.)³³.

Acordo Brasil-Malásia sobre estabelecimento de escritório comercial, concluído por troca de notas, em Brasília, em 15 de outubro de 1981:

"Senhor Embaixador,

Tenho a honra de levar ao conhecimento de Vossa Excelência que o Governo brasileiro concorda em que seja mantido na cidade de São Paulo um escritório da Federação da Malásia para fins comerciais, nas seguintes condições:

a) o escritório, designado como Escritório Comercial da Federação da Malásia, constituirá uma seção dos serviços comerciais da Embaixada da Malásia no Brasil;

b) o Escritório Comercial terá exclusiva função de fomentar o intercâmbio comercial entre o Brasil e a Federação da Malásia e promover os interesses comerciais desta última no Brasil, não podendo, entretanto, praticar atos de comércio;

c) as instalações do Escritório Comercial, bem como sua correspondência, gozarão do privilégio de inviolabilidade;

d) os funcionários de nacionalidade malásia que vierem a servir no Escritório Comercial em São Paulo serão considerados um acréscimo ao número total dos funcionários da Embaixada da Federação da Malásia no Brasil;

(...)

2. Fica assegurada pelo Governo da Federação da Malásia reciprocidade de tratamento ao Governo brasileiro caso este ve-

nha a solicitar o estabelecimento de Escritório da mesma natureza na Federação da Malásia.

3. A presente nota e a respectiva resposta de Vossa Excelência, de igual teor, constituirão um Acordo sobre a matéria entre os Governos do Brasil e da Federação da Malásia, o qual entrará em vigor na data de recebimento da nota de resposta.

(...)” (R.S.G.)³⁴.

Acordo Argentina-Brasil sobre identificação de limites, concluído por troca de notas, em Buenos Aires, em 16 de setembro de 1982:

“Senhor Ministro,

Tenho a honra de dirigir-me a Vossa Excelência para referir-me à conveniência de melhorar a identificação do limite de nossos países, no trecho do rio Uruguai, que compreende os grupos de ilhas Chafariz (argentinas) e Buricá ou Mburicá (brasileiras), tendo em conta que as citadas ilhas, por sua situação geográfica, podem suscitar dúvidas nos habitantes da zona, com respeito à jurisdição sobre as mesmas.

2. As ilhas citadas foram incorporadas definitivamente ao domínio territorial de cada um dos dois países, de conformidade com o Tratado de 6 de outubro de 1898, pelos ‘Artigos Declaratórios da Demarcação de Fronteiras entre a República Argentina e os Estados Unidos do Brasil’, assinados no Rio de Janeiro, em 4 de outubro de 1910.

3. A respeito do assunto, é-me grato levar ao seu conhecimento que o Governo brasileiro concorda com o de Vossa Excelência em atribuir à Comissão Mista de Inspeção dos Marcos da Fronteira Brasil-Argentina, constituída por troca de notas de 11 de maio e 17 de junho de 1970, as faculdades para a construção dos marcos que considere convenientes nos grupos de ilhas Chafariz (argentinas) e Buricá ou Mburicá (brasileiras).

4. A presente nota e a de Vossa Excelência, da mesma data e idêntico teor, constituem um acordo entre nossos Governos, que entra em vigor nesta data.

(...)” (C.S.D.G.R.)³⁵.

Ficou visto que não se enquadra na ação diplomática ordinária, não podendo, assim, celebrar-se executivamente, o acordo que envolva ônus apartado dos recursos do orçamento para as relações exteriores. A aprovação do Congresso é neste caso indispensável.

O Protocolo preliminar Bolívia-Brasil sobre navegação fluvial do Amazonas, firmado em La Paz, em 29 de março de 1958, com que se pôs a funcionar certa comissão mista para estudos e sugestões, teria sido celebrável pela autoridade dos dois governos, não importasse despesas de algum vulto na época. Como consequência disso, foi submetido ao Congresso, que o aprovou pelo Decreto Legislativo 4/61.

O Acordo Brasil-FAO sobre estabelecimento de escritório da organização em Brasília (Roma, 1979) não difere, em natureza, daquele acordo Brasil-Malásia citado no item precedente, e consumado pelos dois governos. Aqui, porém, a necessidade do abono do Congresso – que o aprovou pelo Decreto Legislativo 122/80 – explica-se à leitura do artigo IV:

“O Governo, através do Ministério da Agricultura, prestará assistência ao estabelecimento e efetivo funcionamento do Escritório do Representante da FAO no Brasil, emprestando à FAO instalações, móveis, material de escritório e demais acessórios, bem como um aparelho de telex e telefones, e deverá também proporcionar pessoal de apoio técnico e administrativo e serviços de limpeza e manutenção para as instalações acima mencionadas. As despesas decorrentes do uso diário dos aparelhos de telex e telefones e quaisquer outras que a FAO considerar necessárias ao bom funcionamento do Escritório correrão inteiramente à conta da FAO. A contribuição governamental está especificada no Anexo ao presente Acordo.”³⁶

Um raciocínio analógico talvez explique, a esta altura, a razão por que tradicionalmente se apontam como independentes de aprovação parlamentar os *acordos de trégua* e assemelhados, que se concluem, dentro do estado de guerra, entre chefes militares – agentes do poder Executivo das respectivas partes. Mais que o argumento pragmático, tocante às circunstâncias prementes em que se ajustam esses pactos, vale a consideração de que presenciamos, nesse quadro, o exercício de uma diplomacia de guerra; ou a manutenção de relações – no caso especiaisíssimas, por óbvio – com Estados estrangeiros, dentro de um clima de guerra. A trégua, o cessar fogo, o acordo para preservação de certas áreas, ou para troca de prisio-

neiros, e outras tratativas a cargo de comandos militares – quase todas previstas nas grandes convenções de Haia e de Genebra – configuram à evidência o resultado de uma peculiar diplomacia ordinária; e, tais como os acordos desta resultantes em tempo de paz, ostentam as características do não-comprometimento de recursos indisponíveis e da reversibilidade. Mal há lugar para que se efetive esta última, tão imediata a execução ou tão breve a duração de muitos dos acordos da cena de guerra.

Não se confundam esses acordos com a celebração da paz. Esta é de tal modo valorizada pela Constituição brasileira que, para o simples ato de *fazê-la* – e independentemente, assim, da confirmação de um tratado de paz – depende o Presidente da República de aprovação ou do referendo do Congresso³⁷.

4. Procedimento parlamentar

Quando o tratado tenha podido consumir-se executivamente, por troca de notas ou pela assinatura do instrumento único, publica-o o Diário Oficial no título correspondente ao Ministério das Relações Exteriores. Em caso algum esses acordos pretendem produzir efeito sobre particulares, mas, por imperativo do direito público brasileiro, a divulgação oficial se impõe para que a própria ação de funcionários públicos da área, no sentido de dar cumprimento ao avençado, seja legítima. Importa agora informar sobre o procedimento que circunda, no Brasil, a apreciação do tratado pelo Congresso Nacional.

Concluída a negociação de um tratado, é certo que o Presidente da República – que, como responsável pela dinâmica das relações exteriores, poderia não tê-la jamais iniciado, ou dela não ter feito parte, se coletiva, ou haver ainda, em qualquer caso, interrompido a participação negocial brasileira – está livre para dar curso, ou não, ao processo determinante do consentimento. Ressalvada a situação própria das convenções internacionais do trabalho³⁸, ou alguma inusual obrigação imposta pelo próprio tratado em

causa, tanto pode o chefe do governo mandar arquivar, desde logo, o produto a seu ver insatisfatório de uma negociação bilateral ou coletiva, quanto determinar estudos mais aprofundados na área do Executivo, a todo momento; e submeter, quando melhor lhe pareça, o texto à aprovação do Congresso. Tudo quanto não pode o Presidente da República é manifestar o consentimento definitivo, em relação ao tratado, sem o abono do Congresso Nacional. Esse abono, porém, não o *obriga* à ratificação³⁹. Isso significa, noutras palavras, que a vontade nacional, afirmativa quanto à assunção de um compromisso externo, repousa sobre a vontade conjugada dos dois poderes políticos. A vontade individualizada de cada um deles é *necessária*, porém não *suficiente*.

A perspectiva aberta ao chefe do governo, de não ratificar o tratado aprovado pelo Congresso, torna lógica a simultaneidade eventual do exame parlamentar e do prosseguimento de estudos no interior do governo. Ilustram essa hipótese as primeiras linhas de um parecer de Levi Carneiro, consultor jurídico do Itamaraty, com data de 9 de junho de 1951:

“Tendo-se verificado que a convenção sobre privilégios e imunidades das agências especializadas das Nações Unidas, aprovada na Assembléia-Geral de 21 de novembro de 1947, não foi oportunamente submetida à minha apreciação, como havia sido determinado e se afirmou (até acentuando-se a demora do meu parecer) – veio-me agora às mãos, para o mesmo fim, o referido convênio.

No entanto, esse convênio já se acha, ao que fui informado, em exame no Congresso Nacional – e, anteriormente, tivera, provavelmente, a coparticipação e a assinatura do representante do Brasil. Em tais condições, torna-se agora difícil fazer acolher alguma modificação conveniente.

Ainda assim, não me posso furtar à satisfação do pedido que tenho presente.

(...)”⁴⁰.

A remessa de todo tratado ao Congresso Nacional, para que o examine e, se assim julgar conveniente, aprove, faz-se por *men-*

sagem do Presidente da República, acompanhada do inteiro teor do projetado compromisso, e da exposição de motivos que a ele, Presidente, terá endereçado o ministro das Relações Exteriores⁴¹. Essa mensagem é capeada por um aviso do Ministro Chefe do Gabinete Civil ao Primeiro Secretário da Câmara dos Deputados – visto que, tal como nos projetos de lei de iniciativa do governo, ali, e não no Senado, tem curso inicial o procedimento relativo aos tratados internacionais.

Os papéis abaixo transcritos dão idéia da integralidade do que tem entrada no Congresso Nacional.

“Em 19 de abril de 1982.

Excelentíssimo Senhor Primeiro Secretário:

Tenho a honra de encaminhar a essa Secretaria a Mensagem do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, acompanhada de Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores, relativa ao texto do Tratado de Amizade e Cooperação entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Equador, concluído em Brasília a 09 de fevereiro de 1982.

Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência protestos de elevada estima e consideração.” (J.L.A. – Ministro Chefe do Gabinete Civil)

“Mensagem nº 150

Excelentíssimos Senhores Membros do Congresso Nacional:

Em conformidade com o disposto no artigo 44, inciso I, da Constituição Federal, tenho a honra de submeter à elevada consideração de Vossas Excelências, acompanhado de Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores, o texto do Tratado de Amizade e Cooperação entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Equador, concluído em Brasília a 09 de fevereiro de 1982.

Brasília, em 19 de abril de 1982.” (J.F.)

“Senhor Presidente,

Tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência o anexo Tratado de Amizade e Cooperação entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Equador, assinado em Brasília, no dia 9 de fevereiro passado, por ocasião da visita ao Brasil do Presidente Osvaldo Hurtado Larrea.

2. Trata-se de documento que, pela flexibilidade e característica de acordo-quadro, visa a sistematizar a ampla área das relações entre os dois países, além de estabelecer diretrizes básicas de cooperação e prever a institucionalização, por instrumentos complementares, de mecanismos próprios para a consecução dos objetivos nele fixados.

3. O referido Tratado estabelece, em seu Artigo II, a criação de uma Comissão de Coordenação Brasileira-Equatoriana, que terá por finalidade fortalecer a cooperação entre os dois países, analisar e acompanhar o desenvolvimento de assuntos de interesse mútuo relativos à política bilateral, regional ou multilateral, e igualmente propor aos dois Governos as medidas que julgue pertinentes, sobretudo nos seguintes campos:

(...)

4. Tendo presente a crescente importância do papel que a Amazônia deve desempenhar como elemento de união entre os países que integram e como ponto focal de um vasto processo de cooperação, sob a égide do Tratado de Cooperação Amazônica, o Tratado de Amizade e Cooperação consigna a decisão das Partes Contratantes de outorgar a mais alta prioridade à execução dos diversos projetos acima relacionados. Constituindo-se, dessa forma, em marco significativo nas relações Brasil-Ecuador, o referido ato internacional proporcionará elementos para que a cooperação mútua se desenvolva e fortifique de forma harmônica e sistemática, dentro de entendimento e boa vizinhança, em benefício do estreitamento dos laços que unem os dois países.

5. À vista do exposto, Senhor Presidente, creio que o Tratado de Amizade e Cooperação em apreço mereceria ser submetido à aprovação do Congresso Nacional, nos termos do artigo 44, inciso I, da Constituição Federal. Caso Vossa Excelência concorde com o que precede, permito-me submeter à alta consideração o anexo projeto de Mensagem ao Poder Legislativo, acompanhado do texto do Tratado em apreço.

Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência, Senhor Presidente, os protestos do meu mais profundo respeito.” (R.S.G.)

(Segue-se o texto integral do tratado)

A matéria é discutida e votada separadamente, primeiro na Câmara depois no

Senado. A aprovação do Congresso implica, nesse contexto, a aprovação de uma e outra das suas duas casas. Isso vale dizer que a eventual desaprovação no âmbito da Câmara dos Deputados põe termo ao processo, não havendo por que levar a questão ao Senado em tais circunstâncias.

Tanto a Câmara quanto o Senado possuem comissões especializadas *ratione materiae*, cujos estudos e pareceres precedem a votação em plenário. O exame do tratado internacional costuma envolver, numa e noutra casa, pelo menos duas das respectivas comissões: a de Relações Exteriores e a de Constituição e Justiça. O tema convencional determinará, em cada caso, o parecer de comissões outras, como as de Finanças, Economia, Indústria e Comércio, Segurança Nacional, Minas e Energia. A votação em plenário requer o *quorum* comum de presenças – a maioria absoluta do número total de deputados, ou de senadores –, devendo manifestar-se em favor do tratado a maioria absoluta dos presentes. O sistema difere, pois, do norte-americano, em que apenas o Senado deve aprovar tratados internacionais, exigindo-se naquela casa o *quorum* comum de presenças, mas sendo necessário que dois terços dos presentes profiram voto afirmativo⁴². Os regimentos internos da Câmara e do Senado se referem, em normas diversas, à tramitação interior dos compromissos internacionais, disciplinando seu trânsito pelo Congresso Nacional.

O êxito na Câmara e, em seguida, no Senado, significa que o compromisso foi aprovado pelo Congresso Nacional. Incumbe formalizar essa decisão do parlamento, e sua forma, no Brasil contemporâneo, é a de um *decreto legislativo*, promulgado pelo presidente do Senado Federal, que o faz publicar no Diário Oficial da União.

Alguns comentários tópicos, neste ponto, parecem úteis.

a) O uso do *decreto legislativo* como instrumento de aprovação congressional dos tratados é de melhor técnica que o uso da *lei* formal, qual se pratica na França⁴³ e já se praticou, outrora, no Brasil⁴⁴. Não faz sen-

tido que esse ato aprobatório, espelhando com absoluta pureza a posição do Congresso, comporte sanção do Presidente da República – e abra, conseqüentemente, a insólita possibilidade do veto.

b) Nos períodos da história do Brasil em que, desativado o Congresso, assumiu o Executivo seus poderes, teria sido lógico que o chefe de Estado simplesmente prescindisse de qualquer substituto formal do decreto legislativo de aprovação. Os juristas da época assim não entenderam. No Estado Novo desconstruíram-se, ademais, quanto ao diploma executivo preferível: alguns tratados foram aprovados por decreto simples⁴⁵, outros por decreto-lei⁴⁶. Esta última foi também a forma adotada pela junta governativa no recesso parlamentar compulsório de 1969⁴⁷. Em todos esses casos, observou-se um curioso processo de determinação da vontade nacional: o Executivo negociava e firmava o compromisso. Analisava-o depois e, se disposto a ir adiante, editava o decreto ou decreto-lei aprobatório. Em seguida, munido de sua própria aprovação, ratificava o tratado...

c) A aprovação pode ter como objeto qualquer espécie de tratado, sem exclusão do que se tenha concluído por *troca de notas*⁴⁸, sendo numerosos os decretos legislativos que já se promulgaram para abonar compromissos vestidos dessa roupagem⁴⁹.

d) O decreto legislativo exprime unicamente a aprovação. Não se promulga esse diploma quando o Congresso rejeita o tratado, caso em que cabe apenas a comunicação, mediante mensagem, ao Presidente da República. Exemplos de desaprovação repontam com extrema raridade na história constitucional do Brasil, e entre eles destaca-se o episódio do tratado argentino-brasileiro de 25 de janeiro de 1890, sobre a fronteira das Missões, rejeitado pelo plenário do Congresso em 18 de agosto de 1891, por 142 votos contra cinco⁵⁰.

e) Um único decreto legislativo pode aprovar dois ou mais tratados⁵¹. Todavia, novo decreto legislativo deve aprovar tratado que antes, sob essa mesma forma, haja merecido o abono do Congresso, mas que, depois da ratificação, tenha sido um dia *denunciado* pelo governo⁵². Extinta a obrigação internacional pela denúncia, cogita-se agora de assumir novo pacto, embora de igual teor, e nada justifica a idéia de que o governo possa fazê-lo por si mesmo.

f) A forma integral de um Decreto Legislativo que aprove, simplesmente, o tra-

tado internacional é a seguinte:

“Decreto Legislativo nº 25 – de 28 de maio de 1979

Aprova o texto do Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Guiné-Bissau, celebrado em Brasília, a 18 de maio de 1978.

Faço saber que o Congresso Nacional aprovou, nos termos do artigo 44, inciso I, da Constituição, e eu, Luiz Viana, Presidente do Senado Federal, promulgo o seguinte:

Art. 1º É aprovado o texto do Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Guiné-Bissau, celebrado em Brasília, a 18 de maio de 1978.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

Luiz Viana

Presidente do Senado Federal.”

A aprovação parlamentar é retratável? Pode o Congresso Nacional, por decreto legislativo, revogar o igual diploma com que tenha antes abonado certo compromisso internacional? Se o tratado já foi ratificado – ou seja, se o consentimento definitivo desta república já se exprimiu no plano internacional⁵³ –, é evidente que não. Caso contrário, seria difícil fundamentar a tese da impossibilidade jurídica de tal gesto. Temos, de resto, um precedente.

“Decreto Legislativo nº 20, de 1962.

Revoga o Decreto Legislativo nº 13, de 6 de outubro de 1959, que aprovou o Acordo de Resgate, assinado em 1956, entre os Governos do Brasil e da França.

Art. 1º É revogado o Decreto Legislativo nº 13, de 6 de outubro de 1959, que aprovou o Acordo de Resgate assinado no Rio de Janeiro em 4 de maio de 1956, entre o Governo dos Estados Unidos do Brasil e da França, para a execução administrativa de questões financeiras e a liquidação, por meio de arbitramento, das indenizações devidas pelo Brasil, em decorrência da encampação das estradas de Ferro São Paulo-Rio Grande e Vitória-Minas, bem como da Companhia Port of Pará.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Senado Federal, em 15 de dezembro de 1962.

Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal.”

Esse diploma revocatório de decreto legislativo anterior resultou de um projeto que mereceu, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o parecer seguinte:

“O Deputado José Bonifácio, pelo projeto de decreto legislativo número 36, de 1960, deseja a revogação do decreto legislativo acima transcrito. Em longa e bem articulada justificação, demonstra o equívoco a que foi levado o Congresso Nacional para aprovar o Acordo de Resgate assinado no Rio de Janeiro, em 4 de maio de 1956, entre os Governos dos Estados Unidos do Brasil e da França.

É da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebrados com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República (art. 66, I, da Constituição Federal).

Em face das razões alegadas, algumas delas que atingem o decreto legislativo em vigor para colocá-lo em orla de duvidosa constitucionalidade, consideramos que se deve permitir a tramitação do Projeto Legislativo nº 36-60.

Brasília, em dezembro de 1960.

Pedro Aleixo, Relator.”

III – O conflito entre tratado e norma de produção interna

O primado do Direito das Gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é, ainda hoje, uma proposição doutrinária. Não há, em direito internacional positivo, norma assecuratória de tal primado. Descentralizada, a sociedade internacional contemporânea vê cada um de seus integrantes ditar, no que lhe concerne, as regras de composição entre o direito internacional e o de produção doméstica. Resulta que, para o Estado, a constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estatura da norma jurídica convencional. Difícilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste momento his-

tórico, 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. Assim, posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, 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.

Embora sem emprego de linguagem direta, a Constituição brasileira deixa claro que os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico. Tão firme é a convicção de que a lei fundamental não pode sucumbir, em qualquer espécie de confronto, que nos sistemas mais obscuros para com o Direito das Gentes tornou-se encontrável o preceito segundo o qual todo tratado conflitante com a constituição só pode ser concluído depois de se promover a necessária reforma constitucional. Norma desse exato feitio aparece na Constituição francesa de 1958, na Constituição argelina de 1976 e na Constituição espanhola de 1978. Excepcional, provavelmente única, a Constituição holandesa, após a revisão de 1956, admite, em determinadas circunstâncias, a conclusão de tratados derogatórios do seu próprio texto, cuja promulgação importa, por si mesma, uma reforma constitucional.

Abstraída a constituição do Estado, sobrevive o problema da concorrência entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional. A solução, em países diversos, consiste em garantir prevalência aos tratados. Noutros, entre os quais o Brasil contemporâneo, garante-se-lhes apenas um tratamento paritário, tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau equivalente.

1. Prevalência dos tratados sobre o direito interno infraconstitucional

Não se coloca em dúvida, em parte alguma, a prevalência dos tratados sobre leis internas anteriores à sua promulgação. Para primar, em tal contexto, não seria preciso

que o tratado recolhesse da ordem constitucional o benefício hierárquico. Sua simples introdução no complexo normativo estatal faria operar, em favor dele, a regra *lex posterior derogat priori*. A prevalência de que fala este tópico é a que tem indisfarçado valor hierárquico, garantido ao compromisso internacional plena vigência, sem embargo de leis posteriores que o contradigam. A França, a Grécia e a Argentina oferecem, neste momento, exemplos de semelhante sistema.

Constituição francesa de 1958, art. 55: “Os tratados ou acordos devidamente ratificados e aprovados terão, desde a data de sua publicação, autoridade superior à das leis, com ressalva, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte”.

Constituição da Grécia de 1975, art. 28, § 1: “As regras de direito internacional geralmente aceitas, bem como os tratados internacionais após sua ratificação (...), têm valor superior a qualquer disposição contrária das leis”.

Constituição política da Argentina, texto de 1994, art. 75, § 22: “(...) os tratados e concordatas têm hierarquia superior à das leis”.

2. Paridade entre o tratado e a lei nacional

O sistema brasileiro se identifica àquele consagrado nos Estados Unidos da América, sem contramarchas na jurisprudência nem objeção doutrinária de maior vulto. Parte da “lei suprema da nação”, o tratado ombreia com as leis federais votadas pelo Congresso e sancionadas pelo presidente – embora seja ele próprio o fruto da vontade presidencial somada à do Senado, e não à das duas casas do parlamento americano. A supremacia significa que o tratado prevalece sobre a legislação dos estados federados, tal como a lei federal ordinária. Não, porém, que seja superior a esta. De tal modo, em caso de conflito entre tratado internacional e lei do Congresso, prevalece nos Estados Unidos o texto mais recente. É certo, pois, que uma lei federal pode fazer “repelelir” a eficácia jurídica de tratado anterior, no plano interno. Se assim não fosse – observa Bernard Schwartz (1972, p. 87-88) –,

estar-se-ia dando ao tratado não força de lei, mas de restrição constitucional⁵⁴.

Nos trabalhos preparatórios da Constituição brasileira de 1934, foi rejeitado o anteprojeto de norma, inspirada na Carta espanhola de 1931, que garantisse entre nós o primado dos compromissos externos sobre as leis federais ordinárias. A jurisprudência, contudo, não cessou de oscilar até pouco tempo atrás, e a doutrina permanece dividida. Marotta Rangel, partidário do primado da norma convencional, enumerou, entre autores de idêntico pensamento, Pedro Lessa, Filadelfo Azevedo, Vicente Rao, Accioly e Carlos Maximiliano⁵⁵. Azevedo, quando ainda ministro do Supremo Tribunal Federal, em 1945, publicou comentário demonstrativo da convicção unânime da corte, naquela época, quanto à prevalência dos tratados sobre o direito interno infraconstitucional⁵⁶.

De setembro de 1975 a junho de 1977, estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do recurso extraordinário 80.004⁵⁷, em que assentada por maioria a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano, deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – apesar das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional. A maioria valeu-se de precedentes do próprio Tribunal para ter como inquestionável a introdução do pacto – no caso, a Lei uniforme de Genebra sobre letras de câmbio e notas promissórias – na ordem jurídica brasileira, desde sua promulgação. Reconheceu, em seguida, o conflito real entre o pacto e um diploma doméstico de nível igual ao das leis federais ordinárias – o Decreto-lei 427/69, posterior em cerca de três anos à promulgação daquele –, visto que a falta de registro da nota promissória, não admitida pelo texto de Genebra como causa de nulidade do título, vinha a sê-lo nos termos do decreto-lei. 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 a sua estatura no ordenamento jurídico⁵⁸. Entretanto ficou claro que, dada a diversidade das fontes de produção normativa, não se deve entender que isso é uma simples aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*. O tratado tem, sem dúvida, qualidade para derogar a lei anterior desde o instante em que passa a integrar nossa ordem jurídica. Mas a lei interna carece de virtude para derogar uma norma que envolve outras soberanias além da nossa. Diz-se então que o judiciário enfrenta, no caso do conflito real entre tratado e lei mais recente, a contingência de “afastar a aplicação” do primeiro, sem dá-lo por derogado. Por isso é que se, em termos práticos, resulta preferível não que o governo denuncie o tratado⁵⁹, mas que o Congresso revogue a norma interna com ele conflitante, o tratado, jamais derogado pela lei, volta a aplicar-se entre nós em plenitude. Por acaso, foi justamente o que aconteceu com o texto de Genebra sobre títulos de crédito, uma vez que revogado, algum tempo depois, o decreto-lei que com ele entrara em conflito.

3. Situações particulares em direito brasileiro atual

Há, contudo, exceções à regra da paridade? Há domínios temáticos em que, desprezada a idéia de valorizar simplesmente a última palavra do legislador ordinário, seja possível reconhecer o primado da norma internacional ainda que anterior à norma interna conflitante? Duas situações merecem a propósito um comentário apartado, as que se desenham, no domínio tributário, à luz do artigo 98 do CTN, e, no domínio dos direitos e garantias individuais, à luz do artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988.

Domínio tributário: o artigo 98 do Código Tributário Nacional

Esse dispositivo diz que os tratados (os que vinculam o Brasil, naturalmente) “...re-

vogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha”. Essa linguagem sugere mais uma norma preventiva de conflitos do que uma regra de solução do conflito consumado, mas, se assim for entendida, ela é virtualmente supérflua. Não há dúvida de que o tratado revoga, em qualquer domínio, a norma interna anterior; nem tampouco de que o legislador, ao produzir direito interno ordinário, deve observar os compromissos externos da República, no mínimo para não induzi-la em ilícito internacional. Assim, para que se dê ao artigo 98 efeito útil, é preciso lê-lo como uma norma hierarquizante naquele terreno em que o CTN foi qualificado pela Constituição para ditar “normas gerais”. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, desde que primeiro tratou do assunto até a hora atual, e de modo uniforme, a eficácia do artigo 98 do CTN e sua qualidade para determinar o que determina⁶⁰. Em matéria tributária, há de buscar-se com mais zelo ainda que noutros domínios a compatibilidade. Mas, se aberto e incontornável o conflito, prevalece o tratado, mesmo quando anterior à lei.

Resolve-se por mais de um caminho, creio, a questão de saber se o CTN tem estatura para determinar na sua área temática um primado que a própria Constituição não quis determinar no quadro geral da ordem jurídica. Faz sentido, por exemplo, dizer que, no caso do conflito de que ora cuidamos, a norma interna sucumbe por inconstitucionalidade. Ao desprezar o artigo 98 do CTN e entrar em conflito com tratado vigente, a lei ordinária implicitamente terá pretendido *innovare una norma geral de direito tributário*, estabelecendo, para si mesma, uma premissa conflitante com aquele artigo, qual seja a de que é possível ignorar o compromisso internacional e dispor de modo destoante sobre igual matéria. É uma hipótese *sui generis* de inconstitucionalidade formal: a lei não ofende a Carta pela essência do seu dispositivo, nem por vício qualquer de competência ou de processo legislativo, mas

por uma premissa ideológica hostil à exclusividade que a Carta dá à lei complementar para ditar normas gerais de direito tributário.

*Direitos e garantias individuais:
o artigo 5º, § 2º, da Constituição*

No desfecho do extenso rol de direitos e garantias individuais do artigo 5º da Constituição de 1988, um segundo parágrafo estabelece que aquela lista não exclui outros direitos e garantias *decorrentes do regime e dos princípios* consagrados na Carta, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Sobre esta última categoria, não há um ensinamento consolidado no Supremo Tribunal Federal, cuja maioria parece entretanto pouco receptiva à idéia de que a norma assecuratória de algum outro direito, quando expressa em tratado, tenha nível constitucional. Isso pode resultar da consideração de que, assim postas as coisas, a Carta estaria dando ao Executivo e ao Congresso, este no *quorum* simples da aprovação de tratados, o poder de aditar à lei fundamental. Quem sabe mesmo o de mais tarde expurgá-la mediante a denúncia do tratado, já então – o que parece impalatável – até pela vontade singular do governo, habilitado que se encontra, em princípio, à denúncia de compromissos internacionais.

Mas, se não se reconhece o nível constitucional dessas normas, tudo quanto o parágrafo quer dizer é que não se negará ao indivíduo um direito previsto em tratado sob o prosaico argumento de que ele não se encontra no rol da própria Carta? Tanto significaria empobrecer demais o dispositivo, quando não negar-lhe um autêntico efeito útil. Como quer que seja, vale lembrar as decisões majoritárias que o Supremo tomou nos últimos anos a propósito da prisão do depositário infiel (ou daqueles devedores que o legislador ordinário brasileiro entendeu de assimilar ao depositário infiel), ante o texto da Convenção de São José da Costa Rica⁶¹. As perspectivas da jurisprudência, nesse domínio, parecem sombrias.

Notas

¹ Em sua obra de 1943, Paul de Visscher mencionava alguns exemplos ostensivos de concentração do poder convencional nas mãos do governo. Eram eles, na época, o Império do Japão, a Alemanha sob o III Reich, a Etiópia, a República de São Marinho, a Arábia Saudita, o Iêmen e o Vaticano (Paul de Visscher, *De la conclusion des traités internationaux*. Bruxelas, Bruylant, 1943. pp. 26-28).

² Quanto ao procedimento: manifestam-se, na França, as duas casas do parlamento, quais sejam a Assembléia Nacional e o Senado; e o fazem por meio de uma lei, aprovando o tratado, e permitindo, pois, sua confirmação pelo Presidente da República.

³ Constituição política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, art. 102 – VIII.

⁴ Constituição peruana de 12 de julho de 1979, arts. 102 e 104.

⁵ Constituição venezuelana de 23 de janeiro de 1961, art. 128.

⁶ Cf., a propósito, os argumentos de Gladstone e William Harcourt no debate sobre a cessão de Heligoland ao Império Germânico, em 1890 (William Reyne'1 Anson, *The crown*, II, p. 140). Relatam autores contemporâneos que, de 1924 a esta parte, o procedimento do governo britânico tem sido, na prática, mais cauteloso do que lhe manda o direito. Tem ele procurado enviar ao parlamento, com antecedência, todos os tratados não consumados pela assinatura — vale dizer, os dependentes de ratificação —, exprimindo seu consentimento definitivo caso aquele poder não se revele disposto, após algumas semanas, a colocar a matéria em debate. Isso de certo modo aproxima a atual tendência das instituições britânicas, no particular, do modelo dos Países Baixos. (v. Nguyen Quoc Dinh, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 1975, p. 153).

⁷ V. Paul de Visscher, *op.cit.*, pp. 32-33; D.P.O'Connell, *International Law*, Londres, Stevens & Sons, 1970, p. 867; Arnold McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 83-84.

⁸ Constituição dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787, art. II, seção 2.

⁹ Sobre os casos *U. S. v. Belmont* e *U. S. v. Pink*, v. McNair, pp. 64-65 e 80; e Bernard Schwartz, *Constitutional Law*, Nova York, Macmillan, 1972, pp. 152-155.

¹⁰ O'Connell, *op.cit.*, pp. 208-210.

¹¹ Constituição mexicana de 31 de janeiro de 1917, art. 76-I. Não se refere a Constituição à maioria qualificada (2/3).

¹² Constituição republicana de 24 de fevereiro de 1891, arts. 34 a 48.

¹³ Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição brasileira de 1946*; Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1948, vol. II, p. 238.

¹⁴ Afonso Arinos de Melo Franco, *Estudos de direito constitucional*; Rio de Janeiro, Forense, 1957, p. 266.

¹⁵ V., no volume II de *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores* (1913-1934), diversos pronunciamentos de Clóvis Bevilacqua, na qualidade de consultor do Itamaraty.

¹⁶ Constituição de 1934, arts. 40 e 56.

¹⁷ Carta política de 1937:

“Art. 54. Terá início no Conselho Federal a discussão e votação dos projetos de lei sobre:

a) tratados e convenções internacionais;

.....
Art. 74. Compete privativamente ao Presidente da República:

.....
d) celebrar convenções e tratados internacionais, *ad referendum* do Poder Legislativo;”

¹⁸ Constituição de 18 de setembro de 1946:

“Art. 66. É da competência exclusiva do Congresso Nacional;

I – resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebrados com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República;

.....
Art. 87. Compete privativamente ao Presidente da República:

.....
VII – celebrar tratados e convenções internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional;”

¹⁹ Pela comodidade que proporcionava, a doutrina granjeou adeptos dentro da diplomacia brasileira. Não seria exato, porém, associá-la de modo raso ao Ministério das Relações Exteriores: Levi Carneiro, consultor jurídico do Ministério, ofereceu apoio limitado às concepções de Accioly; e Haroldo Valladão, ocupante do mesmo cargo, notabilizou-se como adversário dessa doutrina, fiel ao pensamento constitucionalista de Clóvis e de outros autores.

²⁰ 7 BSBDI (*Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*), 1948, pp. 5-11: Accioly.

²¹ 11-12 BSBDI (1950), pp. 95-108: Valladão.

²² 13-14 BSBDI (1951), pp. 20-33: Accioly.

²³ Constituição de 1988, art. 49-I e art. 84-VIII.

²⁴ O chamado Tratado de Itaipu foi encaminhado ao Congresso por mensagem presidencial datada de 17 de maio de 1973. No dia 30 do mesmo mês, promulgava-se o Decreto Legislativo 23/73, aprovando-o. No Senado – cujo pronunciamento sucede sempre ao da Câmara – durou *dois dias* a tramitação da matéria. O Acordo nuclear Brasil-Alemanha também ilustra a assertiva do texto. A mensagem presidencial que o mandou ao Congresso é de 21 de agosto de 1975, e o inteiro processo se concluiria, com a promulgação do Decreto Legislativo 83/75, aprobatório do acordo, em 20 de outubro seguinte. Nesse caso, foi de vinte dias a permanência da matéria no Senado.

²⁵ A notícia é confirmada pela Ata da 6ª reunião ordinária da Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados, realizada em 24 de maio de 1972.

²⁶ 7 BSBDI (1948), pp. 8. V. também Araújo, pp. 160-173.

²⁷ Juan Carlos Puig, *Derecho de la Comunidad Internacional*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 149.

²⁸ Constituição de 1988, art. 76 e art. 84, II.

²⁹ Constituição de 1988, art. 84, incisos I e XIII, respectivamente.

³⁰ 7 BSBDI (1948), pp. 8 e seguintes.

³¹ Temperam-na, não obstante, os fatores seguintes:

a) A declaração de guerra e a celebração da paz, promovidas pelo Presidente da República, têm sua validade condicionada ao endosso ulterior do Congresso, quando este não haja manifestado antecipadamente sua aquiescência.

b) Na escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente, depende o Presidente da aprovação prévia do Senado Federal, por voto secreto.

c) Como todo ministro de Estado, encontra-se o chanceler obrigado a comparecer perante a Câmara dos Deputados, o Senado, ou qualquer de suas comissões, desde que convocado por uma ou outra casa para prestar, pessoalmente, informações acerca de assunto determinado. A convocação dirá respeito, presumivelmente, a tema afeto às relações exteriores. Pode transparecer em tal ensejo a desaprovação do Congresso à política exterior do governo. Nada, porém, mais que isso. Num sistema presidencialista, as convicções do Congresso não vinculam o Executivo. Diversamente do que sucede nos regimes parlamentares, não depende entre nós o governo, ou cada um de seus integrantes em particular, da confiança do Legislativo.

³² Diário Oficial de 4.11.80, S. I, p. 21.986.

³³ Diário Oficial de 24.07.81, S. I, p. 13.962.

³⁴ Diário Oficial de 28.10.81, S. I, p. 20.515.

³⁵ Diário Oficial de 19.10.82, S. I, p. 19.809.

³⁶ Diário Oficial de 15.05.81, S. I, p. 8.842.

³⁷ Constituição de 1988, art. 84, XX. Na vigência da carta de 1946, era necessária, em todos os casos, a aprovação prévia do Congresso para a feitura da paz — assim entendida, juridicamente, a terminação do estado de guerra. V., a respeito, o parecer de 26 de julho de 1951, de Levi Carneiro, consultor jurídico do Itamaraty (*Pareceres*, IV, pp. 516-518).

³⁸ Sobre as convenções internacionais do trabalho e a razão pela qual é menor, nesse terreno, a liberdade do governo, v. Rezek, J.F., *Direito dos Tratados*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, pp. 164-168.

³⁹ Parecer de Hildebrando Accioly, consultor jurídico do Itamaraty, sob a vigência da Constituição de 1946 (8 BSBDI (1948), pp. 164-166):

“Aprovado um tratado pelo Congresso Nacional, pode o Poder Executivo adiar a sua ratificação ou deixar de o ratificar? A questão tem dois aspectos: o internacional e o interno (ou constitucional).

1) Sob o primeiro, é princípio corrente, já consignado até em convenção internacional (art. 7º da Convenção de Havana, de 1928), que a ratificação de um tratado pode ser livremente recusada por qualquer de suas partes contratantes. Realmente, ou se considere a ratificação como a confirmação explícita, dada pela autoridade competente do Estado, do ato assinado por seu representante, ou se considere, como quer Anzilotti, como a verdadeira declaração da vontade de estipular — é sabido que ela não constitui mera formalidade, sem importância, e que cada parte contratante tem a plena liberdade de a dar ou de a recusar. A assinatura ou acordo dos plenipotenciários é apenas — conforme escrevi em meu Tratado de Direito Internacional Público — um primeiro ato, após o qual os órgãos competentes do Estado vão apreciar a importância e os efeitos ou conseqüências do tratado. Essa apreciação, entre nós, cabe em parte ao Poder Legislativo, mas não pode deixar de caber igualmente ao Poder Executivo ou, antes, ao Presidente da República, que é o órgão ao qual incumbe a representação do Estado e aquele a quem compete manter as relações do país com os Estados estrangeiros. Dessa apreciação, pode resultar a confirmação ou a rejeição do tratado. Internacionalmente, a primeira hipótese é representada pela ratificação, expressa pelo Presidente da República. Pouco importa para a outra ou as outras partes contratantes que um dos órgãos do Estado (no caso, o Poder Legislativo) já tenha dado sua aquiescência ao tratado. O que vale é que o Poder representativo do Estado, ou seja, o Executivo, o ratifique. Assim, a potência ou potências estrangeiras não têm propriamente que indagar se já se verificou ou não a aprovação do ato pelo Congresso Nacional: o que lhe ou lhes importa é a ratificação pelo Chefe do Estado.

2) Do ponto de vista constitucional, não vejo onde exista a obrigação do Poder Executivo ratificar um tratado, como conseqüência necessária da aprovação do mesmo pelo Congresso Nacional. É verdade que a Constituição Federal, em seu art. 66, nº 1, declara ser da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebrados com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República. Parece-me, porém, que essa estipulação deve ser entendida no sentido de que o tratado — celebrado como deve ser, pelo Presidente da República (por meio de delegado seu) — não está completo, não pode ser definitivo, sem a aprovação do Congresso Nacional. Aquela expressão significa, pois, que o tratado celebrado pelo Poder Executivo não pode ser confirmado ou entrar em vigor sem a aprovação do

Congresso Nacional; mas não quererá dizer que essa aprovação obrigue o Presidente da República a confirmar o tratado. E não quererá dizer isso, não só porque seria, então, desnecessária a ratificação, mas também porque o órgão das relações exteriores do Estado, aquele a quem compete privativamente manter relações com Estados estrangeiros, é o Presidente da República — que, por isso mesmo, se acha mais habilitado, do que o Congresso, a saber se as circunstâncias aconselham ou não o uso da faculdade da ratificação. Por outro lado, essa interpretação lógica é confirmada implicitamente por outra disposição da Constituição Federal. De fato, determina esta, em seu art. 37, nº VII, que ao Presidente da República compete privativamente celebrar tratados e convenções internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional; donde se deve concluir que o papel do Congresso, no caso, é apenas o de aprovar ou rejeitar o ato internacional em apreço — isto é, autorizar ou não a sua ratificação, ou seja, resolver definitivamente sobre o dito ato. Assim, o Presidente da República assina o tratado, por delegação seu, mediante uma condição: a de submeter ao Congresso Nacional o texto assinado. Depois do exame pelo Congresso, estará o Presidente habilitado, ou não, a confirmar ou ratificar o ato em causa. A rejeição pelo Congresso impede a ratificação; a aprovação permite-a, mas não a torna obrigatória.

.....
Green Hackworth, em seu recente *Digest of International Law* (vol. V, p. 54), menciona um caso bem expressivo dessa interpretação, assinalando o seguinte fato, relativo à convenção internacional da hora (*International Time Convention*), de 1913. O Senado aprovou-a, o Presidente chegou a ratificá-la, o respectivo instrumento de ratificação foi enviado à Embaixada americana em Paris, para depósito, mas, depois, por decisão do próprio Governo americano, foi dali devolvido a Washington, sendo anulado. O consultor do Departamento de Estado, a quem fora submetida a questão de saber se o Poder Executivo podia anular uma ratificação, independentemente de qualquer ação do Senado ou Congresso, opinara em sentido favorável. É de se notar que, no caso, não se tratava de deixar de ratificar um ato aprovado pelo Senado, mas de anular uma ratificação já dada e ainda não depositada. Na verdade, poucas vezes sucederão hipóteses como essa ou como a que vim encarando; porque, em geral, o governo que assina um ato internacional e o submete ao poder competente, para sobre ele opinar, deseja que o mesmo seja posto em vigor. Assim, logo que obtém a aprovação ou o parecer favorável, trata de ratificar o ato em apreço. Nada impede, porém, que circunstâncias supervenientes mostrem a necessidade, às vezes imperiosa, de sustar, por certo tempo ou, até, indefinidamente, a ratifi-

cação do ato já aprovado pelo Congresso ou, como sucede nos Estados Unidos, pelo Senado.”

⁴⁰ *Pareceres*, IV, pp. 505-509.

⁴¹ Ocasionalmente, em razão da matéria, firmam a exposição de motivos outros ministros de Estado além do titular das Relações Exteriores.

⁴² Essa maioria qualificada foi o que não conseguiu obter no Senado, em 1919, o Presidente Woodrow Wilson, em relação ao Pacto da Sociedade das Nações.

⁴³ E também, ao que informam os textos, na Argentina, no Chile, na Colômbia e na Venezuela. No México adota-se a forma da *resolução* do Senado.

⁴⁴ V. em José Manoel Cardoso de Oliveira, *Atos Diplomáticos do Brasil*, Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1912, vol. II, p. 48, a referência ao Tratado brasileiro-peruano de 1874, sobre permuta territorial, e alguns exemplos de aprovação de tratados na vigência da Constituição de 1891.

⁴⁵ Tratado de extradição Brasil-Venezuela, de 1938 (*Col. MRE* nº 160), aprovado pelo Decreto 4.868, de 9.11.39.

⁴⁶ Tratado de extradição Brasil-Colômbia, de 1938 (*Col. MRE* nº 168), aprovado pelo Decreto-Lei 1.994, de 31.01.40; Acordo sul-americano de radiocomunicações, de 1935 (*Col. MRE* nº 217), aprovado pelo Decreto-Lei 687, de 14.09.38.

⁴⁷ Acordo geral de cooperação Brasil-R. F. da Alemanha, de 1969 (*Col. MRE* nº 644), aprovado pelo Decreto-Lei 681, de 15.07.69; Tratado da Bacia do Prata, de 1969 (*Col. MRE* nº 633), aprovado pelo Decreto-Lei 682, de 15.07.69; Atos (diversos) do XV Congresso da UPU, de 1964, aprovados pelo Decreto-Lei 544, de 18.04.69.

⁴⁸ O ritual muda, preservado o princípio, se o compromisso, nesse caso, já se encontrava em vigor quando da submissão ao Congresso.

⁴⁹ Decreto Legislativo 5/51; v. também a Mensagem 532/80 do Presidente ao Congresso; e comentário de Levi Carneiro, em 1949 (*Pareceres*, IV, pp. 318-322) e 1950 (*Pareceres*, IV, pp. 401-414).

⁵⁰ Nesse caso o próprio governo, e pela voz de Quintino Bocaiúva — que conduzira as negociações com o chanceler argentino Zeballos — recomendou a seus partidários no Congresso a desaprovação do Tratado (v. José Maria Bello, *História da República*; São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1964, pp. 73-75). Para outro caso de rejeição, ocorrido em 1949, e atinente a um pacto bilateral com a Tchecoslováquia, v. o comentário de Levi Carneiro em *Pareceres*, IV, p. 410.

⁵¹ Decreto Legislativo 91, de 1972:

“Art. 1º É aprovado o texto do Tratado sobre Vinculação Rodoviária, assinado em Corumbá, a 4 de abril de 1972, e o do Protocolo Adicional ao Tratado sobre Vinculação Rodoviária, firmado, em La Paz, a 5 de outubro de 1972, celebrados sobre a

República Federativa do Brasil e a República da Bolívia.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Senado Federal, em 5 de dezembro de 1972.

Petrônio Portella – Presidente do Senado Federal.”

⁵² Decreto Legislativo 77, de 1973:

“Art. 1º É aprovado o texto da Convenção Nacional Internacional para a Regulamentação da Pesca da Baleia, concluída em Washington, a 2 de dezembro de 1946, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 14, de 9 de março de 1950, promulgada pelo Decreto nº 28.524, de 18 de agosto de 1950, e denunciada, por nota da Embaixada do Brasil em Washington, ao Departamento de Estado Norte-Americano, a 27 de dezembro de 1965, com efeito a partir de 30 de junho de 1966, em virtude de não haver, na ocasião, maior interesse do Brasil em continuar a participar da referida convenção.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Senado Federal, em 7 de dezembro de 1973.

Paulo Torres – Presidente do Senado Federal.”

⁵³ E não é, no caso, importante saber se o tratado já entrou em vigor ou não; ressalvada a possibilidade de retirada da ratificação em circunstâncias excepcionais.

⁵⁴ Bernard Schwartz, *Constitutional Law*, Nova York, Macmillan, 1972, p. 87-88.

⁵⁵ Vicente Marotta Rangel, *La procédure de conclusion des accords internationaux au Brésil*; R. Fac. SP (1960), v. 55, p. 264-265.

⁵⁶ Filadelfo Azevedo, *Os tratados e os interesses privados em face do direito brasileiro*; BSBDI (1945), v. 1, p. 12-29.

⁵⁷ Para comentário à decisão do STF, v. Mirtô Fraga, *Conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*, Rio de Janeiro, Forense, 1997.

⁵⁸ V. a íntegra do acórdão em RTJ 83/809.

⁵⁹ O que não nos exonera da responsabilidade internacional por eventuais consequências do conflito, enquanto não surte efeito a denúncia.

⁶⁰ V. Carlos Mário da Silva Velloso, *O direito internacional e o Supremo Tribunal Federal*, Belo Horizonte, CEDIN, 2002.

⁶¹ V., por exemplo, ADIn 1.497-DF, ADIn 1.480-DF e HC 76.561-SP. V. ainda o estudo referido na nota anterior.

O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional

Gilmar Ferreira Mendes

Sumário

1. Considerações preliminares. 2. A suspensão pelo Senado Federal da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. 3. A repercussão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal sobre as decisões de outros tribunais. 4. A suspensão de execução da lei pelo Senado e mutação constitucional. 5. Conclusão.

1. Considerações preliminares

A suspensão da execução pelo Senado Federal do ato declarado *inconstitucional* pela Excelsa Corte foi a forma definida pelo *constituente* para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade.

A aparente originalidade da fórmula tem dificultado o seu enquadramento dogmático. Discute-se, assim, sobre os efeitos e a natureza da resolução do Senado Federal que declare suspensa a execução da lei ou ato normativo. Questiona-se, igualmente, sobre o caráter vinculado ou discricionário do ato praticado pelo Senado e sobre a abrangência das leis estaduais e municipais. Indaga-se, ainda, sobre a pertinência da suspensão ao pronunciamento de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, ou sobre a sua aplicação às decisões proferidas em ação direta.

Embora a doutrina pátria reiterasse os ensinamentos teóricos e jurisprudenciais

Texto em homenagem à Professora Anna Maria Villela, minha professora no Curso de Graduação da Faculdade de Direito da UnB, no ano de 1976.

americanos, no sentido da *inexistência jurídica* ou da *ampla ineficácia* da lei declarada inconstitucional, não se indicava a razão ou o fundamento desse efeito amplo. Diversamente, a não-aplicação da lei, no Direito norte-americano, constitui expressão do *stare decisis*, que empresta efeitos vinculantes às decisões das Cortes Superiores. Daí ter-se adotado, em 1934, a suspensão de execução pelo Senado como mecanismo destinado a outorgar generalidade à declaração de inconstitucionalidade. A engenhosa fórmula mereceu reparos na própria Assembléia Constituinte. O Deputado Godofredo Viana pretendeu que se reconhecesse, *v.g.*, a inexistência jurídica da lei, após o segundo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade do diploma (ARAÚJO, 1935, p. 247; ALENCAR, 1978, p. 234-7).

Mas, que efeitos haveriam de se reconhecer ao ato do Senado que suspende a execução da lei inconstitucional?

Lúcio Bittencourt (1997, p. 145) afirma que “o objetivo do art. 45, nº IV – a referência diz respeito à Constituição de 1967 – é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”. Outros reconhecem que o Senado Federal pratica ato político que “confere efeito geral ao que era particular (...), generaliza os efeitos da decisão” (BUZOID, 1958, p. 89-90; MARINHO, 1964; CAVALCANTI, 1966, p. 162-166; BROSSARD, 1976, p. 61; MELLO, 1980, p. 210; BASTOS, 2002, p. 84).

O Supremo Tribunal Federal parece ter admitido, inicialmente, que o ato do Senado emprestava eficácia genérica à decisão definitiva. Assim, a suspensão tinha o condão de dar alcance normativo ao julgado da Excelsa Corte¹.

Mas, qual era a dimensão dessa eficácia ampla? Seria a de reconhecer efeito retroativo ao ato do Senado Federal?

Também aqui não se logravam sufrágios unânimes.

Themístocles Cavalcanti (1966, p. 164) responde negativamente, sustentando que

a “única solução que atende aos interesses de ordem pública é que a suspensão produzirá os seus efeitos desde a sua efetivação, não atingindo as situações jurídicas criadas sob a sua vigência”. Da mesma forma, Bandeira de Mello (1980, p. 211) ensina que “a suspensão da lei corresponde à revogação da lei”, devendo “ser respeitadas as situações anteriores definitivamente constituídas, porquanto a revogação tem efeito *ex nunc*”. Enfatiza que a suspensão “não alcança os atos jurídicos formalmente perfeitos, praticados no passado, e os fatos consumados, ante sua irretroatividade, e mesmo os efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos”. “O Senado Federal – assevera Bandeira de Mello (1980, p. 211) – apenas cassa a lei, que deixa de obrigar, e, assim, perde a sua executoriedade porque, dessa data em diante, a revoga simplesmente”.

Não obstante a autoridade dos seus setores, essa doutrina parecia confrontar com as premissas basilares da declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro.

Afirmava-se quase incontestadamente, entre nós, que a pronúncia da inconstitucionalidade tinha efeito *ex tunc*, contendo a decisão judicial caráter eminentemente declaratório (BARBOSA, 1910, p. 51-52, 1958, p. 49; NUNES, 1943, p. 588; CAMPOS, 1956; v. 1, p. 460-461; BUZOID, 1958, p. 128). Se assim fora, afigurava-se inconcebível cogitar de “situações juridicamente criadas”, de “atos jurídicos formalmente perfeitos” ou de “efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos”, com fundamento em lei inconstitucional. De resto, é fácil de ver que a constitucionalidade da lei parece constituir pressuposto inarredável de categorias como as do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

É verdade que a expressão utilizada pelo constituinte de 1934 (art. 91, IV), e reiterada nos textos de 1946 (art. 64), de 1967/1969 (art. 42, VII) e de 1988 (art. 52, X) – *suspender* a execução de lei ou decreto – não é isenta de dúvida². Originariamente, o substitutivo da Comissão Constitucional que produziu o modelo da Constituição de 1934 che-

gou a referir-se à “revogação ou suspensão da lei ou ato” (ALENCAR, 1978, p. 247). Mas a própria *ratio* do dispositivo não autorizava a equiparação do ato do Senado a uma *declaração de ineficácia* de caráter prospectivo. A proposta de Godofredo Vianna reconhecia a inexistência jurídica da lei, desde que fosse declarada a sua inconstitucionalidade “em mais de um aresto” do Supremo Tribunal Federal. Nos debates realizados, preponderou, porém, a idéia de se outorgar ao Senado, erigido, então, ao papel de coordenador dos poderes, a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal.

Na discussão travada no Plenário da Constituinte, destacaram-se as objeções de Levi Carneiro, contrário à incorporação do instituto ao Texto Magno. Prevaleceu a tese perfilhada, entre outros, por Prado Kelly, tal como resumida na seguinte passagem:

“Na sistemática preferida pelo nobre Deputado, Sr. Levi Carneiro, o Supremo Tribunal decretaria a inconstitucionalidade de uma lei, e os efeitos dessa decisão se limitariam às partes em litígio. Todos os demais cidadãos, que estivessem na mesma situação da que foi tutelada num processo próprio, estariam ao desamparo da lei. Ocorreria, assim, que a Constituição teria sido defendida na hipótese que permitiu o exame do Judiciário, e esquecida, anulada, postergada em todos os outros casos (...)

Certas constituições modernas têm criado cortes jurisdicionais para defesa da Constituição. Nós continuamos a atribuir à Suprema Corte a palavra definitiva da defesa e guarda da Constituição da República. Entretanto, permitimos a um órgão de supremacia política estender os efeitos dessa decisão, e estendê-los para o fim de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando o Poder Judiciário os declara inconstitucionais.” (ALENCAR, 1978, p. 260).

Na Assembléia Constituinte de 1946, reencetou-se o debate, tendo-se destacado, uma vez mais, na defesa do instituto, a voz de Prado Kelly (apud ALENCAR, 1978, p. 267-268):

“O Poder Judiciário só decide em espécie.

É necessário, porém, estender os efeitos do julgado, e esta é atribuição do Senado.

Quanto ao primeiro ponto, quero lembrar que na Constituição de 34 existe idêntico dispositivo.

Participei da elaboração da Constituição de 34. De fato, tentou-se a criação de um quarto poder; entretanto, já há muito o Senado exercia a função controladora, fiscalizadora do Poder Executivo.

O regime democrático é um regime de legalidade. No momento em que o Poder Executivo pratica uma ilegalidade, a pretexto de regulamentar uma lei votada pelo Congresso, exorbita nas suas funções. Há a esfera do Judiciário, e este não está impedido, desde que é violado o direito patrimonial do indivíduo, de apreciar o direito ferido.

Se, entretanto, se reserva ao órgão do Poder Legislativo, no caso o Senado, a atribuição fiscalizadora da lei, não estamos diante de uma função judicante, mas de fiscal do arbítrio do Poder Executivo. O dispositivo já constava da Constituição de 34 e não foi impugnado por nenhum autor ou comentador que seja do meu conhecimento. Ao contrário, foi um dos dispositivos mas festejados pela crítica, porque atendia, de fato, às solicitações do meio político brasileiro.”

Ante as críticas tecidas por Gustavo Capanema, ressaltou Nereu Ramos (apud ALENCAR, 1978, p. 268) que:

“A lei ou regulamentos declarados inconstitucionais são juridicamente inexistentes, entre os litigantes. Uma vez declarados, pelo Poder Judiciário,

inconstitucionais ou ilegais, a decisão apenas produz efeito entre as partes. Para evitar que os outros interessados, amanhã, tenham de recorrer também ao Judiciário, para obter a mesma coisa, atribui-se ao Senado a faculdade de suspender o ato no todo ou em parte, quando o Judiciário haja declarado inconstitucional, porque desde que o Judiciário declarar inconstitucional, o Presidente da República não pode declarar constitucional.”

Parecia evidente aos constituintes que a *suspensão da execução* da lei, tal como adotada em 1934, importava na *extensão dos efeitos* do aresto declaratório da inconstitucionalidade, configurando, inclusive, instrumento de economia processual. Atribuía-se, pois, ao ato do Senado *caráter ampliativo* e não apenas *paralisante* ou derogatório do diploma viciado. E, não fosse assim, inócuo seria o instituto com referência à maioria das situações formadas na vigência da lei declarada inconstitucional.

Percebeu essa realidade o Senador Accioly Filho (BRASIL, 1975, 266-268), que defendeu a seguinte orientação:

“Posto em face de uma decisão do STF, que declara a inconstitucionalidade de lei ou decreto, ao Senado não cabe tão-só a tarefa de promulgador desse decisório.

A declaração é do Supremo, mas a suspensão é do Senado. Sem a declaração, o Senado não se movimenta, pois não lhe é dado suspender a execução de lei ou decreto não declarado inconstitucional. Essa suspensão é mais do que a revogação da lei ou decreto, tanto pelas suas conseqüências quanto por desnecessitar da concordância da outra Casa do Congresso e da sanção do Poder Executivo. Em suas conseqüências, a suspensão vai muito além da revogação. Esta opera *ex nunc*, alcança a lei ou ato revogado só a partir da vigência do ato revogado, não tem olhos para trás e, assim,

não desconstitui as situações constituídas enquanto vigorou o ato derogado. Já quando de suspensão se trate, o efeito é *ex tunc*, pois aquilo que é inconstitucional é natimorto, não teve vida (cf. Alfredo Buzaid e Francisco Campos), e, por isso, não produz efeitos, e aqueles que porventura ocorreram ficam desconstituídos desde as suas raízes, como se não tivessem existido.

Integra-se, assim, o Senado numa tarefa comum com o STF, equivalente àquela da alta Corte Constitucional da Áustria, do Tribunal Constitucional alemão e da Corte Constitucional italiana. Ambos, Supremo e Senado, realizam, na Federação brasileira, a atribuição que é dada a essas Cortes europeias.

Ao Supremo cabe julgar da inconstitucionalidade das leis ou atos, emitindo a decisão declaratória quando consegue atingir o *quorum* qualificado.

Todavia, aí não se exaure o episódio se aquilo que se deseja é dar efeitos *erga omnes* à decisão.

A declaração de inconstitucionalidade, só por ela, não tem a virtude de produzir o desaparecimento da lei ou ato, não o apaga, eis que fica a produzir efeitos fora da relação processual em que se proferiu a decisão.

Do mesmo modo, a revogação da lei ou decreto não tem o alcance e a profundidade da suspensão. Consoante já se mostrou, e é tendência no direito brasileiro, só a suspensão por declaração de inconstitucionalidade opera efeito *ex tunc*, ao passo que a revogação tem eficácia só a partir da data de sua vigência.

Assim, é diferente a revogação de uma lei da suspensão de sua vigência por inconstitucionalidade.”

Adiante, o insigne parlamentar concluiu (p. 268):

“Revogada uma lei, ela continua sendo aplicada, no entanto, às situações constituídas antes da revogação (art. 153, § 3º, da Constituição). Os juízes e a administração aplicam-na aos atos que se realizaram sob o império de sua vigência, porque então ela era a norma jurídica eficaz. Ainda continua a viver a lei revogada para essa aplicação, continua a ter existência para ser utilizada nas relações jurídicas pretéritas (...)

A suspensão por declaração de inconstitucionalidade, ao contrário, vale por fulminar, desde o instante do nascimento, a lei ou decreto inconstitucional, importa manifestar que essa lei ou decreto não existiu, não produziu efeitos válidos.

A revogação, ao contrário disso, importa proclamar que, a partir dela, o revogado não tem mais eficácia.

A suspensão por declaração de inconstitucionalidade diz que a lei ou decreto suspenso nunca existiu, nem antes nem depois da suspensão.

Há, pois, distância a separar o conceito de revogação daquele da suspensão de execução de lei ou decreto declarado inconstitucional. O ato de revogação, pois, não supre o de suspensão, não o impede, porque não produz os mesmos efeitos.”

Essa colocação parecia explicitar a natureza singular da atribuição deferida ao Senado Federal sob as Constituições de 1946 e de 1967/69. A suspensão constituía ato político que retira a lei do ordenamento jurídico, de forma definitiva e com efeitos retroativos. É o que ressaltava, igualmente, o Supremo Tribunal Federal, ao enfatizar que “a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional”³.

Vale recordar, a propósito, que, no MS 16.512⁴, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de discutir largamente a na-

tureza do instituto, infirmando a possibilidade de o Senado Federal revogar o ato de suspensão anteriormente editado, ou de restringir o alcance da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Cuidava-se de Mandado de Segurança impetrado contra a Resolução nº 93, de 14 de outubro de 1965, que revogou a Resolução anterior (nº 32, de 25.3.1965), pela qual o Senado suspendera a execução de preceito do Código Paulista de Impostos e Taxas.

A Excelsa Corte pronunciou a inconstitucionalidade da resolução revogadora, contra os votos dos ministros Aliomar Baleeiro e Hermes Lima, conhecendo do mandado de segurança como *representação de inconstitucionalidade*, tal como proposto pelo Procurador-Geral da República, Dr. Alcino Salazar⁵.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu que o Senado não estava obrigado a proceder à suspensão do ato declarado inconstitucional. Nessa linha de entendimento, ensinava o Ministro Victor Nunes:

“(...) o Senado terá seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. Se uma questão foi aqui decidida por maioria escassa e novos Ministros são nomeados, como há pouco aconteceu, é de todo razoável que o Senado aguarde novo pronunciamento antes de suspender a lei. Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar”⁶.

Todavia, ao suspender o ato que teve a inconstitucionalidade pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal, não poderia aquela Alta Casa do Congresso revogar o ato anterior⁷. Da mesma forma, o ato do Senado haveria de se ater à “extensão do julgado do Supremo Tribunal”⁸, não tendo “competência para examinar o mérito da decisão (...), para interpretá-la, para ampliá-la ou restringi-la”⁹.

Vê-se, pois, que, tal como assentado no preclaro acórdão do Supremo Tribunal Federal, o ato do Senado tem o condão de ou-

torgar eficácia ampla à decisão judicial, vinculativa, inicialmente, apenas para os litigantes.

Cobra relevo ressaltar que a inércia do Senado não afeta a relação entre os Poderes, não se podendo vislumbrar qualquer violação constitucional na eventual recusa à pretendida extensão de efeitos. Evidentemente, se pretendesse outorgar efeito genérico à decisão do Supremo Tribunal, não precisaria o constituinte valer-se dessa fórmula complexa.

Caberia indagar se o Supremo Tribunal Federal poderia vir a reconhecer a constitucionalidade de lei anteriormente declarada inconstitucional, mesmo após a regular comunicação ao Senado. Considerando o lapso de tempo decorrido entre a comunicação e o novo julgado, a resposta poderá ser afirmativa. Assim como o Senado não está obrigado a suspender imediatamente o ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nada obsta a que o Tribunal reveja a orientação anteriormente firmada. Neste caso, a suspensão superveniente não deverá produzir consequência juridicamente relevante.

Finalmente, deve-se observar que “a função política exercida pelo Senado é abrangente dos atos estaduais e municipais”. E não se restringe à *lei* ou *decreto*, tal como prescrito no texto constitucional, contemplando as várias modalidades normativas, de diferentes denominações, “que de decretos fazem as vezes”¹⁰.

As conclusões assentadas acima parecem consentâneas com a natureza do instituto. O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto¹¹. Cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão ou qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a

extensão do julgado proferido pela Excelsa Corte.

Apenas por amor à completude, observe-se que o Projeto que resultou na Emenda n. 16/65 pretendeu conferir nova disciplina ao instituto da suspensão pelo Senado. Dizia-se na Exposição de Motivos:

“Ao direito italiano pedimos, todavia, uma formulação mais singela e mais eficiente do que a do art. 64 da nossa Constituição, para tornar explícito, a partir da declaração de ilegitimidade, o efeito *erga omnes* de decisões definitivas do Supremo Tribunal, poupando ao Senado o dever correlato de suspensão da lei ou do decreto – expediente consentâneo com as teorias de direito público em 1934, quando ingressou em nossa legislação, mas presentemente suplantada pela formulação contida no art. 136 do estatuto de 1948: ‘Quando la Corte dichiara l’illegitimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione’” (BRASIL, 1968, p. 24).

O art. 64 da Constituição passava a ter a seguinte redação:

“Art. 64. Incumbe ao Presidente do Senado Federal, perdida a eficácia de lei ou ato de natureza normativa (art. 101, § 3º), fazer publicar no Diário Oficial e na Coleção das leis, a conclusão do julgado que lhe for comunicado”.

A proposta de alteração do disposto no art. 64 da Constituição, com a atribuição de eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, foi porém, rejeitada (BRASIL, 1968, p. 88-90).

A ausência de disciplina sobre a matéria contribuiu para que o Supremo Tribunal se ocupasse do tema, especialmente no que dizia respeito aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Nessa hipótese, o

Tribunal deveria ou não comunicar a declaração de inconstitucionalidade ao Senado, para os fins do art. 64 da Constituição de 1946 (modificado pela Emenda nº 16/65)?

Em 1970, o Tribunal começou a debater o tema¹², tendo firmado posição, em 1977, quanto à dispensabilidade de intervenção do Senado Federal nos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei proferida na representação de inconstitucionalidade (controle abstrato)¹³. Passou-se, assim, a atribuir eficácia geral à decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato, procedendo-se à redução teleológica do disposto no art. 42, VII, da Constituição de 1967/69¹⁴.

2. A suspensão pelo Senado Federal da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, de valer tão-somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.

Deve-se observar, outrossim, que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não decla-

ram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta.

Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada dessa ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há que se cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias.

Situação semelhante ocorre quando o Supremo Tribunal Federal adota uma interpretação conforme à Constituição, restringindo o significado de uma dada expressão literal ou colmatando uma lacuna contida no regramento ordinário. Aqui o Supremo Tribunal não afirma propriamente a ilegitimidade da lei, limitando-se a ressaltar que uma dada interpretação é compatível com a Constituição, ou, ainda, que, para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de um complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna oculta – redução teleológica). Todos esses casos de decisão com base em uma interpretação conforme à Constituição não podem ter a sua eficácia ampliada com o recurso ao instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.

Mencionem-se, ainda, os casos de *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*, nos quais se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração.

Também nessas hipóteses, a suspensão de execução da lei ou do ato normativo pelo Senado revela-se problemática, porque não se cuida de afastar a incidência de disposições do ato impugnado, mas tão-somente de um de seus significados normativos.

Não é preciso dizer que a suspensão de execução pelo Senado não tem qualquer

aplicação naqueles casos nos quais o Tribunal limita-se a rejeitar a arguição de inconstitucionalidade. Nessas hipóteses, a decisão vale *per se*. Da mesma forma, o vetusto instituto não tem qualquer serventia para reforçar ou ampliar os efeitos da decisão do Tribunal naquelas matérias nas quais a Corte, ao prover ou não um dado recurso, fixa uma interpretação da Constituição.

Da mesma forma, a suspensão da execução da lei inconstitucional não se aplica à declaração de não-recepção da lei pré-constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal. Portanto, das decisões possíveis em sede de controle, a suspensão de execução pelo Senado está restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

É certo, outrossim, que a admissão da pronúncia de inconstitucionalidade com efeito limitado no controle incidental ou difuso (declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex nunc*), cuja necessidade já vem sendo reconhecida no âmbito do STF, parece debilitar, fortemente, a intervenção do Senado Federal – pelo menos aquela de conotação substantiva¹⁵. É que a “decisão de calibragem” tomada pelo Tribunal parece avançar também sobre a atividade inicial da Alta Casa do Congresso. Pelo menos, não resta dúvida de que o Tribunal assume aqui uma posição que parte da doutrina atribuía, anteriormente, ao Senado Federal.

Todas essas razões demonstram o novo significado do instituto de suspensão de execução pelo Senado, no contexto normativo da Constituição de 1988.

3. A repercussão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal sobre as decisões de outros tribunais

Questão interessante agitada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diz respeito à necessidade de se utilizar o procedimento previsto no art. 97 da Constituição, na hipótese de existir pronunciamento

da Suprema Corte que afirme a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

Em acórdão proferido no RE 190.728, teve a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal a oportunidade de, por maioria de votos, vencido o Ministro Celso de Mello, afirmar a dispensabilidade de se encaminhar o tema constitucional ao Plenário do Tribunal, desde que o Supremo Tribunal já se tenha pronunciado sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei questionada¹⁶.

É o que se pode depreender do voto proferido pelo Ministro Ilmar Galvão, designado relator para o acórdão, *verbis*:

“Esta nova e salutar rotina que, aos poucos, vai tomando corpo – de par com aquela anteriormente assinalada, fundamentada na esteira da orientação consagrada no art. 101 do RI/STF, onde está prescrito que ‘a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário’ –, além de, por igual, não merecer a censura de ser afrontosa ao princípio insculpido no art. 97 da CF, está em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira.

Tudo, portanto, está a indicar que se está diante de norma que não deve ser aplicada com rigor literal, mas, ao revés, tendo-se em mira a finalidade objetivada, o que permite a elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial”¹⁷.

Na ocasião, acentuou-se que referido entendimento fora igualmente adotado pela 2ª Turma, como consta da ementa do acórdão proferido no AgRgAI. 168.149, da relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio:

“Versando a controvérsia sobre o ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República – o Supremo Tribunal Federal –, descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenagem não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do artigo 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade argüida em relação a um certo ato normativo”¹⁸.

Orientação semelhante vem de ser reiterada, em decisão recente, na qual se explicitou que “o acórdão recorrido deu aplicação ao decidido pelo STF nos RREE 150.755-PE e 150.764-PE”, não havendo necessidade, por isso, de a questão ser submetida ao Plenário do Tribunal¹⁹.

Em acórdão de 22 agosto de 1997, houve por bem o Tribunal ressaltar, uma vez mais, que a reserva de plenário da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo funda-se na presunção de constitucionalidade que os protege, somada a razões de segurança jurídica. Assim sendo, “a decisão plenária do Supremo Tribunal declaratória de inconstitucionalidade de norma, posto que incidente, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeitos *erga omnes*, elide a presunção de sua constitucionalidade; a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário”²⁰.

Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas

nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.

4. A suspensão de execução da lei pelo Senado e mutação constitucional

Todas essas reflexões e práticas parecem recomendar uma releitura do papel do Senado no processo de controle de constitucionalidade.

Quando o instituto foi concebido no Brasil, em 1934, dominava uma determinada concepção da divisão de poderes, há muito superada. Em verdade, quando da promulgação do texto de 1934, outros países já atribuíam eficácia geral às decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas, tais como o previsto na Constituição de Weimar de 1919 e no modelo austríaco de 1920.

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas.

Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil constatar que ela foi decisiva para a alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta.

O constituinte assegurou o direito do Procurador-Geral da República de propor a

ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia, apenas um entre os diversos órgãos ou entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Nos termos do art. 103 da Constituição de 1988, dispõem de legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Com isso satisfaz o constituinte apenas parcialmente a exigência daqueles que solicitavam fosse assegurado o direito de propositura da ação a um grupo de, *v. g.*, dez mil cidadãos ou que defendiam até mesmo a introdução de uma ação popular de inconstitucionalidade.

Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento *de correção* do sistema geral incidente.

Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou uma alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciá-lo dos de-

mais sistemas “difusos” ou “incidentes” de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz (1930) ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias.

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Assim, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidental*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passaram a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se que essa alteração não se operou de forma ainda profunda porque o Supremo Tribunal manteve a orientação anterior, que considerava inadmissível o ajuizamento de ação direta contra direito

pré-constitucional em face da nova Constituição.

A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado. Assim, se continuamos a ter um modelo misto de controle de constitucionalidade, a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no de perfil concentrado.

Essa peculiaridade foi destacada por Sepúlveda Pertence no voto que proferiu na ADC nº 1, *verbis*:

“(…) Esta ação é um momento inevitável na prática da consolidação desse audacioso ensaio do constitucionalismo brasileiro – não apenas, como nota Cappelletti, de aproximar o controle difuso e o controle concentrado, como se observa em todo o mundo – mas, sim, de convivência dos dois sistemas na integralidade das suas características.

Esta convivência não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito.

Por outro lado (...), o ensaio difícil de convivência integral dos dois métodos de controle de constitucionalidade do Brasil só se torna possível na medida em que se acumularam, no Supremo Tribunal Federal, os dois papéis, o de órgão exclusivo do sistema concentrado e o de órgão de cúpula do sistema difuso.

De tal modo, o peso do Supremo Tribunal, em relação aos outros órgãos de jurisdição, que a ação declaratória de constitucionalidade traz é relativo, porque, já no sistema de convivência dos dois métodos, a palavra final é sempre reservada ao Supremo Tribunal Federal, se bem que, declarada a inconstitucionalidade no sistema difuso, ainda convivamos com o anacronismo em que se transformou, especialmente após a criação da ação direta, a necessidade da deliberação do Senado para dar eficácia *erga omnes* à declaração incidente”²¹.

Assinale-se, outrossim, que a interpretação que se deu à suspensão de execução da lei pela doutrina majoritária e pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal contribuiu decisivamente para que a afirmação sobre a teoria da nulidade da lei inconstitucional restasse sem concretização entre nós.

Nesse sentido, constatou Lúcio Bittencourt que os constitucionalistas brasileiros não lograram fundamentar nem a eficácia *erga omnes*, nem a chamada retroatividade *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

É o que se lê na seguinte passagem de seu magno trabalho:

“(…) as dificuldades e problemas surgem, precisamente, no que tange à eficácia indireta ou colateral da sentença declaratória da inconstitucionalidade, pois, embora procurem os autores estendê-la a situações jurídicas idênticas, considerando indiretamen-

te anulada a lei, porque a ‘sua aplicação não obteria nunca mais o concurso da justiça’, não têm, todavia, conseguido apresentar fundamento técnico, razoavelmente aceitável, para justificar essa extensão.

Não o apontam os tratadistas americanos – infensos à sistematização, que caracteriza os países onde se adota a codificação do direito positivo –, limitando-se a enunciar o princípio, em termos categóricos: a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais, em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica – *is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force*.

Os nossos tratadistas também não indicam a razão jurídica determinante desse efeito amplo. Repetem a doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais, sem buscar-lhes o motivo, a causa ou o fundamento. Nem o grande Rui, com o seu gênio estelar, nem os que subseqüentemente, na sua trilha luminosa, versaram o assunto com a proficiência de um Castro Nunes.

É que, em face dos princípios que orientam a doutrina de coisa julgada e que são comumente aceitos entre nós, é difícil, senão impossível, justificar aqueles efeitos que, aliás, se verificam em outras sentenças como, por exemplo, as que decidem matéria de estado civil, as quais, segundo entendimento geral, prevalecem *erga omnes*” (BITTENCOURT, 1997, p. 140-141).

Em verdade, ainda que não pertencente ao universo específico da *judicial review*, o instituto do *stare decisis* desonerava os constitucionalistas americanos, pelo menos em parte, de um dever mais aprofundado de fundamentação na espécie. Como esse mecanismo assegura efeito vinculante às decisões das Cortes Superiores, em caso de declaração de inconstitucionalidade pela Su-

prema Corte tinha-se a segurança de que, em princípio, nenhum tribunal haveria de conferir eficácia à norma objeto de censura. Assim, a ausência de mecanismo processual assemelhado à “força de lei” (*Gesetzeskraft*) do direito alemão não impediu que os autores americanos sustentassem a nulidade da lei inconstitucional²².

Sem dispor de um mecanismo que emprestasse *força de lei* ou que, pelo menos, conferisse caráter vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal para os demais Tribunais tal como o *stare decisis* americano²³, contentava-se a doutrina brasileira em ressaltar a evidência da nulidade da lei inconstitucional (BITTENCOURT, 1997, p. 140-141) e a obrigação dos órgãos estatais de se absterem de aplicar disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal (NUNES, 1943, p. 592; BITTENCOURT, 1997, p. 144). A suspensão da execução pelo Senado não se mostrou apta a superar essa incongruência, especialmente porque se emprestou a ela um sentido substantivo que talvez não devesse ter. Segundo entendimento amplamente aceito²⁴, esse ato do Senado Federal conferia eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida no caso concreto (FERREIRA FILHO, 2003, p. 35; SILVA, 2003, p. 52).

Ainda que se aceite, em princípio, que a suspensão da execução da lei pelo Senado retira a lei do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc*, esse instituto, tal como foi interpretado e praticado, entre nós, configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. A não-aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito. Tal fato reforça a idéia de que, embora tecêssemos loas à teoria da nulidade da lei inconstitucional, consolidávamos institutos que iam de encontro à sua implementação.

Assinale-se que, se a doutrina e a jurisprudência entendiam que lei inconstitucional era *ipso jure* nula, deveriam ter defendi-

do, de forma coerente, que o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado destinava-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão do STF.

Essa foi a posição sustentada, isoladamente, por Lúcio Bittencourt (1997, p. 145-146):

“Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares que, de fato, independem de qualquer dos poderes. O objetivo do art. 45, IV, da Constituição – a referência é ao texto de 1967 – é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado ‘suspende a execução’ da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo ‘inexistente’ ou ‘ineficaz’, não pode ter suspensa a sua execução”.

Tal concepção afigurava-se absolutamente coerente com o fundamento da nulidade da lei inconstitucional. Uma orientação dogmática minimamente consistente haveria de encaminhar-se nesse sentido, até porque a atribuição de funções substantivas ao Senado Federal era a própria negação da idéia de nulidade da lei devidamente declarada pelo órgão máximo do Poder Judiciário.

Não foi o que se viu inicialmente. Como apontado, a jurisprudência e a doutrina acabaram por conferir significado *substancial* à decisão do Senado, entendendo que somente o ato de suspensão do Senado mostrava-se apto a conferir efeitos gerais à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia estaria limitada às partes envolvidas no processo.

De qualquer sorte, a ampliação do controle abstrato de normas, inicialmente realizada nos termos do art. 103 e, posteriormente, com o advento da ADC, alterou significativamente a relação entre o modelo difuso e

o modelo concentrado. Assim, passou a dominar a eficácia geral das decisões proferidas em sede de controle abstrato (ADIn e ADC).

A disciplina processual conferida à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, que constitui instrumento subsidiário para solver questões não contempladas pelo modelo concentrado – ADIn e ADC –, revela, igualmente, a inconsistência do atual modelo. A decisão do caso concreto proferida em ADPF, por se tratar de processo objetivo, será dotada de eficácia *erga omnes*; a mesma questão resolvida no processo de controle incidental terá eficácia *inter partes*.

No que se refere aos recursos especial e extraordinário, a Lei n. 8.038, de 1990, havia concedido ao Relator a faculdade de negar seguimento a recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente ou prejudicado, ou, ainda, que contrariasse Súmula do Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça. O Código de Processo Civil, por sua vez, em caráter ampliativo, incorporou disposição que autoriza o relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A, acrescentado pela Lei n. 9.756, de 1998).

Tem-se, pois, que, com o advento dessa nova fórmula, passou-se a admitir não só a negativa de seguimento de recurso extraordinário, nas hipóteses referidas, mas também o provimento do aludido recurso nos casos de manifesto confronto com a jurisprudência do Supremo Tribunal, mediante decisão unipessoal do relator.

Também aqui parece evidente que o legislador entendeu possível estender de forma geral os efeitos da decisão adotada pelo Tribunal, tanto nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade incidental de determinada lei federal, estadual ou municipal – hipótese que estaria submetida à in-

tervenção do Senado –, quanto nos casos de fixação de uma dada interpretação constitucional pelo Tribunal.

Ainda que a questão pudesse comportar outras leituras, é certo que o legislador ordinário, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, considerou legítima a atribuição de efeitos ampliados à decisão proferida pelo Tribunal, até mesmo em sede de controle de constitucionalidade incidental.

Observe-se, ainda, que, nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes. É que são numericamente expressivos os casos em que o Supremo Tribunal tem estendido, com base no art. 557, *caput* e § 1º -A do Código de Processo Civil, a decisão do plenário que declara a inconstitucionalidade de norma municipal a outras situações idênticas, oriundas de municípios diversos. Em suma, tem-se considerado dispensável, no caso de modelos legais idênticos, a submissão da questão ao Plenário.

Nesse sentido, Maurício Corrêa, ao julgar o RE 228.844/SP²⁵, no qual se discutia a ilegitimidade do IPTU progressivo cobrado pelo Município de São José do Rio Preto, no Estado de São Paulo, valeu-se de fundamento fixado pelo Plenário deste Tribunal, em precedente oriundo do Estado de Minas Gerais, no sentido da inconstitucionalidade de lei do Município de Belo Horizonte, que instituiu alíquota progressiva do IPTU.

Também Nelson Jobim, no exame da mesma matéria (progressividade do IPTU) em recurso extraordinário interposto contra lei do Município de São Bernardo do Campo, aplicou tese fixada em julgamentos que apreciaram a inconstitucionalidade de lei do Município de São Paulo²⁶.

Ellen Gracie utilizou-se de precedente oriundo do Município de Niterói, Estado do

Rio de Janeiro, para dar provimento a recurso extraordinário no qual se discutia a ilegitimidade de taxa de iluminação pública instituída pelo Município de Cabo Verde, no Estado de Minas Gerais²⁷.

Carlos Velloso aplicou jurisprudência de recurso proveniente do Estado de São Paulo para fundamentar sua decisão no AI 423.252²⁸, em que se discutia a inconstitucionalidade de taxa de coleta e limpeza pública do Município do Rio de Janeiro, convertendo-o em recurso extraordinário (art. 544, §§ 3º e 4º, do CPC) e dando-lhe provimento.

Sepúlveda Pertence lançou mão de precedentes originários do Estado de São Paulo para dar provimento ao RE 345.048²⁹, no qual se argüia a inconstitucionalidade de taxa de limpeza pública do Município de Belo Horizonte.

Celso de Mello, ao apreciar matéria relativa à progressividade do IPTU do Município de Belo Horizonte, conheceu e deu provimento a recurso extraordinário tendo em conta diversos precedentes oriundos do Estado de São Paulo³⁰.

Tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal. Evidentemente, semelhante orientação somente pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal.

Um outro argumento, igualmente relevante diz respeito ao controle de constitucionalidade nas ações coletivas. Aqui, somente por força de uma compreensão ampliada ou do uso de uma figura de linguagem pode-se falar em decisão com eficácia *inter partes*.

Como sustentar que uma decisão proferida numa ação coletiva, numa ação civil pública ou em um mandado de segurança coletivo, que declare a inconstitucionalidade

de de uma lei determinada, terá eficácia apenas entre as partes?

Nesses casos, a suspensão de execução da lei pelo Senado, tal como vinha sendo entendida até aqui, revela-se, para dizer o mínimo, completamente inútil caso se entenda que ela tem uma outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade.

Recorde-se, a propósito, que o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime de 7 de abril de 2003, julgou prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade nº 1.919 (Relatora Min. Ellen Gracie), proposta contra o Provimento nº 556/97, editado pelo Conselho Superior da Magistratura Paulista. A referida resolução previa a destruição física dos autos transitados em julgado e arquivados há mais de cinco anos em primeira instância. A decisão pela prejudicialidade decorreu do fato de o Superior Tribunal de Justiça, em mandado de segurança coletivo³¹, impetrado pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), ter declarado a nulidade daquele ato.

Em outros termos, o Supremo Tribunal Federal acabou por reconhecer eficácia *erga omnes* à declaração de ilegitimidade do ato normativo proferida em mandado de segurança pelo STJ. *Quid juris*, então, se a declaração de inconstitucionalidade for proferida pelo próprio Supremo Tribunal Federal em sede de ação civil pública?

Se a decisão proferida nesses processos tem eficácia *erga omnes* (Lei n. 7.347, de 24/07/1985 – art. 16), afigura-se difícil justificar a necessidade de comunicação ao Senado Federal. A propósito, convém recordar que, em alguns casos, há uma quase confusão entre o objeto da ação civil pública e o pedido de declaração de inconstitucionalidade. Nessa hipótese, não há como cogitar de uma típica decisão com eficácia *inter partes*³².

5. Conclusão

Conforme destacado, a ampliação do sistema concentrado, com a multiplicação de

decisões dotadas de eficácia geral, acabou por modificar radicalmente a concepção que dominava entre nós sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a Emenda Constitucional de 16/65 e sob a Carta de 1967/69.

No sistema constitucional de 1967/69, a ação direta era apenas uma idiossincrasia no contexto de um amplo e dominante modelo difuso. A adoção da ADI, posteriormente, conferiu perfil diverso ao nosso sistema de controle de constitucionalidade, que continuou a ser um modelo misto. A ênfase passou a residir, porém, não mais no modelo difuso, mas nas ações diretas. O advento da Lei 9.882/99 conferiu conformação à ADPF, admitindo a impugnação ou a discussão direta de decisões judiciais das instâncias ordinárias perante o Supremo Tribunal Federal. Tal como estabelecido na referida lei (art. 10, § 3º), a decisão proferida nesse processo há de ser dotada de eficácia *erga omnes* e de efeito vinculante. Ora, resta evidente que a ADPF estabeleceu uma ponte entre os dois modelos de controle, atribuindo eficácia geral a decisões de perfil incidental.

Vê-se, assim, que a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.

O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por

reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 17.12.1998).

Essa é a orientação que parece presidir o entendimento que julga dispensável a aplicação do art. 97 da Constituição por parte dos Tribunais ordinários, se o Supremo já tiver declarado a inconstitucionalidade da lei, ainda que no modelo incidental. Na oportunidade, ressaltou o redator para o acórdão, Ilmar Galvão, no já mencionado RE 190.728, que o novo entendimento estava “em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira, ressaltando que se cuidava “de norma que não deve ser aplicada com rigor literal, mas, ao revés, tendo-se em mira a finalidade objetivada, o que permite a elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial”³³.

E ela também demonstra que, por razões de ordem pragmática, a jurisprudência e a legislação têm consolidado fórmulas que retiram do instituto da “suspensão da execução da lei pelo Senado Federal” significado substancial ou de especial atribuição de efeitos gerais à decisão proferida no caso concreto.

Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observa-

do, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII).

Portanto, é outro o contexto normativo que se coloca para a suspensão da execução pelo Senado Federal no âmbito da Constituição de 1988.

Ao se entender que a eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional e, especialmente, se considerarmos que o texto constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel desta Corte, que passou a ter uma função preeminente na guarda da Constituição a partir do controle direto exercido na ADIn, na ADC e na ADPF, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova compreensão do tema.

A aceitação das ações coletivas como instrumento de controle de constitucionalidade relativiza enormemente a diferença entre os processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo. É que a decisão proferida na ação civil pública, no mandado de segurança coletivo e em outras ações de caráter coletivo não mais poderá ser considerada uma decisão *inter partes*.

De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.

Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem *efeito transcendente* às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso.

Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova

compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988.

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto* (FERRAZ, 1986, p. 64 et seq, 102 et seq; JELLINEK, 1991, p. 15-35; HSÜ, 1998, p. 68 et seq.).

Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, CF, indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretção a partir da Constituição de 1988.

É possível que a configuração emprestada ao controle abstrato pela nova Constituição, com ênfase no modelo abstrato, tenha sido decisiva para a mudança verificada, uma vez que as decisões com eficácia *erga omnes* passaram a se generalizar.

A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após 1988 – deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto. Nesse contexto, assume relevo a decisão que afirmou a dispensabilidade de se submeter a questão constitucional ao Plenário de qualquer Tribunal se o Supremo Tribunal já se tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma. Tal como observado, essa decisão acaba por conferir uma eficácia mais ampla – talvez até mesmo um certo efeito vinculante – à decisão do Plenário do Supremo Tribunal no controle incidental. Essa orientação está devidamente incorporada ao direito positivo (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 1998). No mesmo contexto situa-se a decisão que outorgou ao Relator a possibilidade de decidir, monocraticamente, os recursos extraordinários vinculados às questões já resolvi-

das pelo Plenário do Tribunal (CPC, art. 557, § 1º-A).

De fato, é difícil admitir que a decisão proferida em ADIn ou ADC e na ADPF possa ser dotada de eficácia geral e a decisão proferida no âmbito do controle incidental – esta muito mais morosa porque em geral tomada após tramitação da questão por todas as instâncias – continue a ter eficácia restrita entre as partes.

Explica-se, assim, o desenvolvimento da nova orientação a propósito da decisão do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade, no contexto normativo da Constituição de 1988.

A prática dos últimos anos, especialmente após o advento da Constituição de 1988, parece dar razão, pelo menos agora, a Lúcio Bittencourt (1997, p. 145), para quem a finalidade da decisão do Senado era, desde sempre, “apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”.

Sem adentrar o debate sobre a correção desse entendimento no passado, não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte³⁴, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988.

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*. Parece evidente ser essa a ori-

entação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, *uma vez que se não cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação*, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 – *publicação a cargo do Chanceler Federal*, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31,(2) *publicação a cargo do Ministro da Justiça*). A não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia.

Essa solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988.

Notas

¹ MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, *Revista do Tribunal de Justiça*, [S. I.], p. 20, 21, 23 e 28.

² A Constituição de 1937 não contemplou o instituto da suspensão da execução pelo Senado Federal.

³ RMS 17.976, Rel. Min. Amaral Santos, *Revista de Direito Administrativo*, [S. I.], n. 113, p. 105-111. Evidentemente, essa eficácia ampla há de ser entendida com temperamentos. A pronúncia de inconstitucionalidade não retira do mundo jurídico, automaticamente, os atos praticados com base na lei inconstitucional, criando apenas as condições para eventual desfazimento ou regulação dessas situações. Tanto a *coisa julgada* quanto outras *fórmulas de preclusão* podem tornar irreversíveis as decisões ou atos fundados na lei censurada. Assim, operada a decadência ou a prescrição, ou decorrido *in albis* o prazo para a propositura da ação rescisória, não há mais que se cogitar da revisão do ato viciado. Alguns sistemas jurídicos, como o alemão, reconhecem a subsistência dos atos e decisões praticados com base na lei declarada inconstitucional, desde que tais atos já não se afigurem suscetíveis de impugnação. A execução desses atos

é, todavia, inadmissível. Exclui-se, igualmente, qualquer pretensão de enriquecimento sem causa. Admite-se, porém, a revisão, a qualquer tempo, de sentença penal condenatória baseada em lei declarada inconstitucional (Lei do *Bundesverfassungsgericht*, § 79). A limitação da retroatividade expressa, nesses casos, a tentativa de compatibilizar princípios de *segurança jurídica* e *critérios de justiça*. Acentue-se que tais limitações ressaltam, outrossim, a necessária autonomia jurídica desses atos.

⁴ MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, *Diário de Justiça*, [S. I.], 25 maio 1966.

⁵ *Revista do Tribunal de Justiça*, [S. I.], V. 38, n. 1, p. 8-9, [2003?].

⁶ Voto do Ministro Victor Nunes Leal, MS 16.512, *Revista do Tribunal de Justiça*, [S. I.], V. 38, n. 1, p. 23, [2003?].

⁷ Nesse sentido, v. votos proferidos pelos Ministros Gonçalves de Oliveira e Cândido Motta Filho, *Revista do Tribunal de Justiça*, [S. I.], V. 38, n. 1, p. 26, [2003?].

⁸ Voto do Ministro Victor Nunes Leal, MS 16.512, *Revista do Tribunal de Justiça*, [S. I.], V. 38, n. 1, p. 23, [2003?].

⁹ Voto do Ministro Pedro Chaves, MS 16.512, *Revista do Tribunal de Justiça*, [S. I.], V. 38, n. 1, p. 12, [2003?].

¹⁰ Cf. Alencar (1978, p. 304); RISTF, art. 178 c.c o art. 176.

¹¹ Voto do Ministro Prado Kelly, MS 16.512, *Revista do Tribunal de Justiça*, [S. I.], V. 38, n. 1, p. 16, [2003?].

¹² Cf. Parecer do Min. Rodrigues Alckmin, de 19 de junho de 1975, *Diário de Justiça*, [S. I.], 16 maio 1977, p. 3124; ALENCAR (1978, p. 260).

¹³ Cf. Parecer do Min. Moreira Alves no Processo Administrativo nº 4.477-72, *Diário de Justiça*, [S. I.], 16 maio 1977. (p. 3123).

¹⁴ Cf. Parecer do Min. Moreira Alves no Processo Administrativo nº 4.477-72, *Diário de Justiça*, [S. I.], 16 maio 1977. (p. 3123-3124).

¹⁵ Cf. RE nº 197.917 Ação civil pública contra lei municipal que fixa o número de vereadores, Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário de Justiça*, [S. I.], 31 mar. 2004.

¹⁶ RE 190.728, Relator para o Acórdão Min. Ilmar Galvão, *Diário de Justiça*, [S. I.], 30 maio 1997.

¹⁷ RE 190.728, Relator para o Acórdão Min. Ilmar Galvão, *Diário de Justiça*, [S. I.], 30 maio 1997.

¹⁸ AgRegAI nº 168.149, Relator: Ministro Marco Aurélio, *Diário de Justiça*, [S. I.], 4 ago. 1995. (p. 22.520).

¹⁹ Ag.RegAI nº 167.444, Relator: Ministro Carlos Velloso, *Diário de Justiça*, [S. I.], 15 set. 1995. (p. 29.537).

²⁰ RE nº 191.898, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, *Diário de Justiça*, [S. I.] 22 ago. 1997. (p. 38.781).

²¹ *Revista do Tribunal de Justiça*, [S. I.], [199-?]. (p. 389-390).

²² A doutrina constitucional alemã há muito vinha desenvolvendo esforços para ampliar os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada no âmbito da jurisdição estatal (*Staatsgerichtsbarkeit*). Importantes autores sustentaram, sob o império da Constituição de Weimar, que a *força de lei* não se limitava à questão julgada, contendo, igualmente, uma proibição de reiteração (*Wiederholungsverbot*) e uma imposição para que normas de teor idêntico, que não foram objeto da decisão judicial, também deixassem de ser aplicadas por força da *eficácia geral*. Essa concepção refletia, certamente, a idéia dominante à época de que a decisão proferida pela Corte teria não as *qualidades de lei* (*Gesetzeseseigenschaft*), mas, efetivamente, a *força de lei* (*Gesetzeskraft*). Afirmava-se inclusive que o Tribunal assumia, nesse caso, as atribuições do Parlamento ou, ainda, que se cuidava de uma *interpretação autêntica*, tarefa típica do legislador. Em se tratando de interpretação autêntica da Constituição, não se cuidaria de simples legislação ordinária, mas, propriamente, de legislação ou reforma constitucional (*Verfassungsgesetzgebung; Verfassungsänderung*) ou de decisão com hierarquia constitucional (*Entscheidung mit Verfassungsrang*). A força de lei está prevista no art. 9º da Lei Fundamental e no § 31(2) da Lei orgânica da Corte Constitucional, aplicando-se às decisões proferidas nos processos de controle de constitucionalidade. A convicção de que a *força de lei* significava apenas que a decisão produziria efeitos semelhantes aos de uma lei (*gesetzähnlich*) (mas não poderia ser considerada ela própria como uma lei em sentido formal e material) parece ter levado a doutrina a desenvolver instituto processual destinado a dotar as decisões da Corte Constitucional de qualidades outras não contidas nos conceitos de coisa julgada e de *força de lei*. Observe-se que o instituto do efeito vinculante, contemplado no § 31, I, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, não configura novidade absoluta no direito alemão do pós-guerra. Antes mesmo da promulgação da Lei Orgânica da Corte Constitucional e, portanto, da instituição do *Bundesverfassungsgericht*, algumas leis que disciplinavam o funcionamento de Cortes Constitucionais estaduais já consagravam expressamente o efeito vinculante das decisões proferidas por esses órgãos. Embora o conceito de *Bindungswirkung* (*efeito vinculante*) corresponda a uma tradição do direito alemão, tendo sido também adotado por diversas leis de organização de tribunais constitucionais estaduais aprovadas após a promulgação da Lei Fundamental, não se pode afirmar que se trate de um instituto de compreensão unívoca pela doutrina. Não são poucas as questões que se suscitam a propósito desse instituto, seja no que concerne aos seus limites objetivos, seja no que respeita

aos seus limites subjetivos e temporais (Mendes, Gilmar Ferreira. *O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas*, in: *Revista Jurídica Virtual*, vol. 1, nº 4, agosto de 1999, <http://geocities.yahoo.com.br/profpito/oefeitovinculantegilmar.html>).

²³ Cf., sobre o assunto, a observação de Rui Barbosa a propósito do direito americano: "(...) se o julgamento foi pronunciado pelos mais altos tribunais de recurso, a todos os cidadãos se estende, imperativo e sem apelo, no tocante aos princípios constitucionais sobre o que versa". Nem a legislação "tentará contrariá-lo, porquanto a regra *stare decisis* exige que todos os tribunais daí em diante o respeitem como *res judicata* (...)" (Cf. Comentários Constituição Federal Brasileira, coligidos por Homero Pires, vol IV, p. 268). A propósito, anotou Lúcio Bittencourt que a regra *stare decisis* não tinha o poder que lhe atribuíra Rui, muito menos o de eliminar a lei do ordenamento jurídico (BITTENCOURT, 1997, p. 143, nota 17).

²⁴ Cf. item *Considerações Preliminares* deste artigo.

²⁵ RE 228.844.SP, Relator Min. Maurício Corrêa, *Diário de Justiça*, [S. I.], 16 jun. 1999.

²⁶ RE 221.795, Relator Min. Nelson Jobim, *Diário de Justiça*, [S. I.], 16 nov. 2000.

²⁷ RE 364.160, Relatora Min. Ellen Gracie, *Diário de Justiça*, [S. I.], 7 fev. 2003.

²⁸ AI 423.252, Relator Min. Carlos Velloso, *Diário de Justiça*, [S. I.], 15 abr. 2003.

²⁹ RE 345.048, Relator Min. Sepúlveda Pertence, *Diário de Justiça*, [S. I.], 8 abr. 2004.

³⁰ RE 384.521, Relator Min. Celso de Mello, *Diário de Justiça*, [S. I.], 30 maio 2003.

³¹ ROMS nº 11.824, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *Diário de Justiça*, [S. I.], 27 maio 2002.

³² RE nº 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário de Justiça*, [S. I.], 31 mar. 2004 (inconstitucionalidade de lei municipal que fixa número de vereadores), e Rcl MC nº 2537, Relator Min. Cezar Peluso, *Diário de Justiça*, [S. I.], 29 dez. 2003, a propósito da legitimidade de lei estadual sobre loterias, atacadas, simultaneamente, mediante ação civil pública, nas instâncias ordinárias, e ADIn, perante o STF.

³³ RE 190.728, Relator para o acórdão Min. Ilmar Galvão, *Diário de Justiça*, [S. I.], 30 maio 1997.

³⁴ MS 16.512 (Rel. Min. Oswaldo Trigueiro), RTJ 38(1):23; RMS 17.976 (Rel. Min. Amaral Santos) RDA, 105:111(113); AgRegAI nº 168.149 (Rel. Ministro Marco Aurélio), DJ de 04.08.1995; Ag.RegAI nº 167.444, (Rel. Min. Carlos Velloso), DJ de 15.09.1995; RE 190.728 (Rel. Min. Celso de Mello), DJ 30.05.1997; RE nº 191.898 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence), DJ de 22.08.1997; RE 228.844.SP (Rel. Min. Maurício Corrêa), DJ 16.06.1999; RE 221.795 (Rel. Min. Nelson Jobim), DJ 16.11.2000; RE 364.160

(Rel. Min. Ellen Gracie), DJ 07.02.2003; AI 423.252 (Rel. Min. Carlos Velloso), DJ 15.04.2003; RE 345.048 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence), DJ 08.04.2003; RE 384.521 (Celso de Mello), DJ 30.05.2003; ADI nº 1919 (Relator Min. Ellen Gracie), DJ 01.08.2003.

Bibliografia

ALENCAR, Ana Valdevez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 15, n. 57, p. 234-237, jan./mar. 1978.

ANSCHÜTZ, Gerhard. *Die verfassung des deutschen reichs*. 2. ed. Berlim: [s. n.], 1930.

ARAÚJO, Castro. *A nova constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935.

BARBOSA, Ruy. *O direito do Amazonas ao Acre septentrional*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1910. 2 v.

_____. Os atos inconstitucionais: do Congresso e do Executivo perante a Justiça Federal. In: _____. *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1958. v. 20. t. 5.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. (Arquivos do Ministério da Justiça).

BRASIL. Congresso. Senado Federal. Parecer nº 154, de 1971. Relator: Senador Accioly Filho, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 12, n. 48, p. 266-268, out./dez 1975.

BRASIL. Constituição (1946). Emendas. *Emendas à constituição de 1946 número 16: reforma do poder judiciário*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1968. 189 p.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976.

BUZUID, Alfredo. *Da ação direta de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 1.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

HSÜ, Dau-Lin. *Mutación de la constitución*. Tradução de Christian Förster e Pablo Lucas Verdú. Bilbao: [s. n.], 1998.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion de la constitucion*. Tradução de Christian Förster. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 91 p.

MARINHO, Josaphat. O artigo 64 da constituição e o papel do Senado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 1, n. 2, p. 5-12, abr./jun. 1964.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: J. Bushasky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 4, ago. 1999. Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.br/profpito/oefeitovinculante gilmar.html>>. Acesso em: [2003?].

NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943. 698 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

Os Direitos Humanos e a proteção dos estrangeiros

Guido Fernando Silva Soares

Sumário

I – Introdução: delimitação do tema. II – Raízes históricas das normas internas de proteção aos estrangeiros. III – A emergência histórica do conceito de nacionalidade. IV – A determinação da nacionalidade no Estado Moderno e os limites impostos pelo Direito Internacional Público. V – Plurinacionalidade e apatridia: sua regulamentação na atualidade. VI – O quadro normativo geral da proteção dos Direitos Humanos na atualidade. VII – Os Direitos Humanos fundamentais relacionados à proteção dos estrangeiros. VIII – As três novas vertentes do Direito dos Estrangeiros: o Direito de Asilo, o Direito dos Refugiados e o Direito Humanitário. IX – Considerações finais quanto ao Direito brasileiro.

I – Introdução: delimitação do tema

Numa obra em homenagem à memória da eminente Professora Doutora Anna Maria Vilella, cujos méritos principais residem na extraordinária contribuição que deu para a fundação da Universidade de Brasília, DF, e para a formação inicial e o enriquecimento do cabedal científico e ético desta instituição, não poderia, a nosso ver, faltar alguma referência à sua inestimável contribuição ao tema da proteção internacional dos direitos dos estrangeiros. Fique a expressão póstuma de nossa admiração por aquela ilustre Professora de Direito Internacional Privado da UnB, registrada neste artigo, em que tentaremos unir dois campos aparentemente estanques, mas que, como de-

monstraremos, encontram-se relacionados de maneira indelével: a proteção internacional dos Direitos Humanos e o capítulo mais tradicional do Direito Internacional Privado, que é a proteção dos direitos dos estrangeiros.

No presente estudo, as palavras *estrangeiro* ou *estrangeiros* serão empregadas para designar o indivíduo ou indivíduos que, embora estejam domiciliados ou residentes num determinado Estado, não pertencem ao círculo daquelas pessoas que possuem a nacionalidade desse Estado. Trata-se, portanto, de um referencial negativo: qualidade ou *status* de um indivíduo que não tem os mesmos direitos nem os mesmos deveres daqueles outros indivíduos, os quais a ordem jurídica considera como seus nacionais. Portanto, para bem poder considerar-se o posicionamento dos estrangeiros, numa determinada ordem jurídica nacional ou no Direito Internacional, deve-se partir do estudo da nacionalidade das pessoas físicas e dos direitos e deveres atribuídos aos nacionais, e que, em princípio, não se acham reconhecidos aos estrangeiros.

Desde a Antigüidade, até meados do Séc. XVI, o conceito de nacionalidade referia-se, com exclusividade, a pessoas físicas. Contudo, desde a formalização dos Estados modernos, por volta de 1648 (Paz de Vestfália), começaram os Estados, então conformados como Estados autoritários, a atribuir nacionalidade a navios militares e mercantis, claramente com a finalidade de controle da entrada de tais embarcações nos mares territoriais e a fim de determinar a lei aplicável aos incidentes ocorridos a bordo dos mesmos quando se encontrassem em alto mar. Em época mais recente, com a mesma finalidade de controle da sua circulação, a nacionalidade igualmente foi estendida a veículos automotores e barcos de navegação interior, assim como as aeronaves civis e militares, a veículos lançadores de objetos espaciais e aos próprios objetos espaciais (como satélites artificiais e estações orbitais).

Da mesma forma, a fim de permitir um controle dos movimentos internacionais de

capitais e empresas, a partir de fins do Séc. XIX, os Estados passaram a atribuir uma nacionalidade a pessoas jurídicas, com uma dupla finalidade. Em primeiro lugar, a atribuição de uma nacionalidade a empresas e capitais permitiria uma discriminação entre empresas e capitais nacionais e estrangeiros, reservando-se aos primeiros uma série de privilégios e atividades, que estariam proibidos aos estrangeiros. Em segundo lugar, o reconhecimento de empresas ou capitais nacionais, logo no início do Séc. XX, permitiria e legitimaria uma intervenção diplomática dos Estados da nacionalidade das empresas, perante outros Estados, na eventualidade de desrespeitos a normas sobre direitos de propriedade (desapropriações) e sobre a boa-fé nos contratos internacionais (desrespeito a normas contratuais, em particular, porque haveria, no contrato, uma parte estrangeira), e que poderiam turbar a convivência pacífica entre os Estados. Na verdade, com a determinação de uma nacionalidade a uma empresa ou a capitais, os Estados nada mais fizeram do que estender o exercício da proteção diplomática possível de ser exercida em favor de seus nacionais, pessoas físicas, a pessoas jurídicas e a fenômenos econômicos como os movimentos internacionais de capitais.

No presente estudo, em que pretendemos demonstrar a moderna inserção dos direitos dos estrangeiros na grande temática da proteção dos direitos humanos, o enfoque será dado aos direitos dos estrangeiros, apenas tomados como pessoas físicas, direitos esses que serão considerados quanto à sua oponibilidade a um sistema jurídico, do qual tais pessoas físicas não possuem a nacionalidade.

No presente artigo, tomaremos como texto de referência o Cap. 14¹ de nosso livro *Curso de Direito Internacional Público*, em especial para os itens IV e V, cujas partes mais importantes se encontram transcritas, e para o item VIII, o Cap. 15² da mesma obra (SOARES, 2002 a).

II – Raízes históricas das normas internas de proteção aos estrangeiros

Na verdade, os direitos humanos, na sua atual expressão, em especial, a partir dos anos que se seguiram ao término da Segunda Guerra Mundial, tal como reafirmados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada a 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral da ONU, e em todo seu desenvolvimento posterior, não distinguem, quanto a seu escopo de proteção, entre nacionais e estrangeiros. Na sua raiz, fortemente ancorada em princípios e normas internacionais escritas, os direitos humanos têm por finalidade proteger a pessoa humana na sua realidade individual (os direitos individuais oponíveis contra o Estado), na sua vivência coletiva (os direitos exigíveis do Estado) ou como individualidade ou pessoas inseridas no mundo (os direitos ditos difusos, como o direito à paz, a um meio ambiente equilibrado, o direito ao desenvolvimento, exigíveis dos Estados, como partícipes de uma comunidade internacional). Para realizar tal desiderato, os responsáveis pela aplicação das normas de proteção aos direitos humanos não estão autorizados a distinguir tratar-se de indivíduos nacionais ou de estrangeiros, mas, bem ao contrário, são eles incentivados a aplicar as normas protetoras, com o cuidado de considerar que *todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos* (art. I da Declaração Universal), e sob o pressuposto de que *todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição* (art. II § 1º, id., com um grifado por nós acrescentado).

Há pontos comuns na história e no desenvolvimento de ambos os campos jurídicos, o da proteção da pessoa humana e o da proteção do estrangeiro. Contudo, eles não se confundem. Houve tempos em que siste-

mas jurídicos dos Estados possuíam grande número de normas jurídicas nacionais e uma extensa prática interna nos aspectos legislativo, administrativo e judicial, dedicados à proteção da pessoa humana, mas que, no entanto, permitiam discriminações contra estrangeiros. Em tais sistemas, encontrara-se definida a maioria dos direitos humanos, mas que eram qualificados como prerrogativas de pessoas com a nacionalidade dos Estados, e, portanto, direitos oponíveis ao próprio Estado, inclusive por mandamento de normas de natureza constitucional. Assim foi, no correr do Séc. XIX, como decorrência da Revolução Inglesa e da Revolução Francesa, numa época histórica em que se elaboraram as bases do Estado democrático moderno, em que os capítulos das definições, nas constituições modernas, dos direitos fundamentais da pessoa humana, na forma das Declarações de Direitos, tiveram a nítida finalidade de limitar o poder absoluto dos Monarcas. Contudo, não se pode dizer que, nessa mesma época, os direitos humanos, de cunho eminentemente nacionalista, estivessem abertos à recepção de normas de proteção aos direitos dos estrangeiros. Bem ao contrário, o que se verificou foi ter havido a instituição das bases da democracia moderna, na configuração do Estado liberal, mas, ao mesmo tempo, o fortalecimento de um nacionalismo exacerbado e xenófobo, conducente a atitudes cada vez mais hostis em relação aos estrangeiros.

Embora os direitos humanos, por sua própria natureza, não possam comportar uma distinção entre indivíduos nacionais e estrangeiros, foram, nos primórdios da história de seu desenvolvimento, na forma de normas do *jus scriptum*, direitos expressos num sistema jurídico nacional fechado, dentro do qual seria possível comportar uma discriminação entre os nacionais e os estrangeiros. Mas, na medida em que a pessoa humana tem seus direitos definidos em normas internacionais, que desbordamos limites dos ordenamentos jurídicos nacio-

nais, aquela discriminação perde sua razão de ser, e, bem ao contrário, torna-se odiosa. À medida que os direitos humanos são definidos em relação a qualquer indivíduo, onde quer que se encontre, no tempo e no espaço, e que são direitos exigíveis de qualquer Estado, fazer discriminação em razão de origem nacional passa a ser a negação da universalidade da pessoa humana.

A análise da história da evolução das normas sobre um tratamento equitativo dos estrangeiros, perante os ordenamentos jurídicos nacionais, demonstra que, bem antes de pensar-se em dar proteção à pessoa humana contra o próprio Estado de sua nacionalidade, as primeiras preocupações foram no sentido de proteger os estrangeiros, contra o arbítrio das autoridades locais. Certamente poderemos vislumbrar, nas grandes religiões da antigüidade (como no judaísmo, sobretudo em alguns dos Salmos do Rei Davi³, e nas palavras do Profeta Isaías⁴), em algumas filosofias éticas, como o estoicismo⁵, da Grécia Clássica e de Roma, os traços de considerar-se haver uma igualdade entre as pessoas humanas.

O Direito Romano foi uma surpreendente exceção a todos os sistemas jurídicos dos povos da antigüidade, pela extraordinária proteção que dava aos estrangeiros, conforme se pode comprovar, pela análise de seu próprio desenvolvimento histórico. À medida que acompanhava o espraiamento do Império Romano pelo mundo de além fronteiras da Península Itálica, o antigo e tradicional *jus civile*, de cunho religioso e reservado aos *cives romani*, aos poucos se foi adaptando, em função da presença crescente de outros povos, diferentes dos romanos, a novas situações. Ao mesmo tempo em que abrandava seu primitivo rigor conceitual, o *jus civile* passou a conviver com outro corpo de normas jurídicas, o *jus gentium*, composto de normas extremamente plásticas e susceptíveis de abarcar tanto os *cives romani*, quanto os *peregrini* (os estrangeiros). Tal evolução teria seu ponto culminante, no ano 212 da era cristã, com a “Constitutio” do

Imperador Caracala, que estenderia a cidadania romana a todos os habitantes do Império Romano, numa época em que o *jus gentium*, de há muito já havia suplantado o *jus civile*; contudo, *peregrini* continuariam a ser os indivíduos que não tivessem a cidadania romana (ou seja, que não fossem habitantes do Império Romano).

Com o Cristianismo, tal fenômeno seria reafirmado, com a consagração da superação das distinções entre os homens, entre cidadãos e não cidadãos, ou na base de diferenças entre raças ou outras origens nacionais. Relembre-se o mandamento principal que Jesus Cristo impõe a seus seguidores: “amar ao próximo como a si mesmo” (BÍBLIA, N. T. Lucas, 10: 25-27); entendendo-se “o próximo”, como qualquer outra pessoa, independentemente de pertencer ela ao mesmo povo de quem deve exercer aquela virtude do amor. Retomem-se as palavras de São Paulo, na sua Epístola aos Gálatas: “não há pois judeu, nem grego, escravo ou livre, varão ou fêmea, pois sois todos um em Jesus Cristo” (BÍBLIA, N. T. Gálatas, 3: 28).

Embora a unidade do gênero humano tivesse sido proclamada pelo Cristianismo, não serviu tal conceito para impedir as guerras fratricidas contra os denominados “infieis”, nem que se desenvolvesse uma legislação nacional, cada vez mais xenófoba e repleta de preconceitos contra os estrangeiros, mesmo que eles tivessem a mesma religião das pessoas que integravam determinados ordenamentos jurídicos locais. Na verdade, o espírito universalista que se revelava no Cristianismo apenas conseguiu manter-se em algumas grandes instituições medievais nele inspiradas e, sobretudo, naquelas geradas sob a sombra da Igreja Católica, como as Universidades medievais. A idéia fundamental das Universidades medievais ainda persiste nas Universidades modernas, no relativo a seus Professores e alunos, e, por certo, reflete ela o que de mais claro existe em termos de respeito aos direitos humanos: sua comunidade de alunos e Professores deve ser constituída *sem distin-*

ção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (art. II § 1º, Declaração Universal dos Direitos Humanos).

III – A emergência histórica do conceito de nacionalidade

A universalidade do gênero humano, que o Cristianismo pretendia, foi aos poucos cedendo lugar a particularismos e individualismos, à medida que as sociedades se fortaleciam, na Idade Média, em torno a um micro universo de natureza local. Embora não se possa referir ao fenômeno do Estado moderno, no qual aquele particularismo será acentuado, na forma da nacionalidade, na constituição de unidades políticas, no mundo medieval, a idéia de pertencer a um grupo tinha, por contrapartida, a idéia de repelir-se qualquer outro pertencimento⁶ a outro grupo.

Mesmo antes de o conceito nacionalidade ter emergido na história, sempre existiu, em qualquer agrupamento humano, aquele vínculo forte que liga um indivíduo à comunidade, da qual ele se considera parte. O sentimento de pertencer a um grupo, por suas características de forte comprometimento do indivíduo em relação aos outros indivíduos com os quais comunga determinados valores societários, tem assim um duplo efeito: de um lado, fortalecer os laços de coesão entre os membros de uma comunidade, e, de outro, servir de baliza e de separação dos membros dessa comunidade, em relação a outras que lhe são estranhas⁷.

Conforme escrevemos na já citada obra *Curso de Direito Internacional Público*:

A nacionalidade é o vínculo mais antigo da História da Humanidade, que une as pessoas e entre elas e que estabelece as bases para o exercício do poder, por parte de uma autoridade local; é a nacionalidade o conceito de base inerente à configuração de uma unidade política autônoma, a qual

constitui o átomo que compõe as relações internacionais. O conceito de nacionalidade está presente nas antigas civilizações, mesmo antes de o ter ela sido adotada pelo Direito Internacional Público, cuja expressão passou, como temos insistido, a ser associada à emergência do próprio Estado moderno, no Séc. XVI. Deve-se rever o que se considera como “relações internacionais”, para incluir épocas anteriores àquele século, a fim de considerar-se o relacionamento entre células políticas em confronto, como entidades autônomas (portanto, não eram “Estados”), diferenciadas entre elas, exatamente por um traço cultural forte, que hoje denominamos “nacionalidade”, para podermos afirmar que a nacionalidade existia nas antigas civilizações. No Egito antigo, na Babilônia, na Grécia, entre os hebreus, havia o fato de um indivíduo poder ser considerado como parte integrante daqueles povos, da mesma forma, como nos primórdios da civilização romana, em função de sua filiação a um dos membros daqueles povos, tão distintos uns dos outros. No mundo da Helenidade, era considerado “grego”, o filho de um grego e que se distinguiria dos *barbarophonói* (aqueles que falam com a voz rouca), em princípio por “falarem” o idioma grego (“falar” queria dizer muito mais do que exprimir-se em grego, tendo um sentido de “pertencimento” a uma civilização que se auto supunha como superior às demais de seu tempo). No auge do expansionismo romano, as definições de *cives romanus* sofreriam extensões crescentes, mas sempre com uma constante histórica, de que os novos *cives romani*, decorrentes da extensão crescente da cidadania para todos os povos habitantes no Império Romano, passavam sua qualidade pessoal a seus descendentes. Em to-

das essas civilizações antigas, tratava-se da consagração do critério do *jus sanguinis*, determinado por laços familiares, e que serviria para legitimar direitos e deveres de um indivíduo livre, em relação ao seu próprio povo e com os conseqüentes traços de negação de tais direitos e deveres a outros indivíduos que não tivessem sua “nacionalidade” (ou seja, o mesmo sangue). O estrangeiro, assim, era o indivíduo alheio ao grupo social, cercado das maiores hostilidades... (SOARES, 2002a, p. 3114-3115).

Ainda na mesma obra, assim nos expressamos:

No universo da Idade Média, o critério do *jus sanguinis* passará a conviver com outro critério de vinculação dos indivíduos a um determinado ordenamento jurídico autônomo e diferenciado de outros. Aos poucos emerge o conceito de *jus soli*, ligado ao fenômeno do local de nascimento do indivíduo, sem qualquer referência às qualidades de seus progenitores. Conforme anota o Prof. Celso de Albuquerque Mello (2001, p. 932), a predominância, naquele período, do critério do *jus soli*, “tem suas raízes na organização econômica e social do feudalismo medieval. A terra era considerada a maior riqueza e símbolo do poder. Diversas normas e institutos (*jus albini-gi, jus naufragi* etc.) surgiram desta posição em relação à terra. A nacionalidade apenas acompanhou a orientação geral”. Tal fenômeno se reflete na maneira como que, no período medieval, se distinguiam os personagens famosos, pelo local de seu nascimento: os monges São Bento de Núrcia e São Bernardo de Claraval, célebres fundadores de ordens religiosas até hoje atuantes, o monge Guido d’Arezzo, inventor da moderna escrita musical, São Francisco de Assis, o fundador da Ordem dos Frades Menores, e grande

inspirador da moderna concepção ambientalista (de valorização dos animais, como seres advindos do Criador, e, portanto, dignos de um respeito por parte do homem), Santa Rita de Cássia e Santa Teresa de Ávila, famosas religiosas que marcaram sua época, por sua intelectualidade e exemplo de vida pessoal, e Erasmo de Roterdã, célebre humanista holandês, preceptor do Imperador Carlos V da Espanha (MELLO, 2001, p. 315-316).

IV – A determinação da nacionalidade no Estado Moderno e os limites impostos pelo Direito Internacional Público

Nos primórdios da emergência dos Estados modernos, ainda no Séc. XV, a nacionalidade adquire ainda maior importância, tendo em vista que passa a ser o elemento determinante para a submissão de um indivíduo a um ordenamento jurídico, ordenamento esse, a partir de então, circunscrito a um território e dominado por um poder incontestável de um soberano. O conceito de nacionalidade serviria, portanto, de elemento para exigir das pessoas uma submissão total à vontade do governante, em particular naqueles períodos de crise, como as guerras, em que se colocavam em perigo valores nacionais supremos (recorde-se que a formação dos exércitos nacionais é coetânea à emergência dos Estados modernos e que um Estado passaria a ser cada vez mais poderoso, à medida que tivesse à sua disposição um grande contingente militar). Na verdade, a partir da definitiva consagração do Estado como a mais relevante célula política das relações internacionais, nos dias correntes, somente se pode conceituar nacionalidade a partir da formação dos mesmos, que, como vimos, emergiram numa conformação totalitária e de exclusividade do poder centrado na figura única do governante, fenômeno que teve sua consagração nos Tratados de Vestfália de 1648, os quais,

igualmente, consagrariam a regra da territorialidade do ordenamento jurídico nacional, ou seja, a trazida para a esfera de sua regulamentação exclusiva todas as pessoas que se encontravam no seu território (o elemento da territorialidade dos Direitos modernos, em contraposição à personalidade das leis do período medieval).

Questão interessante é saber-se até que ponto a nacionalidade foi ou não um expediente dos Estados absolutistas de conseguirem a mais completa submissão de seus súditos ao seu poder, ou se, antes, foi o poder do Estado que soube aproveitar-se de um elemento forte de unificação entre as pessoas, para delas extrair seu poder. O fato é que, desde a emergência dos Estados modernos, a existência de uma nacionalidade definida tem servido como elemento de afirmação da existência do próprio Estado e dos motivos que justificariam o essencial dos comportamentos dos mesmos. Em primeiro lugar, ao legitimar aquelas pessoas que têm direito de participar, nos ordenamentos jurídicos internos, diretamente na formação da vontade política nacional (direito de votar e serem votadas), às quais são reservados direitos exclusivos; e, em segundo, no que se refere à proteção de indivíduos, nas relações internacionais (o instituto da proteção diplomática, bem como as justificativas para as relações consulares, exercidas em relação a pessoas nacionais que se encontram em territórios de outros Estados e os casos de deveres canalizados aos Estados da nacionalidade das pessoas que se encontram em espaços internacionais comuns). Deve-se acentuar que a nacionalidade teve, por outro lado, o papel de ainda mais unificar e fortalecer a fonte do poder do dirigente único da sociedade dos tempos modernos, uma vez que solapou outros critérios de “pertencimento” a vários ordenamentos jurídicos que existiam, concomitantemente, na Idade Média, em função de a pessoa pertencer a estamentos distintos e com suas normas particulares. Unificada a fonte da legitimidade do ordenamento jurí-

dico dos Estados na pessoa de um dirigente absoluto, nada mais natural que desaparecessem outras fontes de normas jurídicas, ao mesmo tempo em que se fortificava o conceito de nacionalidade, inclusive atribuindo-lhe deveres imperativos, como o dever cívico e inalienável de servir à pessoa do governante, a própria encarnação do Estado, principalmente nos tempos de guerra.

No Direito Internacional Público atual, não se encontra uma definição precisa do que seja nacionalidade. Contudo, pelo menos duas regras importantes se encontram estabelecidas. A primeira diz respeito à total liberdade de os Estados determinarem as regras sobre as pessoas que eles consideram como seus nacionais, seja no momento do nascimento das pessoas (nacionalidade originária, que pode ser definitiva ou dependente de registro e/ou opção), seja num momento posterior (naturalizações, que podem ser voluntárias, por um ato de um indivíduo, *sponte sua*, adquirir a nacionalidade do Estado, ou involuntárias, por um ato legislativo de outro Estado, em determinadas circunstâncias, ou ainda, pelo casamento com um nacional de outro Estado, e, em alguns casos, pelo fato de os naturalizando prestarem um trabalho no território de outro Estado).

No que se refere ao ordenamento jurídico sobre as regras de aquisição da nacionalidade, citem-se a Convenção sobre Nacionalidade, adotada na Haia, em 1930 (no Brasil promulgada pelo Decreto 21.798 de 06/11/1932), que fixou no seu art. 1º a norma de que “cabe a cada Estado determinar, por sua legislação, quais são seus nacionais. Essa legislação será aceita por todos os outros Estados, desde que esteja de acordo com as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios de direito geralmente reconhecidos em matéria de nacionalidade”. Uma análise de Direito Comparado revela que os tipos de legislação dos Estados podem variar, desde normas constitucionais (caso do Brasil), até normas de direito público (como os Códigos de Nacio-

nalidade ou normas específicas nas codificações de Direito Internacional Privado) ou ainda de direito privado, como as leis esparsas contidas nas leis civis, reguladoras do estado das pessoas físicas.

A segunda regra importante sobre a aquisição da nacionalidade diz respeito a que a atribuição da nacionalidade não pode ser resultante do exercício de uma competência discricionária total e injustificada por parte do Estado, mas, antes, deve estar baseada em vínculos efetivos entre o indivíduo e o Estado que lhe atribui a nacionalidade. Neste último particular, havia, na mencionada Convenção sobre Nacionalidade da Haia de 1930, no seu art. 5º, uma norma de que, num terceiro Estado, o indivíduo que possuísse várias nacionalidades poderia ver reconhecida quaisquer delas, podendo aquele Estado, “em seu território, reconhecer exclusivamente, entre as nacionalidades que tal indivíduo possua, tanto a nacionalidade do país, no qual tenha a residência habitual e principal, quanto a nacionalidade do país ao qual, segundo as circunstâncias, ele, de fato, pareça mais ligado”. Essa norma foi, após a Segunda Guerra Mundial, reafirmada, de modo mais taxativo, pela Corte Internacional de Justiça, no julgamento do famoso Caso Nottebohm, efetuado pela Corte Internacional de Justiça, em 06/04/1955: tratava-se de um próspero comerciante de nacionalidade alemã, residente na Guatemala, que teria conseguido naturalizar-se cidadão do Lichtenstein, a fim de colocar-se a salvo das sanções econômicas (nacionalização dos bens) que, durante a Segunda Guerra Mundial, determinados Estados, como aquele da América Central, impuseram aos súditos alemães. Nesse Caso de 1955, que opôs aqueles dois Estados, a CIJ julgou que nenhum Estado poderia reclamar pelo fato de outro Estado ter estendido sua nacionalidade àquelas pessoas, que aquele Estado considera como seus nacionais, mas determinou que *verbis*: “nenhum Estado poderia pretender que as regras por ele assim estabelecidas deveriam ser reco-

nhecidas por outro Estado, a não ser que estejam conformes a uma finalidade geral de fazer concordar o vínculo jurídico da nacionalidade, com a ligação efetiva do indivíduo ao Estado que assume a defesa de seus cidadãos por meio da proteção diplomática frente a outros Estados”. Portanto, a sentença da CIJ em Nottebohm determinou que, para a nacionalidade produzir efeitos no Direito Internacional (pelo menos no que diz respeito à legitimidade da proteção diplomática dos Estados perante outros), é necessário haver um vínculo efetivo entre aquele ato do Estado de outorgar sua nacionalidade e a pessoa que tem o direito de ostentá-la e de pedir a proteção diplomática de seu Estado nacional; tais vínculos podem ser uma residência ou domicílio, ou ainda negócios habituais no país (fatores que, no caso de Nottebohm, eram totalmente ausentes no que se refere ao Lichtenstein).

V – Plurinacionalidade e apatridia: sua regulamentação na atualidade

O fato de os ordenamentos jurídicos nacionais poderem variar no que respeita a critérios adotados para a determinação da nacionalidade, entre o *jus sanguinis* e o *jus soli*, pode ocasionar um duplo fenômeno: a) a atribuição de duas ou mais nacionalidades ao mesmo indivíduo (binacionalidade ou plurinacionalidade, também dita: polinacionalidade) e b) a apatridia, ou seja, a ausência de nacionalidade de uma pessoa física. Ambos os fenômenos decorrem da regra da liberdade de os Estados poderem adotar os critérios que bem entenderem (nos limites colocados pelo Caso Nottebohm e das regras internacionais de proteção aos direitos humanos), e que podem ocasionar vínculos concomitantes ou inexistentes entre os respectivos ordenamentos jurídicos relativamente a um mesmo indivíduo, seja no momento de seu nascimento, seja em épocas posteriores de sua vida.

A binacionalidade e plurinacionalidade resultam, portanto, de situações de atri-

buições legítimas e eficazes de duas ou mais nacionalidades concomitantes a um mesmo indivíduo. Tais situações podem advir de várias hipóteses: a) a ocorrência de vínculos de *jus soli* e de *jus sanguinis* na mesma pessoa, desde que tais vínculos sejam efetivos e decorrentes das condições exigidas pelos respectivos ordenamentos nacionais (a exemplo, no Brasil: uma pessoa nascida no Brasil, descendente de italiano, no grau de parentesco exigido pela lei italiana, e que tenha adimplido as condições exigidas por aquela lei, das quais, uma opção pela nacionalidade italiana, formalizada perante autoridades italianas⁸); b) a extensão, por um ato unilateral de um Estado, de sua nacionalidade a pessoas que não possuam sua nacionalidade originária, como um ato de natureza política (naturalizações coletivas, como foi o caso do Brasil, logo após a Proclamação da República⁹), ou no reconhecimento legal de situações personalíssimas dos indivíduos, como o casamento com uma pessoa nacional daquele Estado (caso de França) ou por outros motivos, como ter exercido um emprego no país (caso da antiga URSS) ou para permitir sua permanência no país (caso do Japão).

A apatridia resulta de concomitância de elementos fatuais, no momento do nascimento de um indivíduo, ou em épocas posteriores de sua vida, de tal maneira que não se verificam os vínculos reconhecidos pelos sistemas jurídicos nacionais, que permitam a atribuição ao mesmo de qualquer nacionalidade. Os fatos conhecidos são: a) perda coletiva ou individual de uma nacionalidade, sem que haja a aquisição de outra nacionalidade (no primeiro caso, as hipóteses de desaparecimento de um Estado, como a Armênia, durante a existência da URSS, ou da cassação na nacionalidade russa aos emigrados do regime soviético, logo após 1917, e, no segundo, a perda de uma nacionalidade, como pena, sem que tenha havido a atribuição de outra nacionalidade ao indivíduo, caso possível no Brasil, na hipótese da perda da nacionalidade brasileira e da não

efetiva aquisição de outra nacionalidade¹⁰) e b) a ocorrência de vínculos concomitantes de *jus soli* e de *jus sanguinis*, no momento do nascimento, aos quais os ordenamentos jurídicos nacionais interessados não conferem eficácia para a atribuição da nacionalidade (um filho de um apátrida, ou de um estrangeiro originário de um país que consagra o *jus soli*, nascido em território de um Estado que somente admita o *jus sanguinis* como critério para a atribuição da sua nacionalidade, hipóteses da maioria dos países europeus¹¹).

O plurinacional é, no Brasil, um brasileiro nato¹² ou, dependendo das circunstâncias, um brasileiro naturalizado (no caso de ter adquirido, por ato voluntário, a nacionalidade brasileira, sem haver perdido sua nacionalidade de origem¹³), portanto, com os deveres inerentes à nacionalidade, e titular dos direitos de cidadania exclusivos concedidos ao brasileiro nato (em particular os direitos de serem eleitos a cargos públicos reservados a tais categorias de brasileiros, como já visto anteriormente) e aqueles concedidos aos naturalizados. Contudo, a plurinacionalidade faz um indivíduo protegido por vários sistemas jurídicos, mas igualmente submetido a deveres cogentes e imperativos próprios do caráter nacional de dois ou mais Estados, dos quais se destaca o serviço militar obrigatório. A questão do serviço militar obrigatório, em relação a dois ou mais países, pode conduzir a situações insolúveis, em tempos de guerra ou de graves convulsões internacionais; das questões mais importantes se destaca aquela de determinar-se a qual forças armadas de uma de suas nacionalidades deve um plurinacional servir, como dever, sob pena de insubmissão e de pesadas sanções (inclusive os gravíssimos crimes de traição à pátria!), em especial, quando se encontram os dois ou mais Estados da sua nacionalidade em confronto declarado. Em tempo de paz, a questão do serviço militar obrigatório dos plurinacionais encontra-se regulamentada pelo Protocolo da Haia de 1932, relativo às obrigações militares em certos casos de dupla

nacionalidade, no Brasil promulgado pelo Decreto 21.798, de 06/09/1932, segundo o qual, um indivíduo com duas nacionalidades, que prestar serviço militar em um dos Estados, fica isento de prestá-lo no outro (regra essa que se encontra repetida na Convenção europeia de 1963 sobre resolução de casos de pluralidade de nacionalidade e sobre a obrigação do serviço militar).

Ainda em tempo de paz, outras situações bizarras podem ocorrer, no relativo a plurinacionais, como os deveres eleitorais (obrigação de voto numa eleição, circunstâncias em que as repartições consulares do Estado que envia poderão estar autorizadas, pelo Estado receptor das mesmas, a recolher as manifestações eleitorais de seus nacionais, nas respectivas sedes e nas condições por aquele exigidas¹⁴), e os direitos à proteção diplomática e à proteção consular (a questão se resumiria a indagar-se até que ponto poderia um brasileiro, que também tem outra nacionalidade, beneficiar-se de proteção de uma Missão diplomática estrangeira ou de uma Repartição consular estrangeira, por fatos a ele relacionados, apreciados pelas autoridades brasileiras ou ocorridos no território nacional!). Neste último particular, é mister citar-se o precedente do Caso Canevaro, julgado em 1912 por um árbitro único (Louis Renault), sob a égide da Corte Permanente de Arbitragem, numa reclamação do Peru contra a Itália, que envolveu aquele cidadão *jure sanguinis* italiano e *jure solis* peruano; o árbitro afirmou que a Itália não poderia endossar uma reclamação de um seu nacional, perante o Peru, país que igualmente poderia fazer o mesmo, em relação à Itália.

A situação mais estranha, quanto aos direitos de um indivíduo, diz respeito à apátrida; na verdade, a situação de ausência de nacionalidade torna o apátrida um indivíduo estrangeiro em qualquer parte do mundo! Tal fato confere ao apátrida uma situação de grandes negativas de direitos, pois não tem ele a possibilidade do exercício da cidadania em nenhum país do mun-

do (não pode votar nem ser votado, em nenhum lugar do mundo), não tem ligações com quaisquer valores nacionais a serem defendidos por ele, em caso de guerra ou de convulsões internacionais (pois sendo estrangeiro, em qualquer parte do mundo, não tem o dever do serviço militar, em nenhum lugar)¹⁵. Por outro lado, inexistem Missão diplomática ou Repartição consular que, sendo ele estrangeiro, em qualquer lugar do mundo, possam vir em socorro a seus direitos. Na verdade, e em princípio, o apátrida não poderia sequer viajar ao exterior (pois não teria sequer qualquer documento de identidade com validade internacional, como um passaporte), caso o Direito Internacional não lhe facultasse um documento de viagem, o que de fato os Estados têm providenciado aos apátridas neles residentes ou domiciliados, como a concessão de um *laissez-passer*, de passaportes amarelos (instituídos pela ONU) ou outro documento de viagem internacional, similares a um passaporte, os quais têm a função de servir de documento de identidade pessoal, em qualquer lugar do mundo.

A regulamentação internacional dos direitos subjetivos dos apátridas, na atualidade, constitui um importante campo da proteção internacional dos Direitos Humanos, e comunga com os mesmos princípios que regem duas outras situações de pessoas estrangeiras, que devem ter seus direitos reconhecidos em qualquer lugar do mundo, como se verá a seguir, neste trabalho. Em tal categoria, em primeiro lugar, estão os asilados (instituto típico latino-americano, em virtude do qual o Estado que concede asilo, territorial ou diplomático, tem o dever de reconhecer aqueles direitos e conferir documentos de viagem internacional aos seus beneficiados) e, em segundo, os refugiados (pessoas que se encontram em outros países e que, por normas internacionais adotadas pela ONU, têm seus direitos subjetivos assegurados).

O regime jurídico internacional dos apátridas recebeu uma especial atenção do

ECOSOC da ONU (relembre-se: o colegiado que tem cuidado dos Direitos Humanos), cuja Resolução A(526), adotada na sua XVII sessão, a 26/04/1954, teria, por consequência, a convocação de duas Conferências de Plenipotenciários, as quais adotaram, a primeira, em 28/07/1954, a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, instrumento minucioso, composto de 42 artigos e Anexo, e a segunda, em 30/08/1961, a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, igualmente ato internacional complexo, composto de 21 artigos¹⁶.

VI – O quadro normativo geral da proteção dos Direitos Humanos na atualidade

A inserção dos Direitos Humanos como um dos mais importantes capítulos do Direito Internacional Público, na atualidade, teve importantes consequências para o regime da proteção dos direitos dos estrangeiros. Como se sabe, o grande passo histórico no progresso dos Direitos Humanos, em quaisquer de suas vertentes, no interior dos ordenamentos jurídicos nacionais, ou nas suas relações externas, segundo o pensamento do grande filósofo italiano Norberto Bobbio (1992, p. 25-47), foi aquele dado em direção à afirmação de sua maior positividade e eficácia¹⁷. Tal momento se realizou, após os trágicos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, com a consagração dos Direitos Humanos, que já se encontravam definidos em normas dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, em normas internacionais muito precisas, ao mesmo tempo em que se adotavam mecanismos, igualmente muito precisos, de verificação de sua adimplência, sob o controle da comunidade dos Estados.

As definições dos direitos humanos se encontram em dois grandes conjuntos de atos solenes internacionais, as Declarações e os tratados multilaterais, atos esses que, por sua vez, podem ser incidentes em dois grandes campos: o campo das relações in-

ternacionais globais, sob a égide da ONU, e o campo dos regionalismos.

As Declarações são instrumentos normativos de extrema importância, que fixam as grandes linhas políticas e jurídicas que os Estados Partes se comprometem a respeitar, conquanto não se tenham revestido da forma de tratados solenes internacionais. Das várias Declarações, duas se destacam: a primeira, no tempo, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), aprovada pela IX Conferência Internacional Interamericana, em Bogotá, sob a égide da Organização dos Estados Americanos, em abril de 1948, que, por poucos meses, antecedeu à famosa Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembléia Geral da ONU, a 1º de dezembro de 1948. Quanto à natureza jurídica de tais Declarações, a Corte Internacional de Justiça, unicamente no relativo à Declaração Universal de 1948, já teve a oportunidade para estatuir que se trata de um costume internacional, portanto, um documento com mais força normativa do que uma *soft law*, esta, uma espécie de ato jurídico de normatividade branda, própria de atos adotados por organizações internacionais, no qual, na atualidade, alguns autores pretendem colocar as duas Declarações.

Quanto aos tratados internacionais multilaterais de resguardo dos direitos humanos, é mister distinguir dois grandes regimes, nos quais eles se inserem: a) o regime das relações globais, dos denominados “direitos humanos *stricto sensu*”, sob a égide da ONU e sob a égide de organismos reconhecidos pelos Estados com poderes de elaborar normas relativas a Direito Humanitário e a Direito dos Refugiados, categorias essas que integram, juntamente com os anteriores, o que denominamos de direitos humanos *lato sensu*, e b) os regimes regionais da Europa, da América Latina (na qual se encontra igualmente regulamentado o Direito do Asilo Político, na sua dupla forma, o asilo diplomático e o asilo territorial), da África e dos Países Árabes. Devemos esclarecer

que consideramos direitos humanos *lato sensu* as normas de proteção, que se encontram definidas, no curso da história, tanto para os tempos de paz, quanto para os tempos de guerra ou de situações excepcionais; sendo assim, “Direitos Humanos *lato sensu*”, a nosso ver, englobam tanto as normas de proteção aos direitos humanos, concebidas, na história, para os tempos de paz, os “direitos humanos *stricto sensu*”, como aquelas outras normas, excepcionais, concebidas para os tempos de guerra ou geradas para regular as situações dos indivíduos, nos momentos de grave perturbação da ordem interna ou internacional (como as normas do Direito Humanitário, os Direitos dos Refugiados e os Direitos decorrentes do Asilo Político, na América Latina).

No regime das relações globais, sob a égide da ONU, de proteção dos direitos humanos *stricto sensu*, destacam-se os dois Pactos das Nações Unidas, negociados sob a égide de sua Assembléia Geral, e assinados ambos no mesmo dia 16 de dezembro de 1966, na sede da ONU, em Nova York, portanto, autênticos tratados multilaterais em devida forma: o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Deve dizer-se que os dois Pactos tiveram uma aceitação imediata dos Estados, tendo em vista que os mesmos entraram em vigor internacional a 23 de maio de 1976, após o 35º Estado haver depositado os instrumentos de ratificação, perante o Secretário Geral das Nações Unidas. No que respeita ao Brasil, o país os assinou, na data de sua adoção, em dezembro de 1966, mas os ratificou após ter havido a redemocratização do país, somente em 23/12/1992, data de sua promulgação conjunta pelo Decreto nº 592 dessa data, e após ter havido a aprovação, pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 226 de 12/12/1991¹⁸.

Citamos, ainda, outros importantes tratados multilaterais, adotados sob a égide da ONU: a Convenção contra a Tortura e Ou-

tros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984 (no Brasil, promulgada pelo Decreto 40 de 15/02/1991); a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989 (promulgação no Brasil pelo Decreto 99.710 de 21/11/1990); a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948 (Decreto de promulgação no Brasil, nº 30.822 de 06/05/1952). Inclua-se, nesse rol, o importantíssimo Tribunal Penal Internacional, sediado na Haia, o qual foi adotado por uma Conferência Diplomática *Ad Hoc* das Nações Unidas, para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, reunida em Roma a 17 de julho de 1998 (no Brasil, o tratado que resultou dessa Conferência, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, encontra-se promulgado pelo Decreto 4.388 de 25/09/2002). Tal corte judiciária internacional já se encontra instalada e com os seus magistrados já empossados, devendo destacar-se entre seus membros, uma eminente brasileira, ao tempo de sua nomeação, integrante do Tribunal Federal Regional da 3ª Região, a ilustre Dra. Sylvia Steiner.

No regime dos direitos humanos *lato sensu*, ao lado daqueles direitos já mencionados, que foram elaborados para ser aplicados em tempos de paz, e que constituem os fundamentos de um Estado democrático, na atualidade, encontramos os direitos que integram o denominado Direito Humanitário, o Direito dos Refugiados e o Direito do Asilo, este último, conforme regulamentado no continente latino-americano, os quais possuem, como nota comum, o fato de terem sido gerados para proteger os direitos humanos, em situações excepcionais, de guerras, conflitos armados, graves perturbações internas, mas que hoje se estendem a quaisquer períodos da vida em sociedade. Serão eles melhor considerados na parte deste trabalho que se segue a esta.

Os mecanismos de verificação da adimplência dos deveres instituídos nos tratados multilaterais de proteção aos direitos humanos são procedimentos diplomáticos

instituídos nos referidos tratados multilaterais, e que representam importantes meios de levar, à opinião pública internacional, as atividades dos Estados violadoras dos respectivos deveres internacionais. De tais mecanismos, sobressai-se a Comissão das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, instituída em 1946, por ocasião da primeira reunião do Conselho Econômico e Social da ONU, (Resolução I-5), com sede em Genebra, composta de representantes diplomáticos dos Estados, numa base de rotatividade de representação geográfica, para reuniões ordinárias anuais, por 40 dias, nos meses de fevereiro e março¹⁹. À sua sombra, reúnem-se outros órgãos colegiados, instituídos em tratados multilaterais, como o Comitê sobre Direitos Cíveis e Políticos, instituído no Pacto da ONU sobre Direitos Cíveis e Políticos de 1966, do qual o Brasil participa, e o Comitê de Direitos Humanos, instituído pelo Protocolo Adicional ao Pacto sobre Direitos Cíveis e Políticos, subscrito igualmente em 1966, mas do qual o Brasil se encontra ausente, por não haver subscrito aquele Protocolo; importa observar que este Protocolo confere, ao referido Comitê, a atribuição de poder receber queixas individuais, contra Estados²⁰, da mesma forma que os Comitês previstos na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (art. 14 § 1º) e a Convenção contra a Tortura (art. 21 § 1º e art. 22 § 2º).

Nos âmbitos regionais das normas de proteção dos direitos humanos, verifica-se, ao lado de um rol de direitos e deveres mais bem definidos que aqueles dos instrumentos multilaterais globais, um evidente maior aperfeiçoamento dos mecanismos de controle de adimplência das suas normas, inclusive, como no caso do Continente europeu; neste último caso, deve destacar-se a existência de uma Corte Européia dos Direitos Humanos, tribunal internacional com sua jurisdição aberta a pedidos de quaisquer pessoas, independentemente de sua nacionalidade, as quais têm direitos de pos-

tular, em nome próprio, reclamações judiciais contra quaisquer Estados, inclusive os de sua própria nacionalidade, domicílio ou residência, reclamações essas por violações dos direitos humanos.

No Continente europeu, logo após a assinatura dos tratados de paz que colocaram um fim à Segunda Guerra Mundial, os países da então denominada Europa Ocidental, já decididos a estabelecer um dos mais complexos instrumentos multilaterais de integração econômica e política regional, e que deveria transformar-se na atual União Européia²¹, assinaram a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, em Roma, a 04/11/1950, e a Carta Social Européia, adotada em Turim, a 18/10/1961, ambas adotadas por iniciativa do Conselho da Europa²². Ressalte-se que tal conjunto normativo seria dotado, já no seu nascedouro, de poderosos instrumentos de verificação da adimplência de suas normas, com a instituição de uma Comissão Européia de Direitos Humanos (organismo composto de representantes dos Estados Partes, porém escolhidos por suas qualidades personalíssimas, na atualidade, extinto²³), e de uma Corte Européia de Direitos Humanos (juízes internacionais independentes), ambos sediados em Estrasburgo. Deve ser igualmente ressaltado, como um fato de extraordinária importância para a proteção internacional dos direitos humanos, que, em data relativamente recente, o sistema normativo europeu sofreria um grande aperfeiçoamento, a partir de 1994, com a adoção do Protocolo 11 e com as posteriores modificações introduzidas pelo Acordo Europeu Relativo a Pessoas que Participam nos Procedimentos da Corte Européia dos Direitos Humanos, firmado em Estrasburgo, a 05 de maio de 1997; nos termos de tais reformas, foi suprimida a Comissão Européia (que tinha a incumbência de, entre outras, examinar e decidir sobre o encaminhamento à Corte Européia das reclamações de indivíduos contra os Estados Partes) e estendeu-

se a competência da Corte Européia dos Direitos Humanos, para o fim de poder receber, diretamente, as reclamações dos indivíduos contra quaisquer Estados Partes (inclusive os das nacionalidades dos reclamantes ou de quaisquer outras nacionalidades). O texto da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, a 04/11/1950, tal qual vigente na atualidade, portanto, com as modificações introduzidas com os mencionados atos internacionais, especialmente o Protocolo 11, encontra-se na Internet, no *site*: www.dhnet.org.br.

Na América Latina, o modelo normativo regional adotado para a proteção dos direitos humanos seria o europeu, de seu início histórico, portanto antes das reformas introduzidas em 1994, com o Protocolo nº 11, e que persiste até os nossos dias. Tendo já adotado, em Bogotá, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, os Estados latino-americanos, a 22/11/1969, assinariam a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica (conhecida como *Pacto de San José*), ao final de uma Conferência Internacional *ad hoc*, realizada sob a égide da Organização dos Estados Americanos (OEA). Consagrou-se a técnica da declaração formal dos direitos protegidos, por meio de um articulado preciso, bem como da instituição de uma duplicidade de órgãos de verificação da adimplência daqueles direitos, ou seja, uma comissão composta de sete pessoas eleitas pela OEA, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos²⁴, sediada em Washington, e de um tribunal internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, composta de sete juizes nacionais dos Estados Membros da OEA, a qual seria, em data posterior, sediada em San José, na Costa Rica²⁵. O Brasil veio a aderir à Convenção Americana de Direitos Humanos somente a 25/09/1992, tendo a mesma sido promulgada no país, pelo Decreto nº 678 de 06/11/1992; na ocasião, o Brasil valeu-se da faculdade

de não reconhecer “como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a Competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção” (art. 62 § 1º do Pacto de San José). Deve notar-se que, a 10 de dezembro de 1998, conforme lhe faculta o mesmo art. 62 do Pacto de San José, após o referendo de aprovação antecipada dada pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo nº 89 de 03/12/1998, o Governo brasileiro passaria nota ao Secretário Geral da OEA, depositário da Convenção de San José, segundo a qual o Brasil daria “reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional”²⁶.

Na África, em janeiro de 1982, seria aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana, reunida em Banjul, no Quênia, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, denominada “Carta de Banjul”, a qual seria formalmente subscrita pelos Chefes de Estado e de Governo dos Estados membros daquela Organização, na XVIII sessão de sua Assembleia, reunida em Nairobi, igualmente no Quênia, a 28/06/1981. Adota ela a técnica da declaração formal dos direitos protegidos (note-se a introdução, no universo dos direitos protegidos, de certos “direitos dos povos”, como a livre disposição de seus recursos naturais, ao desenvolvimento, à paz e à segurança, bem como o direito a um meio ambiente satisfatório), institui a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, composta de 11 membros, com personalidades africanas, eleitas a título pessoal (independentemente de sua nacionalidade), com as funções de verificar a adimplência das obrigações convencionadas, por parte dos Estados Partes, por meio da publicação de relatórios e de notificações endereçadas

aos Estados. No sistema africano de proteção aos direitos humanos, com a vigência internacional regional do Protocolo à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos sobre o Estabelecimento de uma Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Projeto adotado em setembro de 1995, por um Comitê de Peritos reunidos em Cape Town, na África do Sul, e a partir de 1997, em exame pela Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos), passará o mesmo a contar com uma instância jurisdicional, para a verificação do cumprimento dos deveres e obrigações, em nível regional, em coordenação com os poderes da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

Com pesar, deve-se registrar que inexistem qualquer tratado ou convenção de proteção internacional subregional aos direitos humanos, no Continente asiático. As explicações têm variado; desde argumentos de que se trata de uma região onde os aspectos eminentes de direitos das coletividades organizadas na forma de Estados primam sobre os direitos dos indivíduos, até outras mais elaboradas, como uma proteção existente, porém distinta e inusitada, conforme os moldes vigentes nas demais regiões do mundo. A nosso ver, tais justificativas são totalmente inconvincentes e, portanto, incompatíveis com a consciência generalizada na comunidade de todos os Estados da atualidade.

Outra lacuna notável, esperamos que no presente momento seja ela um fato da história passada, refere-se à antiga área de influência da extinta URSS, a qual era justificada pela doutrina então dominante naqueles espaços, por considerarem os então países socialistas a proteção dos direitos humanos, mediante normas internacionais (em particular, os direitos civis e políticos), como aspectos de uma filosofia burguesa, individualista e decadente, própria dos países capitalistas, e que, portanto, aqueles direitos já estariam consagrados nos sistemas das denominadas “democracias populares”. Tais democracias já contemplariam, na sua própria essência, em particular, os di-

reitos econômicos e sociais (e, sendo assim, ao ver daqueles Estados, seria, quando muito, supérflua a existência de tratados ou convenções internacionais globais ou regionais que os declarassem e instituísem mecanismos para sua proteção). Por outro lado, era um posicionamento comum dos países do bloco socialista, sobretudo no auge da Guerra Fria, que os assuntos de direitos humanos constituiriam domínio reservado dos Estados, e que, nos termos do art. 2º, § 7º, da Carta da ONU²⁷, estariam, portanto, excluídos do poder regulatório da ONU e dos tratados multilaterais que sob sua égide fossem adotados. À medida que países do antigo bloco soviético se tornem membros do sistema regional europeu da União Européia (e de modo muito especial, nas Comunidades Européias), e sendo condição essencial para tal filiação um efetivo comprometimento dos Estados com a decisiva proteção dos direitos humanos, nos moldes da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de Roma, de 1950, e da Carta Social Européia de Turim, de 1961, por expresse mandamento do Tratado da União Européia (Maastricht, 1992), reafirmado pelo Tratado de Amsterdam de 1997²⁸, que consagraram a denominada “cláusula democrática”²⁹, é de esperar-se que aquela lacuna no Continente Europeu seja sanada, mesmo porque são extremamente poderosas as sanções previstas para os Estados, sejam os já participantes, sejam os postulantes, que não respeitem as normas européias de proteção aos direitos humanos³⁰.

Os direitos humanos consagrados nos diversos diplomas normativos internacionais, na maioria, constituem uma unidade conceitual, e o fato de eventualmente haver vários atos normativos que lidam com os mesmos direitos somente serve para reforçar sua importância e a busca de mecanismos complementares para sua defesa. Por outro lado, a concomitância de direitos humanos reconhecidos em tratados e convenções internacionais, mundiais e regionais, e

ao mesmo tempo vigentes nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, constitui, de igual forma, uma garantia de sua eficácia, tendo em vista que os ordenamentos jurídicos internos e internacionais devem ser considerados como complementares uns dos outros.

VII – Os Direitos Humanos fundamentais relacionados à proteção dos estrangeiros

Conforme já nos referimos, neste trabalho, as proibições de discriminações entre nacionais e estrangeiros, no referente à aquisição e gozo dos direitos humanos, nem sempre foram expressas nos ordenamentos internos dos Estados. Mesmo em épocas anteriores à segunda metade do Séc. XX, em que, na Europa, os Estados se apresentavam com uma feição democrática, havia um tratamento discriminatório conferido a estrangeiros. Dispositivos constitucionais de tratamento igualitário entre nacionais e estrangeiros eram a exceção, naqueles sistemas jurídicos marcados por um grande chauvinismo decorrente da falta de migrações internas entre os Estados europeus da época.

Nos jovens Estados da América, em particular no Brasil, a tradição sempre fora de considerar-se o estrangeiro em pé de igualdade com os nacionais. No caso do Brasil, tal tendência histórica, presente no Império, fortalecer-se-ia no momento em que, após a abolição da escravatura, então se buscava, na jovem República, substituir a mão-de-obra escrava pelo trabalho assalariado. Nesse particular, houve um enorme incremento da política de imigração e de colonização rural, por parte do Estado brasileiro, que nada mais representava do que os anseios dos proprietários das grandes fazendas de café, pela presença da mão-de-obra assalariada do trabalhador imigrante europeu e japonês.

Essas são as razões pelas quais, dado o silêncio sobre os direitos dos estrangeiros, da Constituição Política do Império do Bra-

sil, de 1824 (em virtude do art. 179, “a inviolabilidade dos direitos políticos e civis” era assegurada aos “cidadãos brasileiros”), a partir da primeira Constituição republicana do Brasil, de 1911 (denominada Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil), passaram todas as Constituições brasileiras a regulamentar, de maneira direta, os direitos de aquisição e perda da nacionalidade brasileira (a primitiva e a derivada), bem como a inscrever, nos respectivos textos, a norma fundamental de que brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil têm a igualdade dos direitos fundamentais assegurados aos brasileiros, conforme todas elas passavam a definir. Foi assim que o art. 72, ementado “Declaração de Direitos”, da primeira Constituição republicana do Brasil, de 1891, estabeleceria, *verbis*: *A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos...* Tais normas seriam repetidas, com variantes nas redações quanto ao arrolamento dos direitos protegidos, nas Constituições de 1934 (art. 113, inscrito no Cap. II ementado *Dos Direitos e das Garantias Individuais*), de 1937 (art. 122, num item denominado *Dos Direitos e Garantias Individuais*), de 1946 (art. 141, no Cap. II ementado *Dos Direitos e das garantias individuais*), na E/C 1/69 (art. 153, no Cap. IV denominado *Dos Direitos e Garantias Individuais*) e, finalmente, na atual Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, no *caput* do art. 5º, que constitui o Cap. I, *Dos Direitos e Deveres Constitucionais e Coletivos*, inscrito no Título II, *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, assim redigido: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes...* Na verdade, o *caput* do referido art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988 deve ser interpretado em conjunto com o § 2º do mesmo art. 5º, assim redigido: “Os di-

reitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Se a distinção entre nacional e estrangeiro pode ter sido importante nos ordenamentos internos dos Estados, conforme já enfatizamos, por razões da política de fortalecimento do Estado autocrático, na atualidade, pela própria natureza dos Direitos Humanos, os quais passaram a ser definidos em normas internacionais, não se poderia imaginar aquela distinção, quando se encara a natureza transnacional e o escopo das normas protetoras da pessoa humana. O próprio conceito de pessoa humana repele quaisquer distinções entre os integrantes de tal categoria de entes, no referente a direitos protegidos. Vale a pena repetir a transcrição inteira do Art. II da Declaração Universal dos Direitos do Homem, anteriormente mencionada no presente trabalho:

Artigo II – 1. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2. Não será tampouco feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Deve observar-se que tais normas dizem respeito a proibições de discriminação entre possíveis classes que se queira instituir entre as pessoas, evidentemente com finalidades discriminatórias, no que respeita a todos os demais direitos definidos e protegidos; entre as possibilidades de discriminações se acha a distinção entre nacionais e

estrangeiros. O fato de estarem tais normas sobre não discriminação em artigos iniciais dos diplomas legais confirma o desiderato dos Estados subscritores dos atos normativos internacionais de, em primeiro lugar, terem eles instituído normas de natureza objetiva, que criam igualdades entre as pessoas, e, em segundo lugar, de terem estabelecido normas procedimentais relacionadas à qualificação dos beneficiários de todas as outras normas de proteção aos direitos humanos. Sendo assim, os vários direitos subjetivos definidos, como o direito à vida, à propriedade, a um trabalho digno, tanto podem ser referidos e destinados aos nacionais de um Estado, quanto aos estrangeiros domiciliados ou nele residentes, ou, ainda, simplesmente dirigidos a indivíduos presentes no seu território ou submetidos à sua jurisdição.

Os tratados solenes multilaterais repetem tais normas da Declaração Universal de 1945, conforme se pode verificar pela redação do art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, assim redigido:

Artigo 2º, § 1º: Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição³¹.

As normas de proibição de discriminação entre nacionais e estrangeiros, quanto à aquisição e gozo dos direitos humanos, têm sua mais acabada expressão nos tratados regionais de proteção aos direitos humanos. Assim se encontram normas expressas na Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (ROMA, 1950 apud TRINDADE, 1991, p. 401), no seu art. 14, que assim dispõe: “O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção devem ser

assegurados sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, o pertencer a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”. Na América Latina, tais normas encontram-se assim redigidas, no Pacto de San José da Costa Rica:

Artigo 1º (Pacto de San José da Costa Rica de 1969) – Obrigação de respeitar os direitos.

1. Os Estados Partes nesta convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Em que pese a repulsa da distinção, nas normas de proteção à pessoa humana, entre as pessoas humanas, com base na origem nacional ou no nascimento, ainda permanecem questões relacionadas aos direitos dos estrangeiros e que necessitam uma definição normativa, no elenco dos próprios direitos humanos protegidos. Neste particular, a nacionalidade, que, desde sempre, era considerada um *status* conferido a um indivíduo, por direito exclusivo do Estado, como se viu, em especial naqueles momentos de agudas crises internacionais, como as guerras, durante as quais era necessário o Estado contar com um exército compulsoriamente formado por seus nacionais, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, passa a nacionalidade a ser considerada como um direito subjetivo do indivíduo. As atribuições compulsórias de nacionalidades, as mudanças maciças e involuntárias de nacionalidades, que eram freqüentes na Europa de antes da constitui-

ção da ONU, pediam uma regulamentação internacional, no sentido de opor-se um direito da pessoa humana a um pretensão direito dos Estados de, discricionariamente, considerar quem bem entendesse como seus nacionais.

Em tal perspectiva, a Declaração Universal dos Direitos do Homem declara no art. Artigo XV, no § 1º, *verbis*: “Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade, e no § 2º, *verbis*: Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade”. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem consagra idêntica norma, no seu Artigo XIX, assim redigido: “Toda pessoa tem direito à nacionalidade que legalmente lhe corresponda, podendo mudá-la, se assim o desejar, pela de qualquer outro país que estiver disposto a concedê-la”.

No que respeita às normas constantes em tratados multilaterais regionais, merece registro o fato de a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950) silenciar a respeito do direito a uma nacionalidade³², da mesma forma que a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Na Convenção Americana dos Direitos do Homem, o famoso Pacto de San José da Costa Rica, constam normas claras sobre o direito da pessoa humana a uma nacionalidade, nos seguintes termos:

Artigo 20 – Direito à nacionalidade.

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.

2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.

3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la.

Merece registro um interessante dispositivo constante da Carta dos Direitos Humanos dos Povos no Mundo Árabe, aprovada em 15/09/1994, pelo Conselho da Liga dos Estados Árabes, na qual consta o art.

36, assim redigido: “Todo cidadão tem direito a uma nacionalidade. Tem direito de trocá-la e mantê-la juntamente com qualquer outra nacionalidade árabe. Tem direito de passar sua nacionalidade a seus filhos sem discriminação a este respeito entre homens e mulheres”³³.

Dois direitos, com íntima relação aos direitos dos estrangeiros, dizem respeito: a) à liberdade de ir e vir, seja entre dois ou mais países, seja no interior do país em que se encontram domiciliados e b) o direito de não serem os estrangeiros expulsos de um país, sem um fundamento jurídico e somente após o devido processo legal. São direitos subjetivos dos estrangeiros, aos quais os textos normativos internacionais multilaterais conferem um tratamento particular.

Assim, na Declaração Universal, há o Artigo XIII, assim redigido: “§ 1º – Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. § 2º – Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar”. Na Declaração Americana, há o artigo Artigo VIII com a seguinte redação: “Toda pessoa tem direito de fixar sua residência no território do Estado de que é nacional, de transitar por ele livremente e de não abandoná-lo senão por sua própria vontade”.

No Pacto *Internacional* das Nações Unidas sobre Direitos Cívicos e Políticos, há os relevantes Art. 12 e Art. 13, assim redigidos:

Artigo 12.

1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência.

2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.

3. Os direitos supracitados não poderão constituir objeto de restrições, a menos que estejam previstas em lei e no intuito de proteger a segurança nacional e a ordem, saúde ou moral públicas, bem como os direitos e liber-

dades das demais pessoas, e que sejam compatíveis com os outros direitos reconhecidos no presente Pacto.

4. Ninguém poderá ser privado arbitrariamente do direito de entrar em seu próprio país.

Artigo 13.

Um estrangeiro que se encontre legalmente no território de um Estado Parte no presente Pacto só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei e, a menos que razões imperativas de segurança nacional a isso se oponham, terá a possibilidade de expor as razões que militem contra sua expulsão e de ter seu caso reexaminado pelas autoridades competentes, ou por uma ou várias pessoas especialmente designadas pelas referidas autoridades, e de fazer-se representar com esse objetivo.

Na Convenção Européia sobre Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, nada consta quanto ao direito dos estrangeiros de fixar residência, de não serem expulsos ou de seu direito subjetivo de ir e vir. Contudo, o tema é versado, de maneira transversal, na Carta Social Européia, adotada em Turim, a 18 de dezembro de 1961, § 18 e § 19 da Parte I e o art. 19, ementado: “Direito dos trabalhadores migrantes e das suas famílias à proteção e à assistência”³⁴.

Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), há um particular artigo destinado a regular o direito de circulação, de nacionais e de estrangeiros, e o direito de fixar residência. Trata-se do Art. 22, assim redigido:

Artigo 22 – Direito de circulação e de residência.

1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais.

2. Toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio.

3. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público.

5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional nem ser privado do direito de nele entrar.

6. O estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte nesta Convenção só poderá dele ser expulso em cumprimento de decisão adotada de acordo com a lei.

7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com as convenções internacionais.

8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.

Na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, encontram-se dispositivos assemelhados aos do art. 22 do Pacto de San Jose da Costa Rica, acima transcrito, com a seguinte redação:

Artigo 12.

1. Toda pessoa tem direito de circular livremente e de escolher a sua

residência no interior de um Estado, sob reserva de se conformar às regras prescritas na lei.

2. Toda pessoa tem direito de sair de qualquer país, incluindo o seu, e de regressar ao seu país. Este direito só pode ser objeto de restrições previstas na lei, necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moralidade públicas.

3. Toda pessoa tem direito, em caso de perseguição, de buscar e de obter asilo em território estrangeiro, em conformidade com a lei de cada país e as convenções internacionais.

4. O estrangeiro legalmente admitido no território de um Estado Parte na presente Carta só poderá ser expulso em virtude de uma decisão conforme com a lei.

5. A expulsão coletiva de estrangeiros é proibida. A expulsão coletiva é aquela que visa globalmente grupos nacionais, raciais, étnicos ou religiosos.

Claro está que muitos desses direitos que aparentemente se referem aos estrangeiros podem também ser referidos aos nacionais dos Estados, como o direito de ir e vir e de fixar residência no território dos Estados. Contudo, há situações críticas, em determinados países e em certas ocasiões (em particular, naquelas de grande alterações da ordem jurídica interna, como golpes de estado ou revoluções), em que, mesmo os nacionais de um Estado, não gozam de qualquer proteção de seus direitos humanos, e passam a ser tratados com o mesmo grau de desrespeito que os estrangeiros.

VIII – As três novas vertentes do Direito dos Estrangeiros: o Direito de Asilo, o Direito dos Refugiados e o Direito Humanitário

Com a elevação do nível normativo dos Direitos Humanos a um patamar de normas internacionais, o que lhes conferiu uma pertinência a valores universais e lhe marcou

como um campo de responsabilidade de toda comunidade internacional, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, institutos que existiam no Direito Internacional Público ganharam uma renovada expressão. Daqueles que mais diretamente dizem respeito aos direitos humanos dos estrangeiros, destacam-se: o instituto do asilo político (na sua dupla versão, do asilo diplomático e do asilo territorial), o instituto do refugiado e, enfim, os novos conteúdos que foram atribuídos ao Direito Humanitário, na sua origem histórica, concebido para a proteção da pessoa humana em tempos de guerra.

O instituto do asilo político é antigo, reportando-se a tempos da Grécia clássica, em que havia lugares consagrados aos deuses ou ao culto das divindades, que podiam abrigar pessoas perseguidas pelas autoridades ou pela população, desde que neles entrassem. Foi praticado na Idade Média, em conventos, cemitérios, lugares que, por sua dedicação a Deus ou a santos, recebiam o maior respeito das autoridades leigas, inclusive quanto à sua sacralidade. A inviolabilidade de determinados locais foi, com o nascimento do Estado moderno, atribuída a locais dedicados às missões diplomáticas ou com outras atribuições, nos quais um Estado estrangeiro pudesse exercer suas funções num outro Estado (como os acampamentos militares autorizados a serem localizados no território de um outro Estado, navios militares, em águas territoriais de outros Estados, e, na atualidade, aeronaves militares).

Trata-se de uma situação de conturbação local, em um país, e que apresenta grande perigo para a pessoa, que se acha perseguida, por motivos políticos, em seu próprio país, a qual busca asilo, de duas maneiras: a) ao entrar no território de outro Estado (entrada urgente e irregular, sem qualquer visto de entrada ou mesmo sem a permissão das autoridades locais), diferente daquele onde se encontra ou b) ao entrar nos locais protegidos pelo Direito Internacional, como

as missões diplomáticas estrangeiras, os navios militares, aeronaves militares ou acampamentos militares de outros Estados, autorizados a estacionarem no território do Estado (o asilo será concedido pelas autoridades estrangeiras encarregadas de tais locais: o Chefe da Missão diplomática, os comandantes militares dos navios, aeronaves ou acampamentos militares).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, bem descreve o instituto do asilo, nos seguintes termos:

Artigo XIV – 1. Toda pessoa vítima de perseguição tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.

2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, repete tais normas, no seu Artigo XXVII, assim redigido: “Toda pessoa tem o direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição que não seja motivada por delitos de direito comum, e de acordo com a legislação de cada país e com as convenções internacionais”.

Deve dizer-se que nem os dois Pactos da ONU, nem a Convenção Européia incorporaram tais normas. Unicamente o Pacto de San José da Costa Rica (no art. 22, § 7º anteriormente transcrito) e a Carta Africana dos Direitos dos Povos (Art. 12 § 3º)³⁵ consagram o instituto.

Bem antes de o instituto do asilo político ter sido consagrado nos textos internacionais multilaterais, teve ele um grande desenvolvimento entre os países da América Latina, onde se aperfeiçoou, por usos e costumes. No correr do Séc. XX, foi consagrado em quatro convenções multilaterais regionais, das quais as mais modernas são as duas assinadas em Caracas em março de 1954 que representam sensíveis melhoras

das anteriores³⁶: a “Convenção sobre Asilo Diplomático” e a “Convenção sobre Asilo Territorial”. Assinadas por todos Estados latino-americanos membros da OEA, portanto, com exceção dos países anglófonos³⁷, e ratificadas pela maioria dos signatários³⁸, as duas Convenções de Caracas podem caracterizar-se como a expressão de um Direito Internacional Público Sub-Regional na América Latina, vigente entre os países latino-americanos do Continente americano.

Os grandes traços do instituto do asilo diplomático, conforme sua regulamentação pela citada Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954³⁹, podem assim ser descritos: a) o asilo diplomático é concedido a pessoas perseguidas por motivos ou delitos políticos (portanto, evitando-se as discussões sobre a necessidade de haver qualquer procedimento administrativo ou judicial contra os asilados); b) o direito de concessão do asilo pertence ao Estado, que não se acha obrigado a concedê-lo, nem a declarar por que o nega; c) não se concede asilo diplomático a pessoas acusadas, processadas ou condenadas por delitos comuns; d) compete ao Estado asilante qualificar a natureza do delito ou dos motivos da perseguição; e) o asilo diplomático pressupõe casos de urgência e pelo tempo estritamente indispensável a que o asilado deixe o país, com as garantias acordadas pelo Estado territorial, cabendo ao Estado asilante tipificar o que seja urgência; f) o Estado territorial pode a qualquer momento exigir que o asilado seja retirado do país, para o que deverá conceder um salvo-conduto e as garantias necessárias para tanto (art. XI da Convenção de Caracas de 1954); g) “concedido o salvo-conduto, o Estado asilante poderá pedir a saída do asilado para o território estrangeiro, sendo o Estado territorial obrigado a conceder, imediatamente, salvo caso de força maior, as garantias necessárias” (art. XII, id); h) os asilados não poderão ser desembarcados em ponto algum do Estado territorial, em lugar que dele esteja próximo, salvo por necessidade de transporte;

i) o Estado asilante não é obrigado a conceder permanência a um asilado, mas não o poderá mandar de volta a seu país de origem, salvo por vontade expressa do asilado: j) enfim, o asilo diplomático não estará sujeito à reciprocidade, e qualquer pessoa, seja qual for sua nacionalidade, pode estar sob sua proteção (art. XX, id., no qual, contudo, nada diz a respeito dos apátridas).

Os grandes traços do asilo territorial, nos termos da Convenção de Caracas sobre Asilo Territorial de 1954, são os seguintes: a) nenhum Estado é obrigado a entregar a outro Estado ou a expulsar de seu território pessoas perseguidas por motivos ou delitos políticos (art. III); b) “a extradição não se aplica, quando se trate de pessoas que, segundo a classificação do Estado suplicado, sejam perseguidas por delitos políticos ou delitos comuns, cometidos com fins políticos, nem quando a extradição for solicitada obedecendo a motivos predominantemente políticos” (art. IV); c) o Estado não se encontra obrigado a estabelecer distinções entre os estrangeiros, para discriminar os asilados, na sua legislação interna, nem a atender a pedidos de outro Estado, a adotar medidas excepcionais contra asilados, por motivos de opinião contrária àquele ou na sua liberdade de reunião; d) no caso de haver um pedido de internamento ou de vigilância de asilados que se encontrem no território do Estado asilante, feito pelo Estado de onde procedeu o asilado, o internamento deverá ser feito a uma distância prudente das fronteiras, e as despesas ocorridas deverão ser suportadas pelo Estado que o solicitar (art. IX e seus §§).

O asilo diplomático persiste sendo um instituto tipicamente latino-americano, embora tenha havido casos históricos isolados, em outras partes do mundo, como foi o de os EUA terem concedido asilo diplomático a dois eminentes Cardeais da Igreja Católica, Cardeal Mindszenti e Cardeal Wichinky, respectivamente, em suas missões diplomáticas em Budapeste e em Varsóvia, ao tempo da Guerra Fria e da intervenção armada da

então URSS. Tais pessoas, no entanto, foram conservadas praticamente como prisioneiras das missões diplomáticas, por longos anos, à vista da recusa de concessão de salvo-conduto por parte das autoridades locais.

Quanto ao asilo territorial, tendo em vista as citadas normas da Declaração Universal dos Direitos do Homem sobre asilo, os Estados, por intermédio da ONU, debruçaram-se sobre o assunto, numa tentativa de elaborar normas internacionais globais a respeito. Assim sendo, a 14/12/1967, a XXII Assembleia Geral da ONU adotaria, por unanimidade, a Resolução 2.314, denominada “Declaração sobre Asilo Territorial” (TRINDADE, 1991, p. 276-278), que, no seu preâmbulo, após recordar os já mencionados art. 13 § 1º e art. 14 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e expressamente reconhecer que “a concessão de asilo por um Estado a pessoas que tenham direito de invocar o artigo 14 da Declaração Universal... é um ato pacífico e humanitário e que, como tal, não pode ser considerado inamistoso por nenhum outro Estado”, recomenda que, “sem prejuízo dos instrumentos existentes sobre o asilo e o estatuto dos refugiados e apátridas, os Estados se inspirem, em sua prática relativa ao asilo territorial”⁴⁰.

No Brasil, as normas sobre entrada e permanência no território nacional de asilados, que são estrangeiros, regem-se pelo denominado “Estatuto dos Estrangeiros” (Lei nº 6.815 de 19/08/1980, com as alterações da Lei nº 6.964 de 09/12/81 e um sem número de outros atos normativos como o Regulamento expedido pelo Decreto nº 86.715 de 10/12/1981 e outras normas da legislação complementar ou correlata)⁴¹. No Título III, integrado por dois únicos artigos, 28 e 29, o Estatuto dos Estrangeiros regula a condição do asilado, que a Lei denomina “asilado político” e que a doutrina e práticas nacionais têm considerado como referente tanto ao estrangeiro beneficiado pelo asilo territorial (entrada pelas fronteiras ter-

restres ou marítimas, sem quaisquer documentos autorizatórios do Governo brasileiro, com a expectativa de beneficiar-se da proteção das normas internacionais e conseguir a condição de asilado, a ser definida quando a pessoa já se encontra no território nacional), quanto pelo asilo diplomático (entrada em portos ou aeroportos internacionais brasileiros, de posse de um salvo-conduto concedido pelo Governo brasileiro quando o asilado se encontrava em lugares no exterior susceptíveis de abrigar um postulante a asilo, na condição de asilado já reconhecida pelo mesmo). As regras gerais são de que, ao asilado político, apliquem-se as normas brasileiras relativas aos estrangeiros, bem como as que lhe impõe o Direito Internacional ou as que o Governo brasileiro lhe fixar (a ex.: fixação de residência em determinados locais, no Brasil, em geral, longe das fronteiras do Estado de sua nacionalidade ou residência, ao tempo anterior da concessão do asilo, cf. art. 28 do Estatuto do Estrangeiro). O art. 29 impõe ao asilado político o dever de somente sair do território nacional com a prévia autorização do Governo brasileiro, sob pena de considerar-se renúncia ao asilo, o que impedirá o reingresso, naquela condição (art. 29 e seu parágrafo único, do Estatuto do Estrangeiro).

É necessário enfatizar que, mesmo tendo havido somente na Constituição Federal de 1988⁴² normas sobre o asilo político, nos seguintes termos: “a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: ... X – concessão de asilo político”, e que tais preceitos constitucionais eram inexistentes nas Constituições anteriores, o País, desde sempre, reconheceu, respeitou e aplicou, incontáveis vezes, os princípios relativos à proteção dos asilados no território nacional, seja aqueles que solicitaram e obtiveram asilo, já dentro do território nacional, seja aqueles que estavam asilados em missões diplomáticas brasileiras no exterior, ou outros lugares no exterior susceptíveis de oferecer asilo e que foram encaminhados ao citado terri-

tório nacional. Por outro lado, em momentos de golpes de Estado, de revoluções ou de sublevações internas graves, o Governo brasileiro concedeu salvo-condutos a brasileiros asilados em missões diplomáticas sediadas no Rio de Janeiro, então Capital Federal do País, e, na hipótese de asilo territorial concedido a brasileiros no exterior, respeitou as regras internacionais, pois não rompeu com as relações diplomáticas com os países asilantes, da mesma forma que, se não teve a prudência de abster-se de solicitar extradição, soube dar às justas negativas de concessão de extradição ou de entrega dos asilados as devidas proporções.

O refúgio, que por vezes, em evidente e desnecessária confusão conceitual, tem sido confundido com o instituto do asilo político, sendo que obras doutrinárias fazem mesmo a errônea sinonímia entre asilado e refugiado, é um instituto regulado por normas multilaterais globais (e não regionais, como no caso do asilo político), editadas sob a égide da ONU, e, portanto, submetidas a um regime de verificação de sua adimplência, por um órgão internacional, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, o ACNUR, com sede em Genebra.

A proteção dos refugiados é um tema relativamente novo, no Direito Internacional, pois, embora a situação calamitosa de grande número de pessoas ficasse, ao final das guerras, em todos os tempos, num estado de extrema penúria, algumas deportadas e perseguidas, outras desabrigadas e vítimas de epidemias e de fome, outras ainda desprovidas de uma nacionalidade ou com brutais mutações de sua nacionalidade (decorrentes de anexações territoriais), foi somente ao final da Primeira Guerra Mundial, dadas as proporções alarmantes do número de pessoas envolvidas, que o fenômeno receberia a atenção dos Estados. Em 1919, os Estados já constataavam a lacuna existente. No relativo a tais pessoas deslocadas, pois tanto das incipientes normas do Direito Humanitário (Cruz Vermelha), naquele período histórico, quanto daquelas do Direito

da Haia relativas a prisioneiros de guerra ou à proteção de não combatentes, não contemplavam aquelas situações. Por tais razões, os Estados encarregaram a Sociedade das Nações de disciplinar e tentar resolver o assunto, no imediato pós-guerra, dados os agudos problemas na Europa⁴³.

De uma relevante experiência assistencial no Entre-Guerras, como rescaldo da Primeira Guerra Mundial e dos problemas resultantes da Revolução Bolchevista na Rússia e da instalação do III Reich na Alemanha, bem como a situação verdadeiramente catastrófica das pessoas deslocadas que a Segunda Guerra Mundial deixou na Europa⁴⁴, todos os anteriores esforços empreendidos sob a égide a ONU⁴⁵ resultariam na instituição, pela Assembléia Geral da ONU, de um órgão sediado em Genebra, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, o ACNUR. Deve notar-se que o ACNUR foi a instituição que sobrou de todos os esforços dos Estados então integrantes do denominado Bloco Ocidental, na constituição de uma organização especializada das Nações Unidas, esforços esses fracassados devido à oposição do Bloco socialista, para cujos Estados a questão dos refugiados era uma daquelas que se inseriam no denominado “domínio reservado dos Estados”, numa retórica própria do auge da Guerra Fria.

Por decisiva influência do ACNUR e sob seu patrocínio, a 26 de julho de 1951, numa conferência diplomática multilateral reunida em Genebra, os Estados adotaram um projeto então apresentado pelo referido ACNUR, que se transformaria na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, considerada a Magna Carta dos refugiados. Um dos mais importantes elementos dessa Convenção reside no fato de caracterizar-se como um documento normativo multilateral, que não só tipifica o *status* de refugiado e institui seus direitos subjetivos, por meio de um arrolamento dos mesmos, mas também institui obrigações aos Estados Partes de respeitarem tal *status*, com o esclarecimen-

to dos deveres de os Estados Partes internacionalizarem, nos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais, as normas protetoras assim definidas. Deve ser ressaltado que aquele tratado multilateral centraliza, num único órgão da ONU, o Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados, juntamente com seus auxiliares, as tarefas concernentes à implementação e à aplicação eficaz das normas internacionais específicas⁴⁶. No Brasil, a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados foi promulgada pelo Decreto 50.215 de 28/01/1961.

Deve ressaltar-se que a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados somente compreendia “acontecimentos antes de 1º de janeiro de 1951”, portanto, ocorridos na Europa e ligados aos fatos da Segunda Guerra Mundial e aos rescaldos da Primeira Guerra Mundial. Logo os Estados sentiram a urgente necessidade de modernizar os dispositivos sobre proteção dos refugiados, alargando-se a vigência temporal das normas protetoras, e, sobretudo, sua abrangência espacial, para poder compreender fenômenos de deslocamentos individuais e maciços de grandes contingentes populacionais, ainda na Europa (não só as imigrações maciças das antigas colônias africanas em direção aos países das antigas metrópoles, bem como os movimentos migratórios internos com o esfacelamento do Bloco Socialista), na Ásia, na América Latina (acontecimentos relacionados a migrações de países da América Central em direção ao México) e, em particular, na África (as guerras civis intermitentes, com os constantes massacres de inteiras etnias). Foi assim que os Estados Partes daquela Convenção, em 31 de janeiro de 1967, na sede da ONU, em Nova York, assinariam o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (no Brasil, promulgado pelo Decreto 70.946 de 07/08/1972)⁴⁷, cujo dispositivo principal foi ter considerado a definição de refugiado, constante naquela Convenção, sem a constância das referências aos acontecimentos anteriores a 1º de janeiro de 1951.

A definição de refugiado, nas normas internacionais da atualidade, é a seguinte: “qualquer pessoa... que... temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tenha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele” (art. 1º Seção A § 2º da Convenção, com a redação dada pelo Protocolo de 67). No Brasil, mesmo estando vigentes como direito interno os dispositivos da Convenção e do Protocolo, foi editada a Lei 9.474 de 22 de julho de 1997 (ANDRADE, 1996b, p. 7-12), que *define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e determina outras providências*, na qual a definição da Convenção de 1951 foi transcrita, conforme as opções possíveis que aquela Convenção permite e que foram eleitas pelo legislador brasileiro, nos seguintes termos:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

[III – devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país].

Deve notar-se que o inciso III, do artigo transcrito, entre colchetes e em itálico, contém normas que inexistem na Convenção de

1951 e seu Protocolo de 1967, tendo sido introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de compatibilizar seus dispositivos, no tema da proteção dos refugiados, com os princípios da Declaração de Cartagena de 22 de novembro de 1984, que tornou as normas da ONU mais apropriadas a situações na América Latina⁴⁸.

Como já acentuamos, no ordenamento jurídico nacional do Brasil, mesmo após ter havido uma internalização das normas do Estatuto dos Refugiados, conforme estabelecidas pela Convenção de 1951 e seu Protocolo de 1967, foi, como se disse, editada a referida Lei 9.474 de 22 de julho de 1997 (ANDRADE, 1997, p. 149-164), que “define mecanismos para a implementação do Estatuto do Refugiado de 1951, e determina outras providências”, inclusive com as normas e a filosofia da Declaração de Cartagena. Essa Lei concede ao refugiado os direitos e deveres específicos, diferenciados daqueles que, no ordenamento jurídico nacional, são conferidos e exigidos dos estrangeiros, inclusive dos asilados, tendo em vista a remissão expressa à Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e ao seu Protocolo de 1967 (o que implica a introdução, no sistema jurídico interno do Brasil, daqueles tratamentos diferenciados instituídos pelas normas internacionais, em relação aos direitos e deveres conferidos e exigidos dos estrangeiros em geral) e reproduz as normas relacionadas à entrada, pedido de refúgio, proibições ao rechaço⁴⁹, à deportação e à expulsão.

Uma notável novidade da Lei brasileira reside no fato de que ela regula um assunto que não consta na Convenção sobre o Estatuto dos Asilados e no Protocolo de 1967: a questão da extradição dos refugiados. As normas encontram-se em três artigos, do seu Título V, “Dos Efeitos do Estatuto de Refugiados sobre a Extradição e a Expulsão”: a) no art. 33, manda sustar qualquer pedido de extradição formulado em relação a um refugiado, e que tenha por base os fatos que fundamentaram a concessão de refúgio; b)

no art. 34, determina que a solicitação de refúgio suspenderá, até decisão definitiva, qualquer processo de extradição pendente, em fase administrativa ou judicial, baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio; e c) no art. 35, determina que, para os efeitos dos artigos 33 e 34, qualquer solicitação de reconhecimento como refugiado deverá ser comunicada ao órgão onde tramitar o processo de extradição.

Deve notar-se o extremo cuidado com que o sistema jurídico brasileiro tem regulamentado o instituto do refugiado. Ademais de haver transformado as normas internacionais em dispositivos do ordenamento jurídico interno do Brasil, segundo as suas necessidades e potencialidades, foi instituído, no âmbito do Ministério da Justiça, como órgão de deliberação coletiva, o Conselho Nacional para os Refugiados, CONARE, integrado por representantes dos Ministérios da Justiça, das Relações Exteriores, do Trabalho, da Saúde, da Educação e Desportos, do Departamento da Polícia Federal, de uma ONG que se dedique a atividades de assistência e proteção dos refugiados no Brasil (a presente, a CARITAS, entidade brasileira, representada pela Caritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro e a de São Paulo) e, enfim, como convidado, o ACNUR, com direito a voz mas sem voto. Mister referir-se, igualmente, à ativa participação da OAB, por suas Seções de São Paulo e do Rio de Janeiro, que, por um “Convênio sobre Assistência Jurídica e Entrevistas a Refugiados e Solicitantes de Refúgio”⁵⁰, celebrado com o ACNUR (treinamento, assistência em questões técnicas e informações sobre a situação em outros países) e a CARITAS (recursos financeiros e assistência moral e religiosa às pessoas), participa, em entrevistas com postulantes a refugiados, as questões da admissibilidade de conceder-se o estatuto aos mesmos, com a emissão de um Parecer, a ser aprovado pelo CONARE.

Enfim, é mister enfatizar as fundamentais diferenças que existem entre de um lado, o instituto do asilo político, conforme regu-

lado nos usos e costumes regionais da América Latina, nas convenções multilaterais regionais vigentes nos países latino-americanos e na Resolução 2.314, da AG da ONU, denominada *Declaração sobre Asilo Territorial*, e de outro, o instituto do refúgio, conforme regulado na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e no seu Protocolo de 1967, de cuja aplicação se encontra encarregado um órgão da ONU, o ACNUR⁵¹. Preliminarmente, é necessário dizer que as convenções multilaterais regionais sobre asilo político têm uma vigência parcial, mesmo entre os Estados Latino-americanos, ao passo que a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1976 relativos ao Estatuto dos Refugiados, além de serem convenções mundiais, têm maior aceitação entre os Estados Latino-Americanos, tendo em vista que somente Cuba e México não os assinaram. Dito isso, os principais traços característicos do instituto do refúgio internacional são: a) os Estados Partes, naqueles instrumentos internacionais, não têm a discricionariedade de conceder ou não o refúgio: dadas as condições objetivas para sua concessão, terão o dever de proceder afirmativamente; b) o controle da aplicação das normas convencionais sobre refúgio depende de órgãos internacionais, ficando, portanto, a responsabilidade dos Estados por inadimplência de seus deveres, no regime de violação de normas específicas, sob controle de órgãos internacionais multilaterais; c) os motivos para a concessão de refúgio não são as simples perseguições por motivos políticos, mas ainda outras, por motivos de raça, grupo social, religião; d) há deveres precisos de os Estados Partes concederem aos refugiados documentos de identidade e de viagem, e, no caso brasileiro, proibições expressas de deportação aos postulantes e casos particulares de proibições de expulsão e de extradição aos refugiados, e d) por tratar-se de um instituto regulamentado sob a égide da ONU, as normas que regem o refúgio têm salvaguardas de denegação de refúgio a pessoas que tenham cometido um crime con-

tra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, no sentido dos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes, bem como proibições de conceder refúgio a pessoas culpadas de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas. As discussões sobre tratar-se de crime de direito comum ou de um crime político, que são centrais nas convenções sobre asilo, uma vez que determinantes da concessão de asilo político a pessoas perseguidas em seus países de origem ou residência permanente, são irrelevantes na questão do Estatuto dos Refugiados, em que às motivações políticas para a perseguição, e mais ainda, para a insustentabilidade de uma pessoa permanecer em seu país de origem ou residência permanente, somam-se questões relacionadas a motivos religiosos, de pertencimento a determinados grupos sociais.

Tal exercício de comparação entre os institutos do asilo político e do refugiado, sem dúvida, serve de apoio às considerações científicas sobre as diferenças fundamentais entre ambos. Mas, igualmente, serve para afastar os argumentos daqueles autores brasileiros que sustentam que a proteção dos asilados, no ordenamento jurídico nacional, tem sua base constitucional no inciso X do art. 4º da Constituição Federal de 1988, recorde-se: “A República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelos seguintes princípios:... X-concessão de asilo político”. A nosso ver, esse dispositivo serve, como se pode deduzir de seu enunciado, unicamente ao asilo político, o que não significa que o instituto do refúgio não tenha uma base constitucional! Tem, sim: no mesmo art. 4º, porém no inciso “II – prevalência dos direitos humanos” e no inciso “IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”!

Enfim, qualquer estudo, nos dias atuais, sobre a proteção dos direitos dos estrangeiros, na ótica dos direitos humanos, não poderia deixar de referir-se às novas dimensões do Direito Humanitário, que, de um corpo de normas jurídicas destinado à pro-

teção da pessoa humana em tempos de guerra, passaram a ter aplicação, em determinadas situações, em tempos de paz.

O Direito Humanitário Internacional, na sua origem, destinava-se a regulamentar, entre outros temas, a sorte dos prisioneiros de guerra; era ele constituído de tratados e convenções internacionais multilaterais, adotados sob a égide do Comitê Internacional da Cruz Vermelha Internacional, entidade suíça, com sede em Genebra, cuja supervisão era deixada à competência dos Estados e das entidades nacionais da citada Cruz Vermelha. É o que se denomina “Direito de Genebra”, que não se confunde com o assim dito “Direito da Haia”, o conjunto de normas adotadas nas duas famosas Conferências da Paz, realizadas em 1899 e 1907, naquela cidade holandesa. O “Direito da Haia” compreende as 3 e 13 convenções multilaterais⁵², adotadas, respectivamente em 1899 e 1907, sobre o *jus ad bellum*, ou seja, as normas internacionais que regulam tanto o direito de ir à guerra e o direito de prevenção da guerra, quanto o *jus in bello*⁵³, ou seja, as normas internacionais sobre a condução das hostilidades, nos dois tipos de guerras, então existentes, a guerra terrestre e a guerra marítima (hoje complementado com normas sobre a guerra aérea e sobre o desarmamento), bem como o regime da neutralidade. Para completar o sistema jurídico das normas sobre tais campos do *jus in bello* e do *jus ad bellum*, é mister referir-se a um “Direito de Nova York”, que diz respeito às normas sobre definição de agressão, combate ao terrorismo, desarmamento e todas outras que têm sido elaboradas sob a égide da Assembléia Geral das Nações Unidas e do seu Conselho Econômico e Social, claro está, sediados em Nova York.

Na verdade, uma análise comparativa entre as normas do “direito da Haia” (perfeitamente identificado como um “direito dos meios e métodos de combate”) com o “direito de Genebra” confere a este último a característica de um “direito de proteção das vítimas”. Contudo, como bem observou um

estudioso do assunto, é mister notar-se que “a quase totalidade das disposições das antigas Convenções da Haia, relativas a condução das hostilidades, se incorporaram ao Direito de Genebra, mediante adaptação e modernização, e se encontram agora incluídas no Protocolo I de 1977 [à Convenção de Genebra de 1949] relativo aos conflitos armados internacionais” (PEYTRIGNET, 1996, p. 128).

As fontes normativas do Direito Humanitário Internacional, (“direito de Genebra”) são:

a) as 4 Convenções adotadas a 12/08/1949, ao final de uma conferência internacional de representantes de Estados, realizada em Genebra, por convocação do Governo suíço e por proposta do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, o qual foi o responsável pelos respectivos projetos: (I), para a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha; (II), para a Melhoria da Sorte dos Feridos, Enfermos e Náufragos das Forças Armadas no Mar; (III), Relativa à Proteção dos Prisioneiros de Guerra; (IV), Relativa à Proteção dos Civis em Tempo de Guerra. Essas Convenções foram subscritas pelo Brasil, que as promulgou pelo Decreto nº 42.121 de 21/08/1957; e

b) os 2 Protocolos adotados a 08/06/1977, igualmente em Genebra, ao final da Conferência Diplomática sobre Reafirmação de Desenvolvimento do Direito Humanitário, Aplicável nos Conflitos Armados, convocada, igualmente, pelo Governo suíço, sob o impulso do CICV: o Protocolo I, relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais e o Protocolo II, relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Não-Internacionais. Ambos foram subscritos pelo Brasil, que os promulgou pelo Decreto nº 849 de 25/06/1993.

Conquanto resultantes de projetos elaborados por uma entidade de um Governo

de um Estado, a Suíça, ou seja, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, as 4 Convenções de Genebra de 1949 e os 2 Protocolos de 1977 foram subscritos por considerável maioria dos Estados da atualidade, e imediatamente entraram em vigor internacional⁵⁴. Deve destacar-se que os dois Protocolos de 1977 foram decorrência dos frequentes conflitos internacionais regionalizados, no imediato segundo Pós-Guerra, e que exigiam uma regulamentação que compreendesse fenômenos que fugiam à tipicidade das guerras tradicionais, como as guerras de libertação nacional, as guerras de descolonização e as guerras revolucionárias, cujos efeitos na população eram talvez maiores que as guerras clássicas (como demonstrou a Guerra Civil espanhola).

É necessário enfatizar que, mesmo que tenha havido uma extensão das atribuições do Direito Humanitário para os tempos de paz e que as entidades da Cruz Vermelha tenham, por um costume internacional, invadido campos que tradicionalmente lhe eram estranhos (como as situações em tempos de paz, não tendo havido uma declaração formal de guerra), as 4 Convenções de Genebra de 1949 e os 2 Protocolos de 1977 já tinham previsto hipóteses que a doutrina dos internacionalistas reconhecia como próprios do campo de regulamentação pertinente aos Direitos Humanos *stricto sensu*. Trata-se dos 3 artigos iniciais, que contêm dispositivos comuns àquelas 4 Convenções, do art. 75, “Garantias Fundamentais” do Protocolo I (proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais) e do art. 4º, “Garantias Fundamentais”, e art. 5º, “Pessoas Privadas de Liberdade”, do Protocolo II (proteção das vítimas dos conflitos armados não-internacionais)⁵⁵. Por outro lado, a falta de distinções claras entre uma situação de guerra e as situações de conflitos, na atualidade, faz com que questões como o tratamento de prisioneiros, em conflitos internacionais, a propósito de serem considerados criminosos comuns, tenham seus direitos humanos desrespeitados.

IX – Considerações finais quanto ao Direito brasileiro

Um aspecto a observar é que a declaração nas normas internas dos Estados, sobre quem são seus nacionais, bem como as eventuais distinções entre nacionais, e, por implicação, quais os direitos dos estrangeiros, nos respectivos territórios, tradicionalmente, eram aspectos que o Direito Internacional Público definia como domínio reservado à competência interna dos Estados. Nos tempos anteriores à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, ou seja, nas épocas históricas em que os direitos humanos eram definidos unicamente em normas internas dos Estados, as únicas limitações aos poderes dos Estados, no relativo a direitos dos estrangeiros, referiam-se a poucas questões sobre a efetividade das concessões de nacionalidade, e os limites que as próprias normas constitucionais internas impunham ao legislador infraconstitucional.

A elevação das normas de proteção à pessoa humana ao nível internacional e outras importantes limitações ao poder indiscriminado dos Estados de legislar sobre a situação dos estrangeiros foram sendo introduzidas nos ordenamentos internos dos Estados.

Sendo assim, dentro dos limites permitidos pelo Direito Internacional da Pessoa Humana, considerando-se o caso do Direito Constitucional brasileiro atual (Constituição Federal de 1988), poderemos ter as seguintes situações, todas legítimas, no ordenamento jurídico do Brasil:

a) existência de distinções entre os próprios nacionais brasileiros, para fins de atribuir direitos exclusivos a uma categoria (hipótese em que os brasileiros natos têm a plenitude dos direitos civis e políticos) e não a outra (hipótese em que os brasileiros naturalizados se encontram excluídos dos cargos mencionados no art. 12 § 5º da Constituição Federal). Ainda no caso do Brasil, as distinções entre brasileiros natos e naturalizados sempre se-

rão balizadas pelo fato de que “a lei [infraconstitucional] não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição” (art. 12 § 2º da Constituição Federal de 1988);

b) as distinções entre nacionais e estrangeiros, no Brasil, têm seus limites fixados em dispositivos permissivos da Constituição Federal e dos tratados e convenções internacionais sobre direitos e garantias à pessoa humana, de que o País seja parte. No que respeita aos limites constitucionais, sobreleva, no Brasil, o disposto no art. 5º *caput* (o qual arrola os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, no campo dos Direitos e Garantias Fundamentais) assim redigido: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:* o qual deve ser interpretado em conjunto com o § 2º do mesmo art. 5º da Constituição Federal de 1988 assim redigido: *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.* No que respeita aos limites das normas internacionais, remetemo-nos às considerações anteriores do presente artigo, e poderemos dizer que se trata das normas do Direito Internacional da Pessoa Humana, *lato sensu*, nos quais se encontram o Direito Internacional da Pessoa Humana *stricto sensu*, os Direitos do Asilado Político, os Direitos dos Refugiados protegidos pela ONU e os direitos das pessoas abrangidas pelas normas do Direito Internacional Humanitário;

c) as distinções entre estrangeiros, desde que não haja uma discrimina-

ção, em sentido negativo (restrições de direitos a uma categoria, em comparação a outra), as quais, no entanto, somente podem ser estabelecidas por normas internacionais vigentes no Brasil. Trata-se do expresse permissivo na Constituição Federal de 1988, (art. 12 § 1º, com a redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3 de 07/06/1994)⁵⁶, que foi incluído nas normas constitucionais, a fim de compatibilizar a Constituição atual com as normas da Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses, Convenção bilateral assinada antes de 1988, entre Brasil e Portugal, no Brasil, promulgada pelo Decreto 70.391 de 12/04/1972 e regulamentada pelo Decreto 70.436 de 18/04/1972⁵⁷ (e em Portugal, regulamentada pelo Decreto-Lei 126/72 de 22/04/1972) (VALLADÃO, 1982, p. 390).

Enfim, devemos ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro, tanto em nível constitucional quanto infraconstitucional, pelo menos no que se refere às normas vigentes, encontra-se em consonância com as normas internacionais de proteção da pessoa humana. O mesmo não se poderia dizer, no que respeita a uma determinada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tem considerado as normas do Pacto de San José da Costa Rica como legislação incapaz de coadunar-se com o permissivo constitucional brasileiro, de colocar-se na prisão o depositário infiel, situação expressamente vedada pelo Pacto de San José⁵⁸.

Notas

¹ Assim se denomina o Cap. 14: *A abrangência pessoal das normas do Direito Internacional Público: a nacionalidade, a plurinacionalidade, a apatridia e a proteção diplomática de estrangeiros. A pessoa jurídica no Direito Internacional. A nacionalidade dos meios de transporte internacional e sideral* (p. 313-335).

² O Cap. 15 tem o seguinte título: *O Primeiro Grande Tema da Globalidade: a proteção internacional da pessoa humana e suas três vertentes: Direitos Humanos, Direito dos Refugiados e Direito Humanitário. O Direito de Asilo* (p. 335-406).

³ No Salmo 146 (145 da Vulgata), versículo 9, o qual segue o tema constante na história dos hebreus, de o estrangeiro estar sempre assemelhado à situação das viúvas e órfãos (situação essa do mais completo desamparo), assim se lê: "Dominus custodit advenas pupillum et viduum suscipiet et viam peccatorum disperdet", na tradução da Bíblia de Jerusalém: "Iaweh protege o estrangeiro, sustenta o órfão e a viúva...(mas) transtorna o caminho dos ímpios".

⁴ O Profeta Isaías, considerado o profeta da esperança, inectivava as autoridades de seu tempo a que propiciassem um tratamento adequado aos estrangeiros, com a recordação de que os próprios judeus se lembrassem de que tinham sido estrangeiros nas terras de Babilônia.

⁵ O estoicismo, na sua primeira vertente, por volta do Séc. III a. C., centrada no filósofo Zenão de Eléia, ter-se-ia preocupado com o "gênero humano" e, em conseqüência, com os direitos dos estrangeiros. O estoicismo iria produzir importantes pensadores no mundo romano, como o imperador Marco Aurélio (definiu o homem como o "cidadão do universo") e Epitecto, o escravo (ambos escreveram em grego), Sêneca e o grande Cícero (que formulou a existência de um "direito natural", próprio à natureza humana, na sua obra *De Republica*). Tal vertente humanista da filosofia greco-romana irá exercer notável influência no pensamento ocidental, sobretudo após sua revalorização pelo Cristianismo.

⁶ Reconhecendo que, em português, inexistia um vocábulo tão expressivo como no francês, "allégeance", ou no inglês "allegiance", para designar o sentimento de fidelidade, de vassalagem a uma nação, ou seja, o fenômeno de uma pessoa "pertencer" a um universo de valores nacionais, utilizamos o termo "pertencimento", a nosso ver, por demais cercado de noção de propriedade e posse. O termo é derivado do universo medieval, conforme se pode verificar pela persistência, no moderno francês, do adjetivo "lige", conforme a expressão "homme lige", no sentido de "*personne entièrement dévouée à.. affidé inconditionnel*" (Cf. LIGE, 1993).

⁷ Note-se, nas línguas neolatinas, a mesma raiz nas palavras *estrangeiro* e *estranho*, presente no prefixo "extra" que designa "fora", "além dos limites".

⁸ Pode dar-se a hipótese de a lei de outro país não exigir qualquer outra condição, para considerar um brasileiro, nascido de progenitores da nacionalidade daquele país, como seu nacional. Bastaria, portanto, a mera filiação.

⁹ Como exemplo histórico dessa possibilidade, cite-se o caso do Brasil, com a denominada Grande Naturalização, logo após a Proclamação de República. Com efeito, na sua primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1981, dispunha, no art. 69 que "são cidadãos brasileiros... § 4º) os estrangeiros que, achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade brasileira, § 5º) os estrangeiros que possuírem bens imóveis no Brasil e forem casados com brasileiras ou tiverem filhos brasileiros, contanto que residam no Brasil, salvo se manifestarem a intenção de não mudar de nacionalidade". As Constituições posteriores consagraram aquelas normas: a de 1934 (art. 106 alínea c, "são brasileiros", sem fazer a distinção entre "natos" e "naturalizados"), de 1937 (art. 115 alínea c, "idem") e de 1946 (art. 129. III, "idem"), repetindo o seguinte dispositivo: "os que adquiriram a nacionalidade brasileira, nos termos do artigo 69, itens IV e V, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891". A de 1967 e sua Emenda Constitucional nº 1/69, no art. 145, fizeram a distinção entre "brasileiros natos" e "brasileiros naturalizados", tendo considerado como brasileiros naturalizados "os que adquiriram a nacionalidade brasileira, nos termos do artigo 69, itens IV e V, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891". A Constituição atual de 1988 silencia a respeito da Grande Naturalização empreendida pela Constituição de 1891.

¹⁰ O atual art. 12 § 4º da Constituição Federal de 1988 assim está redigido: "Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que: I – tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional; II – adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária".

¹¹ Na verdade, essa situação pode ser a de filhos de brasileiro ou de brasileira, nascidos em países europeus como a Alemanha, França e Itália, cujos progenitores não sejam nacionais desses Estados, e, ao mesmo tempo, que não tenham ocorrido as hipóteses para a sua opção pela nacionalidade brasileira originária (como aquelas contempladas no referido art. 12, inc. I, al. b) e c) da Constituição Federal de 1988).

¹² Tal regra deve ser ressaltada pelo fato de que ilustres brasileiros, que ocuparam elevados cargos reservados a brasileiros natos (em especial o de Presidente da República), cujos progenitores ou um deles eram nacionais da Alemanha, da Itália e da antiga Checoslováquia, terem sido, igualmente, nacionais desses países!

¹³ A regra constante do art. 12, 4º, item II, da Constituição Federal de 1988 do Brasil (perda da nacionalidade brasileira por naturalização volun-

tária em outro país) não é universal. Na verdade, trata-se de uma perda-pena, que a outros países pode parecer como inadequada para inibir seus nacionais a abandonar um *status*, do qual defluem direitos e deveres para com o Estado. Ressalte-se que, a nosso ver, a nacionalidade deve ser considerada como um direito irrenunciável por parte de seu titular e, portanto, uma perda da nacionalidade por efeito da lei, como a prevista no Direito brasileiro, iria contra tais princípios.

¹⁴ Conforme já visto em capítulo anterior deste trabalho, o exercício de funções eleitorais pelas Repartições consulares se encontram permitidas, de conformidade com os dispositivos constantes no art. 5º, item (m) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963, no Brasil promulgada pelo Decreto nº 61.078 de 26/06/1967.

¹⁵ Há outros valores psicossociais importantes, que merecem consideração, como o caso de valores desportivos, em competições internacionais. A qual time de futebol ou a qual delegação nacional pertenceria um plurinacional? Num campeonato internacional de futebol, um indivíduo italo-brasileiro deverá “torcer” pela “*Seleção Canarinho*” ou pela “*Squadra Azzurra*”?!

¹⁶ Os textos em português de ambas as Convenções se encontram apud Antônio Augusto Cançado Trindade (1991, respectivamente, p. 248-263, 263-272).

¹⁷ Segundo esse notável jusfilósofo italiano, teria havido um caminhar dos Direitos Humanos, em direção a uma maior clareza e eficácia: de simples aspirações de pensadores, profetas, filósofos e intelectuais, na Antiguidade, na Idade Média, no Renascimento, no Iluminismo, passam eles a ter uma existência mais concreta, com as definições nas normas constitucionais e ordinárias dos ordenamentos internos dos Estados, a partir das Revoluções Inglesa e Francesa, e na definitiva implantação do constitucionalismo moderno. Enfim, após a Segunda Guerra Mundial, houve o grande refinamento de tal caminhar em busca de maior efetividade, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com os dois Pactos sobre Direitos Humanos, subscritos sob a égide da ONU, nos grandes tratados multilaterais globais e respectivos mecanismos de verificação de sua adimplência e, enfim, nos tratados e mecanismos regionais de proteção dos Direitos Humanos.

¹⁸ Os textos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e de ambos os Pactos se encontram apud Vicente Marotta Rangel (2000, respectivamente, p. 645-652, 668-680, 681-704).

¹⁹ Originariamente prevista para contar com 18 Estados, hoje conta com 53, desde 1990. Cf. J. A. Lindgren Alves (1994, p. 73).

²⁰ Os demais comitês existentes são: o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ins-

tituído pelo Pacto da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, instituído pela Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, instituído pela Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, o Comitê contra a Tortura, instituído pela Convenção contra a Tortura, e o Comitê dos Direitos da Criança, instituído pela Convenção dos Direitos da Criança.

²¹ A propósito da inter-relação entre o tema da integração econômica regional e o tema da proteção dos Direitos Humanos, veja-se nosso trabalho: *A União Européia, o Mercosul e a Proteção dos Direitos Humanos* (2002b, p. 121-163).

²² O Conselho da Europa é uma organização regional européia, que se compõe dos Ministros da Justiça dos países dela integrantes, cujo número incluiu e ultrapassa o número de Estados membros da Comunidade Européia e que não incluía os antigos Estados do Bloco socialista.

²³ Interessante observar que o Protocolo nº 8 adicional um § 3º ao texto primitivo da Convenção Européia, claramente calcado no Pacto de San José (veja-se além, no presente Capítulo), assim redigido: “Os candidatos deverão gozar da mais alta reputação moral e reunir as qualificações exigidas ao exercício de altas funções judiciais ou serem pessoas de reconhecida competência em direito nacional ou internacional”. Deve notar-se que a Comissão Européia seria extinta com o Protocolo 11, como será dito mais além. O texto do Protocolo nº 8 encontra-se apud Antônio Augusto Cançado Trindade (1991, p. 456-461).

²⁴ O Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi aprovado pela Resolução AG/RES. 447 (IX-079), adotada pela Assembléia Geral da OEA, no seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, na Bolívia, em outubro de 1979. Seu texto, em português, encontra-se apud Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan (2000, p. 420-427).

²⁵ O Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi aprovado pela Resolução AG/RES. 448 (IX-0/79), adotada pela Assembléia Geral da OEA, no mesmo Nono Período Ordinário da Assembléia Geral da OEA, mencionada na nota de rodapé anterior. Seu texto, em vernáculo, encontra-se no mesmo livro citado no referido rodapé, Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan (2000, p. 428-452).

²⁶ O texto do Decreto Legislativo nº 89 de 03/12/1998, juntamente com a Mensagem do Presidente da República e da Exposição de Motivos do Ministério das Relações Exteriores, encontra-se publicado no *Diário Oficial* da União, de 04/12/1998, p. 2, e se acha igualmente reproduzido apud Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan (2000, p. 437-441).

²⁷ Relembre-se o disposto no art. 2º § 7º: “Nenhum dispositivo da Presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução nos termos da presente Carta...”

²⁸ Para um estudo do condicionamento entre a participação da União Européia e o referido comprometimento com os direitos humanos, veja-se nosso trabalho já referido: *A União Européia, o Mercosul e a Proteção dos Direitos Humanos* (SOARES, 2002b), já referido em rodapé anterior.

²⁹ A “cláusula democrática” consta expressamente no § 2º do art. F do Tratado de Maastricht de 1992 e assim se acha escrita, no Tratado de Amsterdam de 1997, no seu art. seu art. 6º § 2º: “A União respeita os direitos fundamentais, tais quais se encontram garantidos pela Convenção Européia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma a 04 de novembro de 1950 e tais quais resultem das tradições constitucionais comuns aos Estados membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário”. Em nossa tradução livre do texto do Tratado de Amsterdam, conforme: (1998, p. 304-392, citação retirada de p. 307).

³⁰ Tratar-se-ia da aplicação do art. 7º do Tratado de Amsterdam (ex. art. F.1 de Maastricht), assim redigido: “§ 1º – O Conselho, reunido em nível de Chefes de Estado ou de Governo e decidindo por unanimidade, por proposta de um terço dos Estados membros ou da Comissão, e após parecer conforme do Parlamento Europeu, pode constatar a existência de uma violação grave e persistente por um Estado membro dos princípios enunciados no artigo 6º parágrafo 1º, após haver convidado o Governo deste Estado membro a apresentar suas observações sobre a matéria”. § 2º – “Desde que uma tal constatação seja feita, o Conselho, decidindo por maioria qualificada, pode decidir suspender certos direitos decorrentes da aplicação do presente Tratado, em relação ao Estado membro em questão, neles compreendidos o direito do representante do Governo deste Estado membro no seio do Conselho. Ao assim decidir, o Conselho levará em conta as eventuais conseqüências de tal suspensão sobre os direitos e obrigações das pessoas físicas e morais. As obrigações que incumbem ao Estado membro em questão, decorrentes do presente Tratado, quaisquer que sejam as circunstâncias, permanecem exigíveis deste Estado” (Em nossa tradução livre, conforme fonte mencionada no parágrafo anterior).

³¹ Comparem-se tais normas com as constantes do § 2º do art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assim redigido: § 2º: *Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-*

se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. Nesse mesmo art. 2º, há um § 3º, que merece transcrição, tendo em vista as ressalvas quanto a dificuldades práticas que os países em desenvolvimento poderiam ter, em relação à aplicabilidade a eles de tais mandamentos legais, assim redigido: § 3º *Os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais.*

³² Registre-se, contudo, que o Protocolo nº 7 de 1984 à Convenção Européia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais regulamentou a questão da expulsão de estrangeiros. Seu texto se encontra apud Antônio Augusto Cançado Trindade (1991, p. 453-454).

³³ Seu texto, com comentários de M. A. Al Midani (1996, p. 183-189). O texto transcrito corresponde ao texto veiculado, ainda como Projeto, na obra de Antônio Augusto Cançado Trindade (1991, p. 510).

³⁴ Os textos de tais atos normativos se encontram apud Antônio Augusto Cançado Trindade (1991, p. 423, 432-433).

³⁵ Eis seus termos: *Toda pessoa tem direito, em caso de perseguição, de buscar e de obter asilo em território estrangeiro, em conformidade com a lei de cada país e as convenções internacionais.*

³⁶ Na verdade, não se poderia referir a uma revogação ou derrogação das anteriores, pois, como há Estados que permanecem partes apenas de umas e não de outras, as antigas continuam vigentes entre os Estados que as ratificaram, conjuntamente. Para uma listagem dos países que ratificaram as duas primeiras, veja-se Hildebrando Accioly (1956, p. 483), e para os Estados que ratificaram as duas assinadas em Caracas, veja-se, na Organização dos Estados Americanos: www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-46.html e [idem/a-47.html](http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-47.html). Acesso em: abr. 2002.

³⁷ Bahamas, Barbados, Belize, Canadá, Dominica, EUA, Granada, Guiana, Jamaica, Saint Kitts e Nevis, Santa Lucía, e São Vicente e Granadinas.

³⁸ Não ratificaram a Convenção sobre Asilo Diplomático: Bolívia, Chile, Colômbia e Cuba. Não ratificaram a Convenção sobre Asilo Territorial: Argentina, Bolívia, Chile, Honduras e República Dominicana. Informações: www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-46.html e [/a-47.html](http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-47.html). Acesso em: abr. 2002.

³⁹ Na verdade, a Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático aproveitaria as críticas às imperfeições de convenções anteriores, feitas pela Corte

Internacional de Justiça, no famoso Caso Haia de la Torre, Caso do Asilo Diplomático, que opôs Colômbia e Peru 1950 e 1951 e que seria julgado em 1950 e 1951. Veja-se nossa crônica (SOARES, 2000).

⁴⁰ Uma análise mais detalhada dessa Resolução da ONU pode ser encontrada no Cap. 15 *O Primeiro Grande Tema da Globalidade: a proteção internacional da pessoa humana e suas três vertentes: Direitos Humanos, Direito dos Refugiados e Direito Humanitário. O Direito de Asilo* (SOARES, 2000, p. 335-406).

⁴¹ Os assuntos relacionados a quaisquer tipos de estrangeiros, regulamentados em tais normas, são, em linhas gerais: os casos de entrada de estrangeiros, de sua permanência, de sua deportação (recusa de permanência no território nacional, por falta de requisitos de legalidade na entrada ou estada do estrangeiro, como a expiração de vistos de permanência, com a devolução da pessoa a outros Estados, de preferência, aos da nacionalidade), expulsão (ato administrativo de fazer cessar a permanência de um estrangeiro no território nacional, pelos motivos elencados na lei, de natureza cível ou criminal, que configuram o expulsando, em grandes linhas, como uma “pessoa indesejável”) e a extradição de estrangeiros (entrega de um estrangeiro, inocente, no território nacional, a pedido de um Poder Judiciário estrangeiro, seja de sua nacionalidade ou não, por motivos de uma condenação de privação de liberdade no Estado estrangeiro ou estar sua prisão autorizada por juiz, tribunal ou autoridade competente deste último, conforme os termos do art. 78 do Estatuto dos Estrangeiros).

⁴² A propósito do tema “asilo político” na Constituição Federal de 1988, veja-se o trabalho de Thamy Pogrebinski (2001, p. 319-342).

⁴³ Veja-se o bem elaborado estudo do Prof. José Henrique Fischel de Andrade (2000, p. 99-125). Em outro estudo, o mesmo Professor Fischel de Andrade (1996a, 1999, p. 75-120) discorre sobre os mesmos fatos e ainda as outras organizações intergovernamentais instituídos após a II Guerra Mundial.

⁴⁴ Uma perfeita crônica da situação dos refugiados na Europa, logo após o fim da Segunda Guerra Mundial, bem como um estudo pormenorizado dos antecedentes do ACNUR, encontra-se no Curso da Academia de Direito Internacional da Haia, do primeiro Diretor desta instituição da ONU, Dr. G. J. Van Heuven Goedhart (1953, p. 261-369).

⁴⁵ Destaque-se a atuação da Administração das Nações Unidas para o Auxílio e Reabilitação, instituída em 1952, com base de atuação em Genebra, conhecida por sua sigla em inglês, UNRRA *United Nations Relief and Rehabilitation Administration*, que funcionaria até 1947, data de sua auto-extinção e transferência de bens e atribuições para a uma nova instituição internacional que seria então instituída, a Organização Internacional dos Refugiados, bem

como do Comitê Intergovernamental para as Migrações Europeias.

⁴⁶ Um dos grandes problemas que tinha enfrentado a Sociedade das Nações era a multiplicidade de convenções específicas, que versavam sobre um dado assunto, e sempre com caráter regional, cuja aplicação e seguimento era de competência de “Comissários” temáticos, como se pode verificar com o Comissário para Refugiados Russos, estabelecido pelo Acordo sobre Refugiados Russos de 05/07/1922.

⁴⁷ Os textos da Convenção de 1951 (versão original) e do Protocolo de 1967 encontram-se em Nádía de Araújo e Guilherme Assis de Almeida (2001, p. 385-412, p. 413-419).

⁴⁸ O Texto da Declaração de Cartagena encontra-se transcrito, em português, em Nádía de Araújo e Guilherme Assis de Almeida (2001, p. 421-430).

⁴⁹ Rechaço, ou como se diz no jargão do Direito Internacional dos Refugiados, *non refoulement*, é a proibição de o Estado poder criar obstáculos, nas fronteiras, à entrada de possíveis candidatos ao estatuto de refugiados.

⁵⁰ Cf. Fernando Fernandes da Silva (2002), numa análise dos pontos principais da Lei 9.474 de 22/07/1997.

⁵¹ Um exemplar estudo comparativo entre ambos os institutos, encontra-se apud José Henrique Fischel de Andrade (1998, p. 393).

⁵² As 13 Convenções adotadas na Haia a 18/10/1907 foram assinadas pelo Brasil, ratificadas e conjuntamente promulgadas pelo Decreto nº 10.719 de 04/02/1914.

⁵³ *Jus in bello* e *jus ad bellum* são expressões relativamente recentes no Direito Internacional, cunhadas pelo Prof. Louis Delbez (1951). A expressão tradicional para “Direito da Guerra” era, desde os escritores da Idade Média, *Jus Belli*, então associada à questão das discussões sobre a guerra justa e, a partir de Grotius, às normas sobre o começo e fim das guerras, a condução das hostilidades, a neutralidade e o tratamento dos prisioneiros e da população civil. A propósito dos conceitos do Prof. Delbez, veja-se nosso trabalho (SOARES, 1985) *A Guerra Nuclear e o Direito*.

⁵⁴ Pelo fato de, logo após sua assinatura, terem entrado em vigor internacional e pelo número de sua ratificação, as 4 Convenções de Genebra de 1949 provam sua aceitação pela quase totalidade dos Estados da atualidade, entre 186 Estados que as ratificaram, da mesma forma que os 2 Protocolos de 1977, o primeiro, entre 135 Estados ratificantes, e o segundo, entre 125 Estados, nas mesmas circunstâncias.

⁵⁵ Os textos se encontram reunidos no livro do Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade (1991, p. 308-309, 309-312, 312-325). Veja-se, igualmente,

te, nosso Curso de Direito Internacional Público, no Cap. já referido (SOARES, 2002a).

⁵⁶ O dispositivo atual assim reza: *Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor dos brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.* No texto original da CF de 1988, portanto, antes da Emenda Constitucional de Revisão nº 3/94, constava a expressão “brasileiro nato”; no texto atual, consta “brasileiro”.

⁵⁷ O texto do Decreto 79.436 de 18/04/1972, “regulamenta a aquisição, pelos portugueses no Brasil, dos direitos e obrigações previstos no Estatuto da Igualdade e dá outras providências”, encontra-se apud Luiz Olavo Baptista, João Grandino Rodas e Guido Fernando Silva Soares (2001, t. 2, p. 199).

⁵⁸ Veja-se a crônica deste caso, no Cap. 10: *Relações entre o direito interno e o internacional*, na sua Seção Única: *A aplicabilidade do Direito Internacional pelo juiz brasileiro* (SOARES, 2002a).

Bibliografia

- AL MIDANI, M. A. Introduction à la charte arabe des droits de l'homme. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, p. 183-189, 1996.
- ALVES, J. A. Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva; Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 1994.
- ANDRADE, José Henrique Fischel de. Breve consideração histórica da tradição que culminou na proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, Nádida de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2001. p. 99-125.
- _____. *Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996a.
- _____. O Brasil e a proteção dos refugiados: a discussão tem início. *Pensando o Brasil*, Brasília, n. 16, p. 7-12, set./nov. 1996b.
- _____. O direito internacional dos refugiados em perspectiva histórica. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Org.). *O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem*. São Paulo: Ed. da USP, 1999. p. 75-120.
- _____. O refugiado à luz do direito internacional e do direito brasileiro. In: _____. *O advogado: desafios e perspectivas no contexto das relações internacionais*. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 1997. p. 149-164.
- _____. Regional policy approaches and harmonization: a latin american perspective. *International Journal of Refugee Law*, Oxford, v. 10, n. 3, p. 389-409, Jul. 1998.
- ARAÚJO, Nádida de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2001.
- BAPTISTA, Luiz Olavo; RODAS, João Grandino; SOARES, Guido Fernando Silva (Org.). *Normas de direito internacional*. São Paulo: LTr, 2001.
- BOBBIO, Norberto. Presente e futuro dos direitos do homem. In: _____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25-47.
- DELBEZ, Louis. *Manuel de droit international public: droit général et droit particulier des nations unies*. 2. Ed. Paris: LGDJ, 1951.
- DIREITOS e deveres humanos no ciberespaço. Disponível em: <www.dhnet.org.br>. Acesso em: abr. 2002.
- GOEDHART, G. J. Van Heuven. The problem of refugees. *Recueil des Cours*, Leiden, t. 82, p. 261-369, 1953.
- GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. (Org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LAFER, Celso. *Ensaio liberais*. São Paulo: Siciliano, 1991.
- LIGE. In: ROBERT, Paul. *Le nouveau petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1993.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- _____. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, Nádida de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2001.
- _____. (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional, desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- POGREBINSCHI, Thamy. O direito de asilo e a constituinte de 1997-88. In: ARAÚJO, Nádida de;

- ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2001. p. 319-342.
- RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SILVA, Fernando Fernandes. A proteção do refugiados no ordenamento jurídico brasileiro: o fundamento constitucional e as medidas legislativas e administrativas aplicáveis. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, 2002.
- SOARES, Guido Fernando Silva. A guerra nuclear e o direito. In: HAMBURGER, Ernest (Coord.). *Causas e conseqüências de uma guerra nuclear*. São Paulo: CESP, 1985. p. 49-73.
- _____. A proteção do meio ambiente marinho, na perspectiva do direito internacional. In: NAZO, Georgette Nacarato (Coord.). *As águas no limiar do século XXI*. São Paulo: Sociedade dos Amigos da Marinha, 1999. p. 61-84.
- _____. A União Européia, o Mercosul e a proteção dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional, desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002b. p. 121-163.
- _____. *Curso de direito internacional público*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002a. v. 1.
- _____. Direitos humanos e meio ambiente. In: AMARAL JUNIOR, Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Org.). *O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem*. São Paulo: Ed. da USP: FAPESP, 1999. p. 121-177.
- _____. International trade and environment: confrontation between the WTO/GATT and environmental protection norms. In: KÖNZ, Peider et al. (Ed.). *Trade, environment and sustainable development: views from Sub-Saharan Africa and Latin America: a Reader*. Geneva: The United Nations University: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2000. p. 21-36.
- UNION EUROPÉENNE. Version consolidée du traité sur l'Union Européenne. *Le Traité d'Amsterdam*. Paris: Dalloz, 1998.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos, fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____; PEYTRIGNET, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos humanos: direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados*. São José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996. 289 p.
- VALLADÃO, Haroldo. *Material de classe de direito internacional privado*. 12. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

O novo Código Civil e o seu *completamento* pela jurisprudência

Inocência Mártires Coelho

Sumário

1. Introdução. 2. A estrutura normativo-material dos princípios jurídicos e o desenvolvimento judicial do direito. 3. As normas abertas do novo Código Civil e a sua concretização jurisprudencial. 4. Conclusão.

1. Introdução

Aceitas as conseqüências hermenêuticas da analítica existencial de Martin Heidegger e os desdobramentos que Hans-Georg-Gadamer logrou extrair da obra do seu mestre, é de se considerar abalada a velha idéia de verdade como correspondência entre o pensamento e a coisa pensada (*adequatio rei et intellectus*), um estremecimento que, a rigor, parece remontar ao idealismo transcendental kantiano, em cujo âmbito, descartada a possibilidade de acesso à coisa em si, o sujeito passou a desempenhar o papel de produtor ou, no mínimo, de conformador do conhecimento, em especial no âmbito das ciências humanas, que têm como objeto realidades significativas – as chamadas coisas do espírito –, cuja apreensão exige o protagonismo do intérprete para se revelarem em toda a sua plenitude.

É que, em termos noéticos ou gnoseológicos – e isso independentemente da coisa que se queira apreender –, o evento cognitivo não se verifica sem a *movimentação* do sujeito em direção ao *objeto do conhecimento*, objeto esse que não é um ser *em si e por si*, mas apenas uma entidade *lógica*, que o su-

jeito pensante intencionalmente *cria e coloca* diante de si *para ser conhecido*¹.

Transpostas essas premissas para os domínios da hermenêutica jurídica, o que tem sido feito de modo crescente nos últimos tempos, restou comprometida, igualmente e por via de consequência, a antiga idéia de interpretação como descoberta ou revelação do *verdadeiro* significado das leis, de uma espécie de significado *em si* das regras de direito, assim entendido aquele sentido que o legislador pretendeu atribuir-lhes ou que, mesmo à sua revelia, acabou impregnando o texto da norma no curso do processo legislativo².

Mens legis ou *mens legislatoris*, pouco importa, era esse o sentido que, ao ver da doutrina tradicional, deveria ser observado nas relações jurídicas, até porque o de que se tratava era de mera *aplicação* do direito ou, se preferirmos, de uma simples *subsunção* de fatos a normas preestabelecidas, cabendo ao juiz ser apenas a *boca que pronuncia as palavras da lei*, o que, tudo somado, decorria não apenas da leitura *dogmática* ou em sentido forte do princípio da separação dos poderes, mas também da compreensão equivocada do julgador como autoridade *invisível* e de *algum modo nula*³, e da confusão entre texto e norma, o primeiro, como *proposição*, formulado de uma vez por todas e, por isso, subtraído à ação do tempo; a segunda, como *realidade significativa*, a depender necessariamente de inserção na história e de novas leituras para preservar a sua pretensão de injuntividade (LARENZ, 1978, p. 144-145, 1997, p. 262-263).

Mais ainda, a coroar essa constelação de equívocos, a ingenuidade de supor que as palavras da lei – em verdade, quaisquer conceitos normativos – pudessem ter um sentido unívoco, a ser descoberto ou revelado pelos operadores do direito, mediante técnicas usuais de *interpretação*, quando se sabe que a linguagem normativa é *naturalmente aberta* e, por isso, sujeita a múltiplas significações (HART, 1968, p. 155-169).

Não por acaso, quando teve de enfrentar o tormentoso problema da aplicação do direito, ninguém menos que Hans Kelsen (1962, v. 2, p. 296-297), com todo o seu rigorismo, chegou a dizer que a interpretação da ciência jurídica deveria evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica permite apenas, sempre e em todos os casos, uma só interpretação – a interpretação “correta” – porque, em vista da variedade de significados da maioria das regras de direito, esse ideal somente é realizável aproximativamente.

É que, observam Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin (1998, p. 62-63), só nas linguagens puramente formais – como são as da lógica e da matemática puras – não se colocam problemas de vagueza, e isso não porque os seus conceitos sejam mais exatos que os das outras ciências, e sim porque não são conceitos empíricos, uma observação que eles reforçam citando ensinamento de Einstein para quem, na medida em que se referem à realidade, os conceitos são vagos e, na medida em que não são vagos, não se referem à realidade.

Na mesma direção, anota Larenz (1989, p. 378-379) que, muito embora toda e qualquer interpretação – devida a um tribunal ou à ciência jurídica – encerre a pretensão de ser “correta”, em termos de conhecimento adequado e assente em razões compreensíveis, na verdade não existe uma interpretação “absolutamente correta”, no sentido de que se possa considerar definitiva e válida para todas as épocas. Não é definitiva porque a variedade inabarcável e a permanente mutação das relações da vida a todo instante colocam aquele que aplica as normas perante novas questões; nem tampouco é válida, para sempre, porque a interpretação de qualquer norma, sendo referida de modo necessário à totalidade do ordenamento a que pertence, estará sujeita, reflexivamente, às mudanças de rumo que se verifiquem nesse ordenamento ou, mais amplamente, no prisma histórico-social de aplicação do direito (REALE, 1968, p. 209-218). Precisa-

mente por isso é que Hans-Georg Gadamer (1983, p. 71), coerente com a sua proposta de abertura hermenêutica, insiste em dizer que a idéia de uma interpretação definitiva parece encerrar uma contradição em si mesma, porque a interpretação é algo que está sempre a caminho, que nunca se conclui.

Pois bem, contra aquele entendimento imobilista e fechado, que os espíritos mais lúcidos desde cedo denunciaram como rematado equívoco, acabou prevalecendo a compreensão, avalizada pela experiência jurídica, de que normas gerais não fazem justiça a situações particulares e que, por isso mesmo, na tarefa de atribuir a cada um o que é seu, sob pena de denegação de justiça, deve o juiz adequar a lei às exigências do caso concreto – para isso se valendo, inclusive, das aberturas próprias da linguagem normativa –, uma tarefa que, de resto, ele sempre cumpriu naturalmente e com intensidade muito maior do que supunha a doutrina tradicional (BRUTAU, 1951?, p. 49-55).

Nesse contexto, é de se destacar – como fez Recaséns Siches (1968, p. 118) – que desde 1908, muito antes, portanto, de se abrirem os caminhos para o reconhecimento do papel criador da jurisprudência, o intuitivo Jean Cruet (1908, p. 26-27) já dizia que o juiz, esse “ente inanimado” de que falava Montesquieu, tem sido a alma do progresso jurídico, o artifice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional, e que a sua participação no processo de renovação do direito é, em certo grau, um fenômeno constante, uma espécie de *lei natural da evolução jurídica* porque, nascido da jurisprudência, o direito vive pela jurisprudência e é por ela que, muitas vezes, nós o vemos evoluir sob uma legislação imóvel.

No mesmo sentido – invocando ensinamentos de Gerhart Husserl e de Walther Schönfeld –, Karl Larenz (1978, p. 145) acentua que a última palavra em questões de interpretação de uma lei não a pode dizer a

vontade do legislador, porque o que está em jogo na elucidação do sentido de uma proposição jurídica é o que ela significa para nós, para *os de hoje*, para aqueles a quem ela fala *agora*, servindo o contexto histórico da sua produção apenas como ponto de partida para o processo interpretativo, uma tarefa que há de prosseguir, por assim dizer, arrancando-se a lei da sua relação com a época em que surgiu para, em pensamento, projetá-la na atualidade.

Nessa perspectiva, dadas as constantes e inevitáveis *revoltas dos fatos contra os códigos*⁴ e a natural inércia do legislador em ajustar as leis ao fluxo da história, torna-se evidente que incumbe essencialmente aos juízes encontrar as *primeiras* respostas para os novos problemas sociais, uma tarefa que eles só poderão cumprir a tempo e modo se forem capazes de questionar as idéias cristalizadas, encarar o futuro e trilhar novos caminhos, porque a chamada *opinião dominante* – chame-se ela *senso comum dos juristas*, *communis opinio doctorum* ou *jurisprudência mansa e pacífica* –, longe de traduzir um consenso que se possa reputar verdadeiro, não raro consubstancia grandes e resistentes preconceitos coletivos, fruto de argumentos de autoridade ou de inércia mental, os quais, juntos ou separados, sabidamente esterilizam o pensamento e impedem os vãos mais arrojados.

2. A estrutura normativo-material dos princípios jurídicos e o desenvolvimento judicial do direito

Considerando que, para os fins deste trabalho, não se faz necessário analisar as diversas *teorias* que pretendem apontar diferenças qualitativas entre os princípios jurídicos e as regras de direito, até porque – se é que existem – essas distinções, supostamente *ontológicas*, parecem não resistir às refutações da experiência jurídica, aproveitaremos de cada uma dessas doutrinas apenas os pontos que julgarmos mais importantes, as suas idéias centrais, digamos, para mostrar

que o destino do novo Código Civil dependerá, fundamentalmente, do modo como forem aplicadas as suas normas – sejam elas *regras* ou *princípios*⁵ – porque, ao fim e ao cabo, em sua concreta existência, elas serão aquilo que for “declarado” pelos juízes e tribunais, sem cuja mediação os comandos jurídicos permanecem genéricos e estáticos, vale dizer, inermes ou desprovidos de execução (KAUFMANN, 1992, p. 49; FERNÁNDEZ-LARGO, 1995, p. 92).

Assim sendo, comecemos por destacar que, ao contrário das *regras* constantes do novo Código Civil, que são ordenações de vigência, a se aplicarem segundo a lógica do *tudo ou nada*, os seus *princípios* consubstanciam mandatos de *otimização*, o que significa dizer que eles devem ser *desenvolvidos e concretizados* – antes que simplesmente interpretados ou aplicados – num *jogo concertado* de complementações e restrições recíprocas, de *integração*, portanto, com outras normas eventualmente concorrentes, quer as que se encontrem no próprio código, quer as que se achem fora dele – especialmente as de relevo constitucional –, tudo em obséquio aos princípios, conjugados, da unidade do ordenamento e da supremacia da Constituição (ALEXY, 1993, p. 86; BOCKENFORD, 1993, p. 126-127; DWORKIN, 1997, p. 74-80).

Sob essa perspectiva, apesar das críticas acerbas que recebeu desde a sua chegada como projeto no Congresso Nacional e que prosseguem, mesmo arrefecidas, após a sua promulgação, ataques esses que em sua maioria nos parecem injustos e emocionais, assim como o foram – guardadas as enormes diferenças de autoria e de conteúdo – as diatribes filológicas que o ressentimento de Rui Barbosa (1902, v. 1, 1904, v. 2) assacou contra o *Projeto Bevilacqua*, o certo é que o novo Código Civil, graças sobretudo às grandes *diretrizes* que informaram a sua elaboração – *sistematicidade*, *eticidade*, *socialidade* e *operabilidade*⁶ – e às *belas cláusulas gerais*⁷, que *abrem* o seu texto, está vocacionado naturalmente a receber o mais amplo desenvolvi-

mento jurisprudencial, o que não chega a causar surpresa se tivermos presente que esse é um fenômeno comum na vida do direito⁸ e que o mesmo ocorreu com o Código de 1916, em que pese a ilusão, reinante àquela época, de que as malhas da lei pudessem regular, por inteiro e aos detalhes, os múltiplos e complexos problemas da convivência social.⁹

A propósito dessa vigência intelectual, procurando desvendar-lhe as causas para não cair no anacronismo, que tanto condena, de julgar o passado sob a perspectiva do presente, o sempre arguto Miguel Reale esclarece que essa visão de mundo decorria da convicção – dominante entre os juristas do século XIX – de que havia uma correspondência essencial entre a realidade sócio-econômica e os modelos jurídicos consagrados nas leis, uma compreensão que, a rigor, não era de todo equivocada se tivermos presente que, ao longo daquela centúria, salvo alguns abalos ocasionais, continuaram apenas latentes os conflitos sociais e ideológicos que eclodiriam, mais adiante, sob o impacto das grandes transformações operadas pela revolução industrial.

Daí, na síntese calidoscópica do mestre do tridimensionalismo jurídico, este grande panorama, que nos permite decifrar, em perspectiva historicamente adequada, a visão de mundo que marcou o século XIX e que, dialeticamente transformada pelo embate com as idéias do *breve século XX*, orientou a elaboração, o desenvolvimento e, até mesmo, a substituição do Código Civil que vigorou entre nós até o início de 2003:

“O culto à lei, com o ciumento apego à independência das funções legislativas e ao princípio da separação dos poderes; a redução do ato interpretativo à mera explicitação do significado imanente ao ato legislativo; a subordinação do juiz à suposta intenção do legislador; a atenção dedicada ao rigor formal dos textos, aliando-se a prudência do jurista à arte dos filólogos, tudo revelava o *status* de uma

sociedade convicta da eficácia e da justiça das suas opções normativas. No Brasil, então, como alhures, chegou a vingar um verdadeiro *parnasianismo jurídico*, que resplende na excelência verbal da Constituição de 1891, e se projeta século XX adentro, até às polémicas travadas sobre o Código Civil de 1916, quando maior repercussão tiveram as disputas dos gramáticos do que as divergências dos juriconsultos” (REALE, 1968, p. 30).

Pois bem, diversamente dessa concepção estática do mundo do direito, o que a experiência evidencia é que as normas jurídicas, assim como as outras criações do espírito, não esgotam em si mesmas, nem sequer alimentam essa pretensão de auto-suficiência, antes exigem e aguardam – para obter a sua autêntica realidade – aquilo que Hans-Georg Gadamer (1998, p. 64-65) chamou de “completamento” (*Auffüllen*) da obra de arte, uma espécie de adimplemento pelo qual os seus admiradores – leitores, ouvintes ou espectadores – como que ampliam ou levam adiante, enriquecido com esse perfazimento forçoso, um sentido que parece oculto ou apenas insinuado nos lugares mais débeis ou fluidos da forma encontrada pelo artista e que, a juízo desses estetas, não externa tudo aquilo que o seu criador quis dizer.

Nessa mesma direção, no domínio específico da criação literária, Borges (1999, p. 196) observa que o ato de pegar e abrir um livro é que encerra a possibilidade do fato estético inerente à leitura, porque antes disso ele não passa de um cubo de papel e couro, de um repositório de palavras que, intocado, permanece morto, mas, quando lido – e sempre que o lemos –, ganha vida e se renova a cada vez. Por isso, conclui e afirma o poeta maior da pátria argentina que o *Hamlet* não é exatamente o que Shakespeare concebeu, mas sim o *Hamlet* de Coleridge, de Goethe e de Bradley, do mesmo modo que o *Quixote*, enriquecido pelos seus incontáveis e sucessivos leitores, não é o mesmo que saiu da pena de Cervantes.¹⁰

3. As normas abertas do novo Código Civil e a sua concretização jurisprudencial

Com um *domínio normativo* que abarca quase todos os aspectos da vida social, inclusive as atividades empresariais e as obrigações mercantis, antes sujeitas a legislação própria¹¹, pode-se dizer que o novo Código Civil, por força mesmo da magnitude da sua incidência, ostenta um *programa normativo*¹² do mais amplo espectro, em que se encontram praticamente todas as espécies e subespécies de enunciados de que se utilizam os operadores do direito – e.g. legisladores, juizes, advogados, professores, membros do Ministério Público e administradores – para compor o *vocabulário jurídico*¹³, cujo manejo constitui o indispensável *jogo de linguagem* do direito, que outra coisa não é senão o modo como, no âmbito da experiência jurídica, se fala da *coisa Direito* (WITGENSTEIN, 1995, p. 177; LARENZ, 1997, p. 280-281).

Noutras palavras, por força mesmo do amplo alcance das disposições que integram as codificações civis – não por acaso elas se dizem a *constituição do homem comum* –, é igualmente extenso o rol dos enunciados de que se compõe o novo Código Civil Brasileiro, em cujo texto se encontram desde os abstratos *princípios jurídicos* até às *casuísticas formulações de hipóteses legais*, afora as chamadas *cláusulas gerais*, as *normas em branco* e os mais variados *conceitos* – abstratos, empíricos, essenciais, descritivos, prescritivos, normativos, determinados e indeterminados, entre outros – de que se valem tanto os produtores quanto os aplicadores de normas jurídicas, e os juristas em geral, para levar a cabo a tarefa comum de realizar o direito.¹⁴

Presente esse repertório de instrumentos lingüísticos e aceita a idéia de que a criatividade do intérprete depende, essencialmente, do *significado excedente de uma obra intelectual*¹⁵, fecharemos este estudo apreciando alguns dos preceitos do novo Código Civil

cuja estrutura normativo-material se fez intencionalmente aberta, como declarou Miguel Reale (1986, p. 45), para permitir a evolução e a obra da interpretação – os necessários *complementos* – quer da doutrina, quer da jurisprudência.¹⁶

Entre esses enunciados, por sua particular relevância para se compreender a eticidade que permeia todo o Código Civil, merece destaque, desde logo, o vetusto *princípio da boa-fé*, um *standard* axiológico que não figurava expressamente na codificação anterior¹⁷, mas nem por isso evadiu-se da consciência dos nossos magistrados – a *justiça viva* de que falava Aristóteles (1992, p. 98) –, que sempre o tiveram em conta para aquilatar a legitimidade das situações jurídicas (MARQUES, 2002, p. 16-17; NERY JUNIOR, 1998; GRINOVER et al., 1998, p. 350-351).

É que, independentemente de acolhida expressa nos ordenamentos jurídicos, esse valor se mostra congênito à própria idéia do direito, cujos seculares princípios – *honeste vivere; alterum non laedere; suum cuique tribuere*¹⁸ – são essencialmente preceitos de ordem moral, que antecedem, dirigem e conformam a criação do direito.

Afinal de contas, se todo direito *positivo* é um intento de ser direito *justo*¹⁹, nenhuma ordem jurídica – sob pena de se obstruir o curso da vida²⁰ – poderia manter-se neutra diante dos ditames supremos da moral, um fato tão evidente que, em sã consciência, ninguém admitiria desprezar a verdade e escolher a mentira como regra das ações (BRITO, 1905).

Não por acaso, em juízo *unânime*, os doutrinadores proclamam que a boa-fé é a *regra de ouro* que preside as operações de convalidação dos negócios jurídicos, o critério último que há de prevalecer em qualquer contrato ou em qualquer cláusula, quer se trate de um texto claro ou de um texto obscuro ou ambíguo, porque também um texto claro pode ter sido obra da má-fé (FROSINI, 1995, p. 135).

Por tudo isso, com palavras que traduzem o senso comum dos juristas, Karl La-

renz (1978, p. 58-59) afirma que o princípio da boa-fé se baseia na consideração de que uma convivência pacífica e próspera, em sociedades ainda carentes de coesão, não seria possível se nelas imperasse a quebra de confiança, pois se cada indivíduo desconfiasse do outro ter-se-ia um estado de guerra latente, de todos contra todos, sacrificando-se a paz à discórdia.

Ainda no art. 422 do novo Código Civil, a merecer registro pela sua abertura semântica e conseqüente aptidão para variadas concretizações, tem-se o *princípio da probidade*, que sintetiza múltiplos deveres – em especial os de veracidade, integridade, honradez e lealdade – considerados inerentes a todas as relações jurídicas (ALVES, 2002, p. 374).

Em que pese a objeção de que esse dispositivo seria imperfeito porque, pela sua expressão literal, estaria a exigir os requisitos de probidade e boa-fé apenas na celebração e na execução dos contratos e não, também, como devera, nas fases pré-contratual e pós-contratual²¹, apesar disso achamos que a crítica não procede ou, no mínimo, mostra-se exagerada, porque nada impede que, na concretização desse enunciado – como de resto sempre ocorreu com preceitos semelhantes –, os seus aplicadores levem a cabo a velha e obsequiosa *interpretação extensiva*, que outra coisa não é senão ampliar o alcance das palavras da *lei* para, à vista da finalidade da *norma*, atribuir-lhes o sentido que reputam adequado em cada situação hermenêutica.²²

Vejamos, agora, mais alguns desses modelos jurídicos cuja abertura por certo ensejará desenvolvimentos e concretizações para ajustar os seus comandos às sempre cambiantes relações sociais.

Com efeito, consonante com o princípio constitucional da função social da propriedade e com a diretriz da socialidade que, ao lado de outras, inspirou a sua elaboração, o novo Código Civil contém preceito expresso, o art. 421, que restringe a liberdade de contratar herdada do liberalismo econômico e do voluntarismo jurídico – sob cuja égi-

de se proclamava que o contrato era lei entre as partes – para estatuir que, doravante, essa clássica expressão da autonomia da vontade só merecerá reconhecimento e proteção do Estado se for exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Na prática, isso significa que qualquer contrato, por mais cuidadoso que seja do ponto de vista formal, se e quando for necessária a intervenção do Estado para garantir a sua execução, estará sujeito a *controle de legitimidade* à luz da Constituição e da Lei Civil, uma e outra voltadas à concretização da justiça em sentido real, que não se compadece com os pactos leoninos, via dos quais, em posição dominante, uma parte consegue impor os seus interesses e reduzir a outra à condição de contratante sem vontade.

Nessa mesma direção, e tendo presente a realidade dos nossos dias, o novo Código Civil contém importante regra de interpretação destinada a coibir os abusos perpetrados por meio dos chamados *contratos de adesão* – em verdade, contratos celebrados *por adesão*²³ –, que, além de reduzirem ou praticamente eliminarem a liberdade dos que a eles simplesmente aderem, muitas vezes são utilizados para impor-lhes cláusulas que, em negociação aberta, provavelmente não seriam aceitas. Daí a norma do art. 423, a estatuir que, nesse tipo de contrato, havendo cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Pois bem, comentando a *saída hermenêutica* possibilitada por esse modelo jurídico de caráter aberto, Miguel Reale (1986, p. 47-48) observou que, à primeira vista, essa fórmula teria pequenas conseqüências, mas, transposta para o plano prático, abre um leque de possibilidades extraordinárias, porque já será prevenida a malícia daquele que redige o contrato de adesão.

Em que pese o avanço, não faltaram críticas a esse dispositivo do novo Código Civil, sob o argumento de que, referindo-se apenas às cláusulas *ambíguas* ou *contraditórias*, não alcançaria as demais cláusulas dos

contratos por adesão, num evidente retrocesso em face do Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 47 estabeleceu que nas relações de consumo *todas* as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Esses reparos são procedentes e, por isso, devem ser levados em conta, quando mais não seja para lembrar, na linha do entendimento *finalista* preconizado por Cláudia Lima Marques (2002), que os intérpretes e aplicadores do Código Civil – em clima de *diálogo* e com base no princípio da unidade do ordenamento jurídico – poderão continuar estendendo às avenças celebradas entre os *supostamente* iguais, que são regidas pela Lei Civil, os grandes avanços que se introduziram no Código do Consumidor para melhor disciplinar as relações entre os *efetivamente* diferentes.²⁴

Uma outra solução, que não ultrapassaria o Código Civil, antes decorreria do princípio hermenêutico que manda levar em conta o contexto significativo e conjunto da regulamentação para esclarecer o sentido das partes que o compõem, seria *controlar* todas as cláusulas dos contratos por adesão – inclusive as cláusulas ambíguas ou contraditórias – com base no princípio da *função social do contrato*, que está expressamente mencionado no art. 421 da Lei Civil e funciona como *critério geral* de validação de quaisquer negócios celebrados sob a égide dessa codificação²⁵. Afora, é claro, os princípios da *proibição* e da *boa-fé*, que igualmente se aplicam a todos os contratos e, assim, funcionam como parâmetro de controle das avenças por adesão.

Se, ainda assim, na execução de qualquer contrato, restar configurada situação de abuso de direito, ou fatos imprevisíveis tornarem extremamente injusto o cumprimento das obrigações assumidas, o próprio Código contém preceitos que permitem ao julgador encontrar solução *correta e justa*²⁶, bastando para isso levar a cabo um *jogo concertado*, de complementações e restrições recíprocas, entre, por exemplo, o art. 156, que

define o *estado de perigo* como aquela situação em que alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa; o art. 157, que considera vítima de *lesão* quem, sob premente necessidade, ou por inexperiência, obriga-se a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta; o art. 187, segundo o qual pratica *ato ilícito* o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes; o art. 317, que faculta ao juiz, a pedido da parte, *corrigir o valor de prestação*, que se fez excessivo por motivo imprevisível, de modo a torná-lo, quanto possível, real; e, finalmente, o art. 478, que permite até mesmo a *resolução do contrato*, a pedido do devedor, nas avenças de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, retroagindo à data da citação os efeitos da sentença que resolver o contrato.

Pela sua evidente *correção e justiça* – eis que, sem contornar a lei, visa a proteger os mais fracos nas relações oriundas de qualquer contrato –, não temos dúvida em vaticinar que os nossos juízes e tribunais adotarão essa postura hermenêutica, que, de resto, parece-nos a mais adequada à concretização dos valores morais que permeiam o novo Código Civil.

4. Conclusão

Comprovado, assim, com esses vários exemplos, que, ao contrário do que dizem os seus críticos, o novo Código Civil Brasileiro, a par dos seus grandes avanços de conteúdo, ainda se pôs em dia com a moderna teoria da legislação e a melhor técnica legislativa – a evidenciar que os seus autores tiveram presente a necessária correlação entre racionalidade de produção e raci-

onalidade de aplicação do direito²⁷ –, impõe-se reconhecer, por questão de justiça e de probidade intelectual, que também sob esse aspecto nós temos uma Lei Civil temporalmente adequada.²⁸

Notas

¹ Manuel García Morente, (1957, p. 273). Sobre a importância do *fator subjetivo* no processo do conhecimento, ver, também, Adam Schaff, (1987, c. 1, p. 65-98).

² Sobre essa viragem hermenêutica, ver, entre outros, José Lamego (1990); Antonio Osuna Fernández-Largo (1992, 1995); Lenio Luiz Streck (1999); Kelly Susane Alflen da Silva (2000).

³ Montesquieu (1839, p. 191, 193 e 196); C. Marx & F. Engels (1974, p. 45), (1987, p. 72); Luís Prieto Sanchís (1993, p. 13).

⁴ Gaston Morin (1945).

⁵ Adota-se, aqui, a idéia de que as *regras* e os *princípios* são espécies de normas jurídicas. A propósito, ver, entre outros, J.J. Gomes Canotilho (1998, p. 1034).

⁶ Miguel Reale (1986, p. 5-13).

⁷ Cláudia Lima Marques (2002, p. 16); Judith Martins-Costa (1998, 2002, p. 87-168).

⁸ Karl Larenz (1997, p. 519-524).

⁹ Cientes dessa limitação, os membros da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil renunciaram à pretensão de regular tudo, antes optando por “não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica”. Cf. Miguel Reale (1986, p. 76).

¹⁰ Ver, entre outros estudos enriquecedores da obra de Miguel de Cervantes, Francisco Campos (1967); e San Tiago Dantas (1979).

¹¹ Relembre-se que o próprio Código de 1916 delimitou o seu campo de incidência, indicando, no art. 1º, que aquela codificação regularia apenas os *direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações*, o que significava dizer que outros possíveis *domínios normativos* não seriam alcançados pelas suas disposições. Clovis Bevilacqua (1959, p. 136): “O pensamento do artigo é assinalar que no Código Civil se não encontram disposições relativas ao direito público, ao direito comercial e ao processo”.

¹² Utilizam-se, aqui, por suas ricas implicações, os conceitos de *programa normativo* e *âmbito normativo*, propostos por Müller, para designar o que na linguagem tradicional se denomina, respectivamente, texto e realidade ou norma e situação normada. Friedrich Muller (1999, p. 45-51).

¹³ Essa expressão é usada em sentido amplo para compreender tanto a *linguagem da lei* quanto a *linguagem dos juristas*. A propósito, ver, entre outros, Juan-Ramon Capella (1968, p. 29-34).

¹⁴ Pela precisão e senso de equilíbrio com que maneja esses enunciados, ver, por todos, Karl English (1988, p. 205-274).

¹⁵ Helmut Coing (2002, p. 329).

¹⁶ Para uma visão mais completa da presença desses enunciados no corpo do novo Código Civil, ver, por todos, o excelente estudo, antes citado, de Judith Martins-Costa (1998).

¹⁷ No atual Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/1/2002), esse princípio aparece no art. 422, que tem a seguinte redação: "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

¹⁸ Ulpiano. Lib. (1829, p. 122).

¹⁹ Rudolf Stammmer (1930, p. 241, nota 4).

²⁰ Giorgio Del Vecchio (1948, p. 41-42).

²¹ Gustavo Tepedino (2001, p. 4); Jones Figueirêdo Alves (2002, p. 374).

²² Ver, entre tantos outros, Alessandro Gropalli (1968, p. 232); Karl English (1988, p. 147); Hans Nawiasky (1962, p. 193); Paulo Dourado de Gusmão (1978, p. 272); Tercio Sampaio Ferraz Junior (1988, p. 266-270).

²³ Cf. Jones Figueirêdo Alves (2002, p. 375).

²⁴ Cf. Lima (2002, p. 16-17), em que a sua ilustre autora registra que as cláusulas gerais de boa-fé e equilíbrio contratuais, que integram o Código de Defesa do Consumidor, foram aplicadas em relações jurídicas estabelecidas com base no Código Civil de 1916, como se vê em mais de 1.000 julgados colacionados nessa obra.

²⁵ Esse modo de relacionar parte/todo, que na hermenêutica jurídica se denomina interpretação *sistemática*, deita suas raízes na idéia de *círculo hermenêutico*, pioneiramente desenvolvida por Schleiermacher, para quem "toda compreensão do detalhe é condicionada por uma compreensão do todo". Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher (1989, p. 67, 1999, p. 46-47). Nessa mesma linha, Karl Larenz (1997, p. 370, 457-462) adverte que "cada proposição jurídica, inclusive uma proposição jurídica completa, é sempre considerada pela Jurisprudência como parte de uma regulação mais ampla" e que "o sentido de uma proposição jurídica só se infere, as mais das vezes, quando se a considera como parte da regulação a que pertence".

²⁶ Karl Larenz (1997, p. 491-494).

²⁷ Sobre essa interdependência entre *ato normativo* e *ato hermenêutico*, ver Miguel Reale (1978, p. 72-82); Manuel Atienza (1993, p. 238-248, 1997, p. 95-100); Gilmar Ferreira Mendes (1991); José Joaquim Gomes Canotilho (1987).

²⁸ Inspirada nessa idéia de mútua dependência entre produção e aplicação do direito, merece aplausos a Lei Complementar nº 95, de 26/2/98, que estabelece regras para racionalizar a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis e, por essa forma, facilitar a sua execução, dispensando os operadores jurídicos de trabalhar com a ficção do *legislador racional*, um *tópos* argumentativo de que todos se utilizam para construir falsas premissas e, a partir delas, extrair conclusões *verdadeiras*...

Bibliografia

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVES, Jones Figueirêdo. Dos contratos em geral. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Tradução Mário da Gama Kury. Brasília: Ed. UnB, 1992.

ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.

_____. Hacia una concepción unitaria y racionalista del Derecho. In: _____. *Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel, 1993.

BARBOSA, Ruy. Parecer sobre a redacção do projecto da Camara dos Deputados. In: _____. *Projecto de Codigo Civil Brasileiro: Trabalhos da Comissão Especial do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. v. 1.

_____. Réplica do Senador Ruy Barboza às defesas da Redacção do Projecto da Camara dos Deputados. In: _____. *Projecto de Codigo Civil Brasileiro: Trabalhos da Comissão Especial do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1904. v. 2.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Traducción Juan Luis Reque-

jo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BORGES, Jorge Luis. O Livro. In: _____. *Jorge Luis Borges: Obras Completas*. Tradução Maria Carolina de Araujo et al. São Paulo: Ed. Globo, 1999. v. 4.

BRITO, Farias. *A verdade como regra das ações: ensaio de philosophia moral como introdução ao estudo do direito*. Belém: Tavares Cardoso & C., 1905.

BRUTAU, José Puig. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Barcelona: Bosch, [1951?].

CAMPOS, Francisco. *Atualidade de D. Quixote*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1967.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. Relatório sobre Programa, Conteúdos e Métodos de um Curso de Teoria da Legislação. Separata de: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 63, p. 405-494, 1987.

CAPELLA, Juan-Ramon. *El derecho como lenguaje*. Barcelona: Ariel, 1968.

COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Tradução Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Tradução Editora José Bastos. Lisboa: José Bastos & Cia, 1908.

DANTAS, San Tiago. *D. Quixote: um apólogo da alma ocidental*. Brasília: Ed. UnB, 1979.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del derecho*. 2. ed. Traducción Juan Ossorio Morales. Barcelona: Bosch, 1948.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Traducción Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1997.

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Tradução J. Baptista Machado. Lisboa: Gulbenkian, 1988.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *El debate filosófico sobre hermenéutica jurídica*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1995.

_____. *Hermenéutica jurídica: en torno a la hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1992.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1988.

FROSINI, Vittorio. La buena fe en la interpretación de los contratos. In: _____. *La letra y el espíritu de la*

ley. Traducción Carlos Alarcón Cabrera e Fernando Llano Alonso. Barcelona: Ariel, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Tradução Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Herança e futuro da Europa*. Tradução António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998.

GARCÍA MORENTE, Manuel. *Lecciones preliminares de filosofia*. 6. ed. Buenos Aires: Posada, 1957.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GROPALLI, Alessandro. *Introdução ao estudo do direito*. Tradução Manuel de Alarcão. Coimbra: Coimbra Editora, 1968.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

HART, Herbert. *El concepto de derecho*. Traducción Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

KAUFMANN, Arthur. Panorâmica histórica de los problemas de la filosofía del derecho. In: _____. HASSEMER, W. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Traducción Maria José Fariñas et al. Madrid: Editorial Debate, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1962. v. 2.

LAMEGO, José. *Hermenéutica e jurisprudência: análise de uma "recepção"*. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Traducción Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

_____. *Metodologia da ciência do direito*. 1. ed. Tradução José de Sousa e Brito e José António Veloso. Lisboa: Gulbenkian, 1978.

_____. _____. 2. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Gulbenkian, 1989.

_____. _____. 3. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Gulbenkian, 1997.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "sistema em construção". As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 139, p. 4-22, jul./set. 1998.

- _____. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da "ética da situação". In: _____. BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MARX, C.; ENGELS, F. *A ideologia alemã*. Tradução José Carlos Bruni e Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Hucitec, 1987.
- _____. La ideología alemana. In: _____. *Obras escogidas*. Traducción Editorial Progreso. Moscou: Editorial Progreso, 1974. t. 1.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Questões fundamentais de técnica legislativa. *Ajuris*, Porto Alegre, ano 18, n. 53, p. 114-138, nov. 1991.
- MONTESQUIEU. De L'Esprit des Lois. In: _____. *Oeuvres complètes de Montesquieu*. Paris: Chez Le-frèvre, 1839. t. 1.
- MORIN, Gaston. *Lá révolte du droit contre le code*. Paris: Sirey, 1945.
- MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- NAWIASKY, Hans. *Teoría general del derecho*. Traducción Jose Zafra Valverde. Madrid: Ediciones Rialp, 1962.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- PRIETO SANCHÍS, Luís. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993.
- REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- _____. Gênese e vida dos modelos jurídicos - problemas de semântica jurídica. In: _____. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- _____. *O projeto de Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- _____. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Panorama del pensamiento jurídico en el Siglo XX*. México: Porrúa, 1963. v. 1.
- SCHAFF, Adam. A relação cognitiva, o processo do conhecimento, a verdade. In: _____. *História e verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 1987. cap. 1. p. 65-98.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução Celso Reni Braidá. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.
- _____. *Herméneutique*. Tradução Christian Berner. [S. l.: s. n.], 1989.
- SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- STAMMLER, Rudolf. *Tratado de filosofía del derecho*. Traducción W. Roces. Madrid: Reus, 1930.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 7, jul./set. 2001. Editorial.
- ULPIANO. Lib. I Regularum, Digestorum seu Pandectorum, Liber Primus. In: *Corpus Juris Civilis quo Jus Universum Justinianeu Comprehenditur*. Aug. Taurinorum: Ed. Heredes Sebastiani Bottae, 1829. t. 1.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 2. ed. Tradução M. S. Lourenço. Lisboa: Gulbenkian, 1995.

Anna Maria Villela e Pedro Aleixo: um depoimento

José Carlos Brandi Aleixo

Para Ortega y Gasset, as minorias seletas são constituídas por aqueles que não se conformam com a mediocridade e exigem muito de si mesmos. Certamente Anna Maria Villela se encontra plenamente incluída nessa categoria de pessoas. Sumamente exigente consigo mesma, soube sê-lo, de forma pedagógica, com seus muitos estudantes, orientandos e colegas de trabalho. Viveu ela plenamente a sua vocação de professora e pesquisadora.

Tendo iniciado, brilhantemente, sua docência na Universidade de Brasília, em 1969, desempenhou papel de fundamental importância na criação, organização e desenvolvimento do Departamento de Ciência Política e Relações Internacionais, que nasceu em 1976, sob a nossa conjunta chefia. Depois, seria a primeira coordenadora do curso de mestrado em Direito e Estado, na mesma UnB, onde também fundou o Centro de Estudos de Direito Romano e Sistemas Jurídicos.

Um dos notáveis predicados da professora Anna Maria foi sua capacidade extraordinária de pesquisa. Graças a sua proverbial paciência, diligência e competência, logrou deixar-nos uma obra sólida e vasta, particularmente na área do Direito Internacional Privado. De grande valia para seu trabalho foi o domínio de várias línguas, assim como o constante aprimoramento do cabedal acadêmico, em numerosos cursos, nos mais diversos centros universitários, em países de diferentes culturas e tradições ju-

rídicas. Isso explica, em boa parte, o valor ímpar de sua tese de Doutorado de Estado, obtido com láureas acadêmicas, na renomada Universidade de Paris, Panthéon-Sorbonne, sob a sábia orientação de René David.

Seu conhecimento da integração europeia muito ajudou na análise e promoção da integração latino-americana, assim como, com sua participação operosa, na criação do Seminário Roma-Brasília, hoje uma das mais relevantes tradições de cooperação acadêmica internacional, reunindo professores e estudantes de diversos países, do velho e do novo mundo. Congregam-se eles, anualmente, em Brasília, sempre na última semana de agosto, por ocasião do aniversário do famoso sonho profético de Dom Bosco, que previu o surgimento de novo centro de civilização, entre paralelos onde nasceria a atual capital do Brasil.

Soube ela compatibilizar, de forma superlativa, os inúmeros compromissos profissionais de uma carreira prodigiosa com o cumprimento exemplar de todos os deveres em relação a sua família e, em particular, com os seus queridos pais, com os quais foi sempre prestimosa, solícita e disponível.

A pedido meu, Anna Maria Villela redigiu eloqüente depoimento sobre seu ex-professor de Direito Penal, que, *mutatis mutandis*, vale para si mesma. Ressaltou ela, em Pedro Aleixo, virtudes humanas e docentes que vieram a ser também características suas, em luminosa trajetória profissional. Publicado no jornal Estado de Minas, em 4 de agosto de 1982, o texto que se segue reflete a admiração sincera que sentia pelo seu professor de Direito Penal, no ano letivo de 1958, na Universidade Federal de Minas Gerais: [...] *Relembrando o professor Pedro Aleixo... Se, como já se disse, os Mineiros contemporâneos se distinguem pelo fato de terem conhecido Pedro Aleixo, ou dele terem ouvido apenas falar, sinto-me privilegiada por situar-me entre aqueles que sentiram a sua luminosidade fluir de vários focos.*

Observei-o em comícios públicos e li seus comentários de jornais; presenciei suas reações nos primeiros programas de televisão mineira ou

como julgador de concursos de oratória; vi-o candidato a pleitos eleitorais ou à cátedra de Direito Penal da UFMG; acompanhei-o nos júris verdadeiros, em que se digladiava com Pimenta da Veiga, ou nos simulados, em que testava o tirocínio profissional de futuros bacharéis.

E, mais que tudo, tive a honra de compor a primeira e a única turma de alunos à qual ele, como catedrático, ensinou Direito Penal, do começo ao fim do ano de 1958, quando deixou as Alterosas para ir, gloriosamente, participar da bancada mineira de Deputados na Câmara Federal.

Apraz-me lembrá-lo como mestre:

Ouçoo ainda fazer a chamada nominal e completa de seus cinquenta alunos, com a voz pausada e forte, que caracterizava o seu desinibido magistério.

Vejo-o tirar dos amplos bolsos do casaco as laudas que continham os esquemas de seus cursos que, 'a partir de Nelson Hungria', detalhavam, um a um, os delitos da Parte Especial do Código penal: a sedução, o crime passionnal, o aborto, o peculato... são temas que, ministrados por ele, ficaram-me para sempre na memória.

Pedro Aleixo era um professor exigente e o seu rigor não se dirigia apenas aos alunos, recaindo-se, antes de mais nada, sobre ele próprio que, paraninfando uma turma de bacharéis, assim se expressara:

'Sempre encerro a aula com a penosa impressão de deficiências insupríveis e termino o curso com a amargura certa de que, tudo procurando dar, nunca chegarei a dar o necessário'.

Contudo, se esta é a acusação sadia, que todo bom professor faz a si mesmo, é evidente que não representa a verdade, vez que os frutos de um magistério nem sempre são palpáveis ou aparentes a breve prazo.

Somente o tempo os amadurece.

No que me diz respeito, às mais importantes marcas, que recebi de Pedro Aleixo, extrapolam o currículo estrito e ainda me servem de incentivo. Foram, se assim pudesse expressar-me: a lição do detalhe e a aula de civismo.

Quanto ao detalhe, é importante lembrar o momento histórico:

Corria o ano de 1958 e estava eu no terceiro ano de meu Curso Jurídico na UFMG. Avizi-

nhava-se o momento das provas parciais de julho, ao mesmo tempo em que a mocidade colocava-se aos aparelhos de rádio para seguir a atuação gloriosa do Brasil numa Copa do Mundo.

Era difícil desprender-se dos campos da Suécia para adentrar os volumes 'hungrianos', obrigatórios para o exame.

Muitos colegas, na rápida leitura dinâmica que faziam, saltavam as notas de rodapé e, na questão da prova parcial, tiveram a recompensa de sua negligência; o tema escolhido por Pedro Aleixo fora extraído, exatamente, de uma daquelas notas, inexpressivas e escondidas, do Tratado, fazendo metade da turma sucumbir.

Mas a todos valeu a advertência: o dever de ler os textos jurídicos não se limitava ao ostensivo e ao principal; tudo deve ser pesquisado, devassado, investigado.

Não surpreende que esta lição do detalhe nos tenha sido dada pelo proverbial interrogador de testemunhas no Fórum Lafayette, que, apegando-se a minúcias e detalhes acessórios, conseguia, muitas vezes, fazer saltar, publicamente, a verdade dos fatos.

A aula de civismo também deu-ma Pedro Aleixo, mas não nos comícios ou nos discursos outros, nem mesmo no Parlamento.

Foi lá, na mesma Casa de Afonso Pena, que ele a ministrou, menos com a palavra do que com o exemplo:

Disputavam-se a presidência e os outros cargos do Centro Acadêmico Pedro Lessa e dois partidos dividiam o eleitorado estudantil: a Frente Acadêmica Renovadora (FAR) e a União Democrática Universitária (UDU).

O pleito era estimulante e eu fora convidada para participar de uma das mesas receptoras de votos que, à hora da apuração, teve o seu momento culminante com a presidência do mestre querido que, para a minha geração, representava a própria idéia de democracia – Pedro Aleixo.

Com que majestade, circunspeção e agilidade suas mãos trabalharam!

Com que admiração fitávamos o político mineiro que, no cume de sua carreira, aceitava o modesto papel de acompanhar seus alunos neste pequeno exercício de civismo.

Infelizmente, esta vivência tão indispensável iria espaçar-se para a nossa geração que, naquele final dos anos cinquenta, adquiria a maioria eleitoral e, muito pouco exerceria, em seguida, o direito de votar, com todas as suas prerrogativas. Pedro Aleixo foi para nós o varão virtuoso que doutrina com a palavra e pelo exemplo convence.

Sociedade nacional e relações internacionais: um novo ensaio cooperativo argentino-brasileiro

José Flávio Sombra Saraiva

Sumário

1. Entre a sociedade nacional e o estado. 2. Por uma nova dimensão societária das relações Argentina-Brasil. 3. Argentina-Brasil: novo marco no relacionamento bilateral. 4. Na direção de um novo consenso Argentina-Brasil: as sociedades nacionais e as causalidades múltiplas. 5. Três problemas na concertação societária argentino-brasileira. 6. À guisa de conclusão: para além de um mero ensaio estratégico.

O presente estudo, escrito em homenagem a Anna Maria Villela, expressa a saudosa lembrança da professora do então Departamento de Relações Internacionais e Ciências Políticas da Universidade de Brasília, de quem tive a honra de ser aluno e com a qual convivi, entre 1978 e 1981, no contexto da formação das primeiras gerações de acadêmicos brasileiros dedicados profissionalmente ao campo atinente às relações internacionais no Brasil.

O texto, que emana de preocupação com o presente das políticas exteriores da região platina da América do Sul, traduz uma certa inclinação pela forma em torno da qual Anna Maria Villela procurou, no passado, abordar os temas internacionais em suas aulas e conferências.

1. Entre a sociedade nacional e o estado

A dimensão societária das relações internacionais chegou tarde aos estudos atinentes às interações entre estados, culturas

e nações. As primeiras gerações de teóricos e historiadores preferiram abordar o poder, a ordem e a desordem bem como o binômio guerra-paz como os temas nobres da nascente disciplina. Tais conceitos permitiam conferir especificidade à nova área, que ensaiava não ser encapsulada, de forma monopólica, pelos cânones tradicionais da ciência política, da diplomacia prática, da história áulica e do tratadismo jurídico.

Em torno desses grandes temas, floresceram, ao longo das décadas posteriores à Grande Guerra (1914-1918), as grandes teorias e os primeiros debates. A obra seminal de Edward Carr sobre o entreguerra viria coroar, no final dos anos 30, o primado das causalidades materiais nas relações internacionais.

Disciplina infanta, as relações internacionais – como disciplina acadêmica – caminham para a sua adolescência efervescente. A aproximação do seu centenário, nas décadas que se aproximam, faz-se momento propício para pensar e revisitar o peso das sociedades nacionais na vida internacional. Há ainda uma forte lacuna de conhecimento e método nessa área. Foi preciso que a chamada “escola inglesa” das relações internacionais inaugurasse, com a proposição do conceito de “sociedade internacional”, a via das interações biunívocas entre as formas sociais internas e externas dos Estados e o lastro cultural que viria promover um sentido mais social e cultural à vida internacional. Mas essas discussões, consolidadas nas tradições teóricas advindas dos debates realizados por autores como Martin Wight, Hedley Bull, Herbert Butterfield e Adam Watson, ainda estão abertas e merecem revisão.

A teoria clássica do realismo político nas relações desenvolveu a tese segundo a qual o peso diferenciado dos Estados nas relações internacionais seria definido quase apenas pelos dados materiais. A força do produto interno, a capacidade militar instalada, as plataformas tecnológicas, entre outros fatores, impor-se-iam na identifica-

ção dos Estados dotados de excedentes de poder internacional.

2. Por uma nova dimensão societária das relações Argentina-Brasil

Cabe notar, no entanto, que a mera acumulação dos balanços econômicos e estratégicos clássicos não são suficientes para o escrutínio do peso relativo de certos Estados nas relações internacionais. A história mais recente do sul do continente americano oferece um fabuloso exemplo do quanto as relações internacionais não podem ser mensuradas apenas pela materialidade das armas estocadas ou pelo produto industrial posto em marcha no processo econômico dos Estados.

Não se deve negar que o Brasil e a Argentina, apesar do esforço de retomada gradual da normalidade econômica nos anos de 2003 e 2004, não apresentam um perfil muito elevado nas leituras do realismo clássico das relações internacionais. Basta olhar para os últimos anos para se perceber que o panorama que se divisa não é tão animador. Persiste uma dinâmica de crescimento baixo e descontínuo, instabilidade cambial, juros elevados e sistemática perda do poder aquisitivo do mercado interno. O alto endividamento público aprisiona ambos os países à lógica financeira, deixando-os reféns de movimentos especulativos e turbulências no cenário externo.

Da mesma forma, os setores empresariais nacionais de ambos os países vêm enfrentando problemas graves como a ausência – particularmente no caso argentino, mas também no caso do Brasil – de um projeto autônomo de inserção internacional. As visões de curto prazo desses setores, associadas ao fato de que a base nacional do capitalismo da produção em ambos os países está cada vez mais reduzida, parecem valer ver que esses países não têm condições de encetar um projeto ativo de inserção global.

Por outro lado, deve-se reconhecer que há, no plano da política internacional do

Brasil e da Argentina, uma mudança de qualidade com implicações extraordinárias nas transformações internacionais que se processaram no Cone Sul das Américas a partir de 2003. Pareceria até, ao observador desavisado, que há uma contradição fundamental entre a economia e a política internacional dos dois países. Na economia, permanece a vulnerabilidade. No plano político, os dois países caminham para uma concertação estratégica jamais ocorrida na história da América Latina.

Índices de toda ordem indicam essa mudança de rumo. Exemplos de toda ordem demovem a idéia de que as políticas exteriores dos Estados são apenas a resultante matemática do realismo vulgar que soma produto interno e armas estocadas.

3. Argentina-Brasil: novo marco no relacionamento bilateral

O que está em curso na região austral da América Latina? Um novo padrão nas relações internacionais com profundas implicações teóricas e práticas para a história da região. Em primeiro lugar, as inclinações sul-americanas das políticas exteriores do Brasil e da Argentina fizeram-se presentes, de forma crescente, nos discursos políticos dos novos líderes sub-regionais – Lula e Kirchner – bem como na gestão prática das diplomacias. Em segundo lugar, o Mercosul empreendeu retomada conseqüente ante os novos interesses engendrados, social e politicamente, nas bases das duas sociedades. A Argentina e o Brasil acabavam de renovar, pela via democrática, seus governos nacionais. No Brasil, a oposição alcançava, depois de muito se preparar, o poder nacional. Na Argentina, o menenismo sofria golpe duro com a chegada de Néstor Kirchner à Casa Rosada.

Em terceiro lugar, e mais importante, está o relance mais espetacular dos ventos frescos que sopraram nas relações internacionais do Cone Sul e que modificaria a geografia das Américas. Foi a frente comum,

engendrada pelo Itamaraty e pelo Palácio de San Martín, contra a integração assimétrica do continente. A vitória argentino-brasileira nas negociações resultantes da Reunião de Miami, em meados de novembro de 2003, bem como na Reunião de Buenos Aires de março de 2004, confirmou a tese que a “Alca flexível” conferia mais liberdade aos 34 países membros em assumir diferentes níveis de compromissos. Era um sinal de derrota para a diplomacia norte-americana e para aqueles países latino-americanos, como o México e o Chile, que haviam enveredado em programas de integração mais rígidos com os Estados Unidos.

Os observadores da experiência histórica das relações internacionais da América Latina não nutrem muita surpresa acerca dos novos posicionamentos argentino-brasileiros em relação ao mundo que os rodeia e aos problemas globais. Afinal, não é sequer original o arregimentar forças sub-regionais para enfrentar o “gigante do Norte”.

Estudos clássicos como os de Juan Carlos Puig e José Paradiso, na Argentina, bem como de Hélio Jaguaribe, Moniz Bandeira e Amado Cervo, no Brasil, já haviam demonstrado, para períodos históricos anteriores, o mecanismo de formação de consensos no Cone Sul ante ameaças externas à inserção autônoma dos dois grandes Estados da América meridional. Mais recentemente, a dissertação de mestrado de Carlos Eduardo Vidigal e as teses doutorais de Antonio José Barbosa, Luiz Fernando Ligiero e Tânia Pechir Gomes Manzur são elucidativas acerca da construção de tais consensos sub-regionais, mesmo em tempos nos quais não havia exatamente um processo de integração em curso como o Mercosul.

Mas há algo novo no ar. Basta ver os termos do Consenso de Buenos Aires (2003) em relação aos esforços retóricos e práticos vivenciados pelas lideranças políticas em momentos anteriores de aproximação argentino-brasileira. Há uma inédita vontade política dos dois presidentes no sentido do trabalho junto, articulado, de forma cooperati-

va, orientando ações e táticas na mesma direção.

Há, antes de tudo, uma operação diplomática e negocial posta em marcha nas diferentes frentes de negociação, do Conselho de Segurança das Nações Unidas, passando pelas táticas dos corredores da Reunião da OMC em Cancun (2003) aos votos concertados de abstenção na resolução que puniu Cuba na Comissão de Direitos Humanos da ONU (2004). Da mesma forma, a expressa originalidade da Ata de Copacabana (2004), assinada pelos dois presidentes, evidencia esforço inédito de construção de uma concertação estratégica entre os dois países, apesar dos constrangimentos internos de cada país e da vulnerabilidade econômica a que ambos estão submetidos.

4. Na direção de um novo consenso Argentina-Brasil: as sociedades nacionais e as causalidades múltiplas

A pergunta mais conseqüente para o analista é aquela que evoca as razões em torno das quais esse novo consenso argentino-brasileiro pôde ser estabelecido. O esquema teórico do sistema de causalidades, como lembraria Pierre Renouvin, é útil para averiguar esse momento auspicioso do encontro entre as duas sociedades mais complexas da sub-região platina. As causalidades profundas são várias. Recordá-las se faz necessário para a compreensão do curso comum que alimenta as transformações em marcha, como também para o entendimento da permanência de certos vícios e desconfianças do passado.

Embora nem todas as causalidades a seguir apontadas tenham tido o mesmo peso político na construção do consenso argentino-brasileiro, elas servem de balizadoras para o debate em curso. Ademais, não se pretende estabelecer o peso relativo de cada uma delas uma vez que todas elas atuam em conjunto. Isolar variáveis, nesse caso, não parece ser a melhor operação metodológica para resolver o problema.

A primeira causalidade incide sobre o quadro de expectativas geradas por ambas as sociedades nacionais no processo de escolha dos seus novos mandatários. No caso brasileiro, Lula foi eleito com apenas dois grandes argumentos que balizaram sua chegada ao Palácio do Planalto. Internamente, propunha-se superar o déficit social e trazer uma grande parte dos brasileiros à margem do consumo e da cidadania, para o bem-estar. O número arrasador desses brasileiros, em torno de 30 milhões, era um fato que envergonhava o país.

No plano externo, o Brasil deveria, segundo Lula, atenuar a vulnerabilidade estratégica e econômica posta em marcha, por meio de uma política exterior ativa, capaz de mudar os padrões de ação servil à especulação internacional que advinham do modelo anterior de inserção internacional do país.

Na Argentina, apesar de fatores próprios que justificam dinamicidade e complexidade à chegada de Kirchner à Casa Rosada, não se deve descartar que os dois grandes argumentos da campanha de Lula estavam também na proposta programática de campanha do novo presidente argentino. O programa Fome Zero é um exemplo claro. A idéia de que os argentinos não pagariam pela crise provocada, em parte, pelos especuladores internacionais era outra que combinava com a proposta de Lula de rever o modelo de inserção internacional do Brasil.

Dessa forma, os desafios maiores de ambos os novos presidentes fizeram-se muito próximos se não coincidentes. A plataforma ideológica foi a mesma, antes e depois de assumirem a presidência. Ambos eram contra o Consenso de Washington. Foram eleitos para modificar os padrões das reformas liberais ocorridas não apenas na Argentina e no Brasil, mas na América Latina no seu conjunto, nos anos 90.

Esses elementos comuns facilitaram a aproximação dos dois países. A sociedade argentina olhava o exemplo brasileiro, uma vez que a eleição fora anterior no tempo (ain-

da em fins de 2002), e vice-versa. No Brasil, o grupo político que chegou ao governo em janeiro de 2003 viu, na hipótese de eleição de Menem, uma ameaça ao avanço das novas projeções externas do Brasil. Temia o Brasil uma norte-americanização intensa da Argentina e um forte retrocesso na dimensão estratégica do Mercosul.

A desconfiança em relação a Menem levou a que o grupo do PT no núcleo duro do governo Lula trabalhasse abertamente pela eleição de Kirchner. Mesmo com as reservas do Itamaraty e o receio de certos setores políticos com o alto risco de apoiar um candidato com chances não muito claras de chegar ao poder, Lula convidou o então candidato Kirchner para uma visita que já tinha conotações de visita de novo chefe de Estado, em momento no qual a própria sociedade argentina demonstrava nutrir certas dúvidas acerca do eventual ganhador de um eventual segundo-turno nas eleições presidenciais de 2003.

Uma segunda causalidade advém da sinergia pessoal que foi rapidamente construída entre os dois líderes e desses líderes com as massas populares. Mesmo sem querer apenas reproduzir as noções de carisma político ou de simples apologia do “messianismo”, Lula e Kirchner têm alguns desses traços e fizeram com que a vontade política pessoal se tornasse objetivo de Estado. Produziram ilusões redentoras comuns sobre as possibilidades externas dos dois países. Mas ambos os presidentes compartilharam a capacidade de fazer dessa vontade uma agenda viva, permanente e estratégica.

As diplomacias profissionais, de forma obediente e hierárquica, cumpriram as novas missões. Celso Amorim, Samuel Pinheiro Guimarães e Marco Aurélio Garcia passaram a operar a formulação da estratégia externa do Brasil. Na Argentina, tem-se a noção de que não há um grupo orgânico como o que se vê em Brasília. Mas percebe-se que há um grau de coordenação nessa matéria que é claramente mantida por Kirchner e poucos assessores. Apesar de pe-

quenas resistências de servidores diplomáticos mais vinculados ideologicamente aos governos anteriores, especialmente à administração Cardoso, a gestão diplomática ganhou os contornos políticos sugeridos pelas campanhas dos dois presidentes eleitos.

Uma terceira relevante causalidade relaciona-se à situação do Mercosul. Sem uma estratégia comum externa bem definida nos anos anteriores à posse dos dois novos presidentes, passando por mais uma das suas crises endêmicas, o Mercosul reencontrou sua identidade com Lula e Kirchner.

A reanimação do Mercosul é certamente um dos elementos mais visíveis da nova concertação argentino-brasileira. Voltou a ser um eixo relevante para a estratégia comum dos dois países. Preencheu um vazio ideológico que existia no final do mandato de Fernando Henrique Cardoso, quando o Mercosul ficou uma forma sem conteúdo, por razões múltiplas e não apenas geradas pelo desinteresse brasileiro em dar mais institucionalização ao processo de integração platina.

A instrumentalização do Mercosul como uma plataforma do agir juntos no cenário internacional já trouxe frutos para as várias iniciativas comuns dos governos Lula e Kirchner. Resolveram, Argentina e Brasil, atuar mais diretamente nas possibilidades de formar um amplo mercado comum na América do Sul envolvendo o Mercosul com a Comunidade Andina. Aceleraram os dois países suas lideranças no Mercosul de forma a tentar garantir, particularmente a partir dos inícios de 2004, a possibilidade de pôr em marcha, dez anos depois das primeiras tratativas, o acordo de livre-comércio entre o Mercosul e a União Européia. Agiram os dois países, de forma clara, na superação dos impasses políticos na Bolívia, garantido a posse do presidente Mesa e descartando um banho de sangue no vizinho sul-americano. O Brasil, com o apoio argentino, monitorou a crise venezuelana em sua fase mais aguda, evitando interven-

ções norte-americanas no encaminhamento do “imbróglio” político em que se metera o presidente Chavez.

5. Três problemas na concertação societária argentino-brasileira

Os três fatores anteriores, ao animarem a nova página das relações argentino-brasileiras, são acompanhados por outros fatores menos otimistas para a parceria estratégica que está em formação entre os dois países. Alguns desses problemas já se manifestam e devem ser observados pelo processo decisório na Argentina e no Brasil, tendo em vista o adequado equacionamento antes que se avolumem no tempo.

Em primeiro lugar, há um sentimento que se amplia na sociedade brasileira, em especial em setores mais esclarecidos da opinião pública favoráveis ao governo Lula, de que a Argentina vem sendo mais ousada no sentido da articulação da sua política exterior com a política econômica. A ausência de semelhante equilíbrio entre as duas políticas estaria comprometendo os êxitos da política externa brasileira. As negociações com o FMI, especialmente no capítulo do superávit fiscal, vêm preocupando setores apreensivos com o crescimento econômico no Brasil.

Crescimento negativo e superávit fiscal da ordem de quase 6%, praticamente o dobro do argentino, associado a níveis crescentes de desemprego, vulnerabilizam a política externa do Brasil. O esforço de negociação de interesses comuns na formação de coalizões internacionais como aquelas que deram origem ao G20, no qual ambos os países jogaram papel protagônico, padece diante dos baixos índices de crescimento do Brasil. A tendência, ademais, será de crescimento econômico no Brasil bastante tímido nos próximos anos, bastante inferior ao crescimento mundial previsto e mesmo em relação ao continente latino-americano.

Os negociadores internacionais e os adversários da política internacional do Bra-

sil e da Argentina estão bem informados dessa vulnerabilidade e já a exploram politicamente. A irritação do governo norte-americano em relação à altivez da política externa brasileira já se fez presente em várias ocasiões, como a produção de incidentes que envolvem a Agência Internacional de Energia Atômica e a suposta centrifugação de urânio nos processadores de Rezende além dos níveis previstos pelo TNP e pelos critérios da AIEA.

Em segundo lugar, aparecem pequenas diferenças conceituais na política exterior argentina em relação à brasileira no que tange à reforma do sistema das Nações Unidas. No que se refere ao assento que o Brasil julga natural no Conselho de Segurança dessa instituição, as percepções argentinas sobre esse lugar natural não são as mesmas do Brasil. Ao contrário, o Palácio de San Martín insiste em que o tema deverá ser melhor discutido e que o lugar da Argentina naquele Conselho, como membro-permanente, não está descartado.

Mesmo o gesto brasileiro de convidar um diplomata argentino para ser incluído na delegação do Brasil nos trabalhos como membro não-permanente do Conselho de Segurança, pelo biênio 2004-2005, não surtiu o efeito esperado pelo Itamaraty. Há indícios de que a manobra foi vista por vários setores esclarecidos da Argentina como uma forma de cooptação de valor duvidoso. A tática brasileira de incluir um delegado argentino poderia ser entendida, como de fato o foi por setores diplomáticos daquele país, como uma forma de aliviar as divergências nessa matéria.

Last but not least, emergem críticas na Argentina à utilização política, no governo Lula, do instrumento dos financiamentos do BNDES para o apoio à constituição da infra-estrutura sul-americana. O descompasso entre o gesto retórico e a prática dos financiamentos desse grande banco de desenvolvimento brasileiro estaria criando mais embaraços que cooperação na formação da área sul-americana de países.

No fundo, esse problema leva diretamente ao tema da relação entre a boa imagem do Brasil de Lula na região sul-americana e suas reais possibilidades de meios em fazer dessa imagem ação prática cooperativa. Essa é uma tensão que não tem um encaminhamento satisfatório por parte de setores diplomáticos argentinos que vêm no gesto brasileiro uma pretensão arriscada de liderança sul-americana sem meios. Uma incipiente irritação de diplomatas e empresários de países vizinhos do Brasil na América do Sul já haveria chegado aos ouvidos de lideranças políticas em Buenos Aires e passou a ser utilizada na chancelaria argentina como uma arma diplomática contra o Brasil.

6. À guisa de conclusão: para além de um mero ensaio estratégico

Apesar dos elementos de preocupação anteriormente citados, vale a pena seguir o compasso da cooperação em alto nível entre Brasília e Buenos Aires. As sinergias são elevadas no seio das sociedades e nas lideranças políticas. É também certo lembrar que a nova concertação Lula-Kirchner permitiu alguma consistência própria ao projeto estratégico do Mercosul. Isso é original em relação aos ensaios de construção de uma estrutura mais permanente de concertação entre os dois países no passado.

O capital político ainda persiste e está a favor dos consensos e não dos dissensos. Oxalá as diplomacias e as lideranças políticas saibam preservar e ampliar o que já se fez. Seria lamentável ter de recomeçar, depois de um ensaio de concertação, um novo ciclo de desconfianças mútuas e competição improdutiva na América meridional.

As universidades, particularmente nos cursos de graduação e pós-graduação em Relações Internacionais, no Brasil e na Argentina, devem ser parte importante na retroalimentação da concertação que foi iniciada nas novas relações Argentina-Brasil. Ao envolver setores mais ricos e diversificados

das sociedades nacionais, o ensaio estratégico argentino-brasileiro tem todas as condições de ir além do ensaio para se tornar uma estrutura duradoura nas relações internacionais da América Latina.

Se isso vier a acontecer, teremos mudado os rumos da história. E também teremos derrubado a mitologia realista clássica das relações internacionais referida nos primeiros capítulos deste artigo. Nesse caso, estaríamos inaugurando também uma maneira mais rica de ver e analisar as relações internacionais, em torno da qual a força das sociedades domésticas ocupam, com toda sua complexidade, um lugar de destaque.

Bibliografia

BARBOSA, Antonio José. *O parlamento e a política externa do Brasil, 1961-1967*. 2000. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Brasília.

CERVO, Amado. Política exterior e relações internacionais do Brasil: enfoque paradigmático. *Revista Brasileira de Relações Internacionais*, Brasília, v. 46, n. 2, p. 5-25, 2003.

_____; BUENO, Clodoaldo. *História da política exterior do Brasil*. Brasília: Ed. da UnB; Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2001.

ESCUDE, Carlos. *Realismo periférico: fundamentos para la nueva política exterior Argentina*. Buenos Aires: Planeta, 1992.

FIGARI, Guillermo Miguel. *Pasado, presente y futuro de la política exterior Argentina*. Buenos Aires: Editor Latinoamericano, 1993.

MANZUR, Tânia Pechir Gomes. *Opinião pública e política exterior nos governos Jânio Quadros e João Goulart (1961-1964)*. 2001. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Brasília.

MIRANDA, Roberto Alfredo. Argentina: autonomía en tiempos de crisis. *Relaciones Internacionales*, [S. l.], v. 12, n. 24, p. 127-140, 2003.

PARADISO, José. *Debates y trayectorias de la política exterior Argentina*. Buenos Aires: Planeta Argentina, 1993.

PUIG, Juan Carlos. La política exterior Argentina: incongruencia epidérmica y coherencia estructural. In: PUIG, Juan Carlos et al. *América Latina: políticas exteriores comparadas*. Buenos Aires: Editor Latinoamericano, 1984.

RENOUVIN, Pierre. *Histoire des relations internationales*. Paris: Hachette, 1994.

SARAIVA, José Flávio S. A política exterior de Lula: o desafio africano. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 45, n. 2, p. 5-25, 2002.

_____. (Org.). *Foreign policy and political regime*. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2003.

_____. *Relações internacionais: dois séculos de história*. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2001. 2 v.

SOUTO MAIOR, Luiz A. P. Desafios de uma política externa assertiva. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 46, n. 1, p. 12-38, 2003.

VIDIGAL, Carlos Eduardo. *Integração Brasil-Argentina: o primeiro ensaio (1950-1962)*. 2000. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília.

Em direção a uma constituição européia

José Theodoro Mascarenhas Menck

Tive meu primeiro contacto com Anna Maria Villela na primeira metade da década de 80. Na ocasião, o curso de Direito da Universidade de Brasília – UnB passava por uma de suas sucessivas reformas curriculares. Quando da criação do curso, na década de 60, um amplo e ambicioso *curriculum* havia sido montado, no qual se previu uma série de cadeiras optativas de cunho de cultura geral jurídica. Naquela reforma, concluiu-se que muitas das cadeiras previstas nunca haviam sido efetivamente oferecidas aos alunos, e uma das intenções da reforma fora justamente enxugar a lista de matérias, suprimindo aquelas nunca lecionadas. Entre as passíveis de supressão, constava a cadeira “Direito Romano das Institutas”. Note-se que, muito embora se tratasse de um campo específico do Direito Romano, pois era centrado nas Institutas do Imperador Justiniano, era a única matéria prevista no *curriculum* da UnB em que havia referência explícita ao Direito Romano. Anna Maria Villela se revoltou contra a possibilidade dessa supressão. Segundo ela, um curso de Direito sério não poderia prescindir de estudar o Direito Romano, e assim se prontificou a ministrar essa matéria pela primeira vez na história da UnB. Fiz parte do primeiro grupo de alunos daquela matéria. A cadeira foi um sucesso, e nunca mais a matéria deixou de ser oferecida aos estudantes.

Anna Maria Villela sempre demonstrou, ao lado de uma erudição invejável, um gran-

de amor ao estudo, que soube transmitir a vários de seus alunos, dos quais se tornou verdadeira amiga. Sua grande paixão, no entanto, não era o Direito Romano, mas sim o Direito Internacional Público e as Relações Internacionais, campo no qual encontrava poucos rivais. Assim sendo, como homenagem a minha antiga professora, e eterna amiga, julgo oportuno dissertar sobre a evolução institucional pela qual passa a União Européia, evolução que ela não viu, mas que certamente acompanharia com um vivíssimo interesse.

Aos 18 dias do mês de julho de 2003, em Roma, a “Cidade Eterna”, franqueou-se uma etapa inédita tanto na História do Direito quanto na das Relações Internacionais. Naquele dia, a estrutura jurídica que forma a União Européia, a mais bem sucedida experiência política de integração do nosso tempo, partindo das Relações Internacionais, adentrou definitivamente no campo de estudo do Direito Constitucional. A singularidade do evento deu-se quando o Presidente da Convenção sobre o Futuro da Europa, o ex-presidente francês Valéry Giscard d’Estaing, acompanhado pelos dois Vice-Presidentes da Convenção, o ex-primeiro-ministro italiano Giuliano Amato e o ex-primeiro-ministro belga Jean Luc Dehaene, apresentou oficialmente à Presidência do Conselho Europeu, em nome da Convenção, o texto integral de um projeto de Tratado que estabelece uma Constituição para a União Européia.

O texto é longo, apresentando oportunidade para debates vários e objeções as mais diversas, no entanto, a divergência centralizou-se apenas “em cerca de dez por cento do texto”, principalmente no *quorum* necessário para a aprovação de medidas no âmbito da União Européia. Nesse ponto firmaram posição contrária ao texto proposto a Espanha e a Polônia, discretamente secundados pela Inglaterra. A presidência italiana do Conselho Europeu encetou uma larga ofensiva diplomática na qual procurou acertar as divergências de forma a possibi-

litar a aprovação da Constituição. No entanto, nunca esteve excluída a possibilidade de uma rejeição do texto. Estava previsto que o Tratado/Constituição, para entrar em vigor, teria de ser aprovado pelos 15 Estados que compõem a União Européia, bem como por aqueles 10 que a integrarão a partir de 2004, reunidos em uma Conferência Intergovernamental. A conferência, que teve sede em Bruxelas nos dias 12 e 13 de dezembro de 2003, não obteve o consenso necessário para a aprovação do texto, tendo sido adiada sua discussão para as próximas Conferências Intergovernamentais, ocasião em que a presidência da União Européia se transferiu para a Irlanda. A imprensa, bem como vários comentaristas, reagiram declarando que a Conferência Intergovernamental foi um fracasso, e que uma grande crise se desenhou no horizonte próximo da União Européia.

Em meio a esse debate, ao nosso aviso, um detalhe importante não foi devidamente avaliado. Trata-se de que a idéia mesmo de dotar a União Européia de uma “Constituição” não foi questionada por nenhum dos países. Ousamos dizer que, mesmo na hipótese de total refugo do texto elaborado pela Convenção, a soleira foi atravessada. Deve-se sempre ter em mente que até recentemente havia um grande medo, por parte dos mais entusiastas partidários da União Européia, de empregar a palavra confederação, muito menos federação, ao se referirem à natureza jurídica da União Européia.

Sempre realçavam, certamente por medo de ferir suscetibilidades nacionalistas, tratar-se de um organismo internacional, e, como tal, regido por acordos internacionais, no âmbito do Direito Internacional Público. No entanto, podemos constatar, o medo do inédito foi vencido. O tabu foi quebrado. Doravante falar-se-á sem medo da “Ordem Constitucional da União Européia”. É aí que se encontra a magna importância do evento. Um Direito Constitucional que regule não a organização interna de um Estado, mas de um conjunto de Estados. Que não caia-

mos na tentação fácil de dizer que estamos diante do nascimento de um superestado, algo profundamente temido pela generalidade dos políticos de origem anglo-saxônica, mas não apenas por eles, e peremptoriamente negado pelos construtores dessa nova ordem constitucional. Estamos, isso sim, diante de um metaestado, cuja real natureza certamente será melhor definida pela ciência jurídica dos próximos decênios.

Como o Direito Constitucional é o ramo do Direito mais diretamente imbricado com a Política, cremos ser de grande valia para todos os que estudam Direito Constitucional seguir os debates e os acontecimentos que levaram à elaboração do texto Constitucional europeu, mesmo que, repita-se, não venha a ser adotado tal como foi escrito.

Em dezembro de 2001, na cidade de Laeken, onde se localiza a residência do Rei da Bélgica, arredores de Bruxelas, em uma de suas periódicas reuniões, os Chefes de Estado e de Governo dos quinze países que atualmente compõem a União Européia e o Presidente da Comissão Européia firmaram um singular documento que foi intitulado “Declaração de Laeken”. A singularidade e, podemos mesmo dizer, a importância histórica do documento está no seu conteúdo altamente crítico em relação ao desenvolvimento que a União Européia estava até então tomando.

O documento começa retoricamente por lembrar o histórico da grande aventura que foi a criação da União Européia: “Durante séculos, povos e Estados procuraram adquirir o controle do continente europeu com guerras e armas. Nesse continente debilitado por duas guerras sangrentas e pelo enfraquecimento da sua posição no mundo, foi aumentando a consciência de que o sonho de uma Europa forte e unida só pode ser concretizado pela paz e pelo concerto dos países”. Segue declarando que, para vencer definitivamente “os demônios do passado”, foi criada o que seria a pedra inaugural da unidade européia: a Comunidade do Carvão e do Aço, a que se seguiri-

am mais tarde diversas outras atividades econômicas. Lembra que a integração econômica completou-se com a criação de um mercado único de mercadorias, pessoas, serviços e capitais, “a que se juntou, em 1999, uma moeda única”.

Com o aumento do concerto técnico e econômico, a União Européia passou a sentir necessidade de uma maior legitimidade política, não podendo contar apenas com aquela que lhe dava o Conselho Europeu. Surgiu, então, em 1980, a primeira eleição direta ao Parlamento Europeu. Desde então procurou-se, deliberadamente, estabelecer as bases de uma cooperação/integração nos domínios da política social, emprego, asilo, migração, polícia, justiça, segurança, política externa e defesa comum.

No entanto, mesmo tendo diante dos olhos esse passado de sucessos, os dignitários de Laeken não puderam afastar de seus espíritos a constatação de que a União vivia uma encruzilhada, “num momento crucial de sua existência”. A unificação da Europa era iminente. A União estava prestes a alargar-se englobando mais de dez novos membros, todos saídos do leste do continente. Se, por um lado, a incorporação do leste europeu no âmbito da União Européia significa a definitiva superação de “uma das páginas mais negras da História européia: a segunda guerra mundial e a divisão artificial da Europa”, por outro lado, essa nova realidade traz à tona a necessidade de uma reflexão profunda sobre o futuro das instituições européias.

Nesse ponto, o documento inicia uma surpreendente análise do mal-estar que imperara internamente no âmbito da União, nas relações entre os cidadãos e o aparelho burocrático institucional. Sempre, de acordo com a declaração, “os cidadãos subscrevem, sem dúvida, os grandes objetivos da União, mas nem sempre entendem a relação entre esses objetivos e a atuação da União no quotidiano. Pedem às instituições que sejam menos pesadas e rígidas, mais eficientes e transparentes. Muitos conside-

ram também que a União se deve dedicar mais às suas preocupações concretas e não entrar nos pormenores em domínios que, pela sua natureza, poderiam ser confiados com vantagens aos eleitos dos Estados-Membros e das regiões. Alguns vêem mesmo nisso uma ameaça à sua identidade. E, o que é pior, os cidadãos consideram que, frequentemente, tudo é combinado nas suas costas, desejando um maior controle democrático da instituição”.

Após essa franca análise interna, a declaração inicia uma rápida análise do espectro político mundial. Lembra que, passados poucos anos após a queda do muro de Berlim, que trouxe consigo um otimismo enorme, calcado na crença de que seria possível uma nova ordem mundial estável e isenta de conflitos, “o dia 11 de setembro veio abrir-nos brutalmente os olhos”. Continua: “o fanatismo religioso, o nacionalismo étnico, o racismo e o terrorismo estão a ganhar terreno e continuam a ser alimentados pelos conflitos regionais, pela pobreza e pelo subdesenvolvimento”. Diante desses desafios, indaga, qual o papel que deve desempenhar a nova Europa unida?

Após essas reflexões, que se materializam em uma série de questões precisas, a Declaração de Laeken convoca uma Convenção cuja missão será “debater os problemas essenciais colocados pelo futuro desenvolvimento da União e analisar as diferentes soluções possíveis”. Para tal objetivo, sublinha que será necessário estudar uma melhor repartição das competências legislativas entre a União e os seus Estados-Membros, a uma simplificação dos instrumentos legislativos em uso, e, a bem da democracia, formas de aumentar a transparência e a eficácia dos órgãos da União Européia. A declaração precisa que a Convenção deve-se preocupar em procurar mecanismos que venham a aumentar a legitimidade “das três instituições”: o Parlamento, o Conselho e a Comissão Europeus. O parágrafo final da segunda parte da declaração, arrojadamente, levanta “a questão de saber se a simplifi-

cação e reestruturação [dos tratados que servem de base à União Européia] não poderão conduzir à aprovação na União de um texto Constitucional”. E conclui indagando: “Quais deverão ser os elementos de base dessa Constituição?”. Quais “os valores defendidos pela União, os direitos fundamentais e as obrigações dos cidadãos?”. Como devem ser “as relações entre os Estados-Membros na União e com a União?”.

A última parte da declaração institucionaliza a Convenção que deverá responder as perguntas que formula. Determina sua presidência, composição, métodos de trabalho e um calendário. Não descarta sequer em fixar a natureza jurídica do documento final esperado ao declarar que a Convenção “elaborará um documento final que poderá compreender quer diferentes opções, indicando o apoio que as mesmas obtiveram, quer recomendações, em caso de consenso. O documento final, juntamente com o resultado dos debates nacionais sobre o futuro da União, servirá de ponto de partida para os trabalhos da conferência Intergovernamental, que tomará as decisões finais”.

O texto do projeto constitucional elaborado pela Convenção sobre o Futuro da Europa consta de um preâmbulo e de 460 artigos, divididos em três partes, além de uma quarta de disposições finais, e de uma série de anexos.

Indubitavelmente, a maior novidade, e a que realmente impediu sua adoção na Conferência Intergovernamental de Bruxelas de dezembro de 2003, é a exigência de uma nova maioria qualificada para a tomada de decisões no âmbito do Conselho Europeu. O artigo 24, primeira parte, diz que: “quando o Conselho Europeu ou o Conselho de Ministros deliberem por maioria qualificada esta será definida como uma maioria de Estados-Membros que represente, no mínimo, três quintos da população da União”. A segunda parte declara que: “quando a Constituição não exija que o Conselho Europeu ou o Conselho de Ministros deliberem com base numa proposta da Comissão,

ou quando o Conselho Europeu ou o Conselho de Ministros não deliberem por iniciativa do Ministro dos Negócios Estrangeiros da União, a maioria qualificada exigida consistirá numa maioria de dois terços dos Estados-Membros que represente, no mínimo, três quintos da população da União”. Ou seja, em uma União composta por 25 Estados-Membros, a tomada de decisão requererá os votos de 13 Estados, maioria simples, desde que representem pelo menos 60% da população da União.

A novidade, e dificuldade de adesão a seus princípios pela Espanha e Polônia, só podem ser efetivamente avaliados se se levar em consideração o sistema de ponderação de votos acordado em 2000, em Nice, no tratado que preparou o ingresso do leste europeu na União Européia.

Até Nice, as decisões requeriam a adesão unânime dos Estados-Membros; diante da iminência da extensão do número de novos membros, ficou clara a inadequação de se exigir a unanimidade. Seria o mesmo que condenar ao fracasso a União, pois o sistema previsto para seis (o número de “Estados Fundadores”) não pode funcionar com 25. Fazia-se mister acordar um sistema diverso, objetivo principal da reunião de Nice. O sistema acordado em 2000, obtido após várias estafantes noites de negociação, é particularmente complexo: ele exige a reunião de três condições para que se alcance a maioria qualificada no seio do Conselho de Ministros:

1^a – a maioria simples dos Estados, ou seja, 13 Estados entre 25;

2^a – a maioria qualificada de votos, fixado em 72% do total, segundo uma grade de ponderação, ou seja, 232 votos sobre um total de 321. Essa grade dá a cada estado uma quantia determinada de votos, que varia de acordo com sua preponderância: 29 votos aos quatro grandes (Alemanha, França, Inglaterra e Itália), 27 votos à Polônia e à Espanha (quando a população desses dois países é inferior a 50% à da Alemanha), 13 aos Países-Baixos, 12 à Bélgica, chegando a 4

votos aos Estados menos populosos (Luxemburgo, Eslovênia e Malta). Ressalte-se que a França, que havia feito da sua paridade com a Alemanha um dos elementos essenciais de sua política externa no âmbito europeu, obteve ganho de causa em Nice.

3^a – Por fim, a reunião dos votos favoráveis deverá representar pelo menos 62% da população da União. Esse último requisito foi imposto pela Alemanha, o país mais populoso.

Diante de um sistema tão complexo, dificilmente compreensível ao público em geral, em que um número quase que esotérico se deve somar a um valor demográfico sempre difícil de calcular, a Convenção optou por um sistema de muito mais fácil compreensão: 50% dos Estados representando 60% da população. Tal simplificação do sistema de votação, se, por um lado, significava uma maior proximidade com o cidadão comum, um dos objetivos da Convenção expressamente citado no ato de convocação da Convenção, por outro lado, acarretava uma perda considerável para os países “quase grandes”, a saber, Espanha e Polônia. O sistema proposto pela Convenção, exceção feita aos dois “quase grandes”, foi bem acolhido pelo conjunto de países. Mesmo a França, que, pelo sistema convencional, perde sua tradicional política de paridade com a Alemanha, aceitou o sistema proposto como uma contingência necessária. A Espanha, no entanto, ainda durante os debates na Convenção, declarou que, de forma alguma, poderia renunciar ao seu *status* de “quase-grande”, conseguido em Nice, e que nada mais era do que uma legítima compensação pelos “sacrifícios” que teve de suportar, entre os quais o tamanho de sua bancada no Parlamento Europeu: 54 deputados contra 99 consentidos à Alemanha. Com o objetivo de superar o obstáculo espanhol (a Polônia revelou-se insatisfeita, porém, dada sua situação de futuro membro, muito menos à vontade para bloquear os trabalhos), a Convenção acordou postergar o início de seu *quorum* para o ano de 2009, até lá valendo o

acordado em Nice (§ 3º do art. 24). Porém, em 13 de junho de 2003, a Espanha declarou que essa postergação era uma concessão “insatisfatória”.

Nas vésperas da Conferência Intergovernamental, esse obstáculo assumiu contornos de barreira intransponível, tendo a Polônia perdido sua timidez e manifestado que estava pronta a declarar um veto ao projeto Constitucional caso não fosse respeitado o *status* que adquirira em Nice. Por sua vez, Londres passou a dar apoio, ainda que discreto, aos seus aliados de Madri e de Varsóvia na questão iraquiana.

Sentindo a pressão franco-alemã, e tendo fracassado em tentar se fazer porta-voz dos pequenos, a Espanha chegou à Conferência Intergovernamental de Bruxelas declarando-se pronta a aprovar a Constituição, desde que o específico problema dos votos fosse adiado para futuras conferências.

Por sua vez, os “países fundadores” declararam que, ao contrário de Nice, não aceitariam um acordo a qualquer preço, e que ou o acordo seria satisfatório, ou nada seria aprovado. À Itália, como tendo a presidência rotativa da União Européia, coube a tarefa de costurar um acordo. Inicialmente, a conferência, que começou na sexta-feira, dia 12 de dezembro, estava prevista para durar até a tarde de domingo, dia 14 de dezembro. Berlusconi, primeiro-ministro italiano e presidente da conferência, e como tal anfitrião, tinha programado uma pausa no domingo de manhã, para acompanhar uma partida de futebol importante. No entanto, na tarde de sábado, anunciava-se oficialmente o encerramento da conferência sem acordo acerca do problema magno.

Tais dilemas, no entanto, certamente não irão impedir um desenlace que se espera favorável à Europa de instituições comuns.

Le juriste de demain et la connaissance du code civil

Luiz Edson Fachin

Sommaire

1. Introduction; 2. La codification en tant que protagoniste : une image; 3. Enseignement juridique : une invitation à la réflexion sur les codes; 4. Contexte historique du droit, des codes et de la conception d'État; 5. Défi des transformations; 6. Connaissance du droit et connaissance des principes constitutionnels; 7. La réforme du nouveau Code civil brésilien; 8. Conclusion.

O presente estudo é uma homenagem à vida e à obra da Professora Anna Maria Villela, que amou o Direito, os livros e a França.

1. Introduction :

Alberto Bueres (1986, p. 32) a écrit que “le juriste d’aujourd’hui a une attitude différente de celui des siècles passés. Autrefois, le rationaliste ou le dogmatique se consacraient à la recherche des constructions parfaites. Leurs structures étaient donc prétendument immuables, permanentes. Et encore : les postulats étaient acceptés sans questionnement. L’homme du droit actuel fait face à un monde changeant, surtout dans les domaines social et économique. Ce qui est valable aujourd’hui le sera demain”.

Cette proposition permet d’analyser les rapports transitoires existant entre la connaissance et la codification, transpercés d’un idéal d’uniformisation, précision et nourris d’un désir de simplicité et clarté. Bref, cette sorte d’utopie législative : accès

simple au contenu de la loi, à la portée de tous, moins formelle pour que la norme codifiée soit connue, comprise et utilisée. Voilà un beau rêve, bercé maintenant par les perspectives encourageantes de l'informatique et du développement technologique.

Il faut donc se demander quelles seraient les limites et les possibilités de cette aspiration – quelle qu'elles soient, idéal d'uniformisation, précision, prévision et simplicité –, sans négliger non plus la vigueur du nouveau Code Civil brésilien¹. Voilà notre questionnement et nous tâcherons d'y trouver une réponse.

Pietro Perligieri (2002, p. 6) affirme, en ce qui concerne le rôle de la codification contemporaine et l'interprétation des diplômes législatifs, que “la question principale ne réside pas en la disposition topographique (codes, lois spéciales), mais en l'aspect unique des problèmes. Il faudra trouver une réponse à ces problèmes, en la cherchant dans le système comme un tout, sans être d'une part attaché à la prémisse préconçue du caractère résiduel du code et d'autre part, sans être inattentif aux lois qui sont chaque fois plus nombreuses et fragmentées.”

Pour bien saisir cette conjecture, le chemin à emprunter n'est pas celui de la technique mais celui de l'art. Pour cela, je ferai usage d'une métaphore.

2. La codification en tant que protagoniste : une image

L'éclairage est sur Martín Santomé, personnage principal d'un roman², *La Tregua*, écrit par Mario Benedetti³. L'incohérence apparente de cet homme était entre la routine quotidienne insoutenable, source de constatation de la désillusion, et l'impossibilité de convertir son sentiment conscient de vie frustrée en levier de transformation. Pour Martín Santomé, le seul instant de répit se passe quand une circonstance change le quotidien ennuyeux de sa vie résignée.

Focalisons-nous sur le juridique privé classique où la codification est la protagoniste d'une contradiction : la régularisation

des rôles et la résistance au pouvoir constructif des événements marginaux au Code. Dans la codification civile, jurisprudence ténue, doctrine pâle, législation sans connexion débouchent sur un répit contemporain, ce que l'on pourrait appeler de constitutionnalisation re-personnalisation, dépatrimonialisation. C'est la traversée des codes archaïques aux souffles hypothétiques de jeunesse émancipatrice du Droit qui approche les frontières entre le public et le privé.

Dans le théâtre de notre métaphore, le paradoxe apparaît lors du répit de Martín Santomé. C'est une période d'amour, qui est interrompue avec la mort de la femme aimée. Les scènes révèlent, pendant cette année qui précède sa retraite, l'homme du début de son poste et l'homme de la fin de cette sorte de mise-en-scène, c'est-à-dire la naissance, le développement et la mort d'un amour automnal, hors de saison, qui paraissait l'avoir fait renaître.

Cela n'a pas été qu'un répit, brève lumière qui est née et est passée par lui momentanément, qui touche et tout de suite s'est éteinte, fugace. L'une de ces lumières, qui malgré son apparition éphémère, paraissent qui existent pour nous révéler l'obscurité profonde. Martín Santomé a voulu se laisser aller par le courant ou peut-être par le torrent.

Quel sera le répit pour le Droit dont le passé est peut-être terminé et dont l'avenir peut pourtant se constituer ?

Pour Martín Santomé, après tout, le paradoxe entre le manque de temps pour se rendre compte de ce qui transforme vraiment sa vie et l'organisation de ses heures prétendument libres⁴, montre la différence entre deux perspectives et deux plans.

La première perspective oppose le savoir, en tant qu'une simple toile, à la seconde, celle du mouvement et du changement. Sur le premier plan, l'histoire est envisagée comme un musée qui peut être contemplé comme culture sans réflexion et superficielle; le second plan, sans aucun doute, saisit temps

et espace présents dans le contemporain ou, tout au moins, capables de focaliser sur la société et l'État.

C'est cette seconde idée dont nous allons traiter. Nous le ferons cependant sans analyser toute la vie inerte de Martín Santomé, apathique et sévère. Ce qui nous intéresse, c'est justement cet intervalle créatif qui n'accorde pas d'armistice mais se montre comme une forme de proposition transformatrice.

En approchant les éléments de la métaphore de notre sujet, il faut se demander : l'idée de codification est-elle sur quel plan ? Dans notre contexte, nous pouvons nettement apercevoir le rôle que la pensée scientifique-juridique peut jouer, non comme un instrument de confinement mais comme un instrument de libération et par conséquent, il contient quelque chose d'émancipateur. Il faut donc se demander : comment le juriste de demain se préparera-t-il pour une nouvelle analyse du Droit Civil codifié ? Nous voulons maintenant souligner un des sens dans lequel s'unissent la connaissance, le Droit et le Code Civil : l'enseignement juridique en tant que moyen d'accès à la perception de la loi et la compréhension du système juridique en tant qu'archétype ouvert et renseigné par des principes.

La dimension classique de la pensée codificatrice peut être dégagée de la pensée de Andrés Bello (1979, p. 59), pour qui le Code "pourra donc être utilisé par tous, pourra être consulté par tout citoyen lors de doutes et jouera le rôle de guide pour qu'il accomplisse ses tâches".

Pour Pietro Perlingieri (2002, p. 4), par "code", en général, "on comprend le document (qui est une loi) contenant un ensemble de propositions prescriptives (dont on relève les normes) envisagées comme unités, selon une idée de cohérence et de système, destinées à constituer une discipline tendancielle complète d'un secteur. L'expérience de la codification – dont les racines sont à la Révolution Française et n'est pas une caractéristique typique de tout l'ordonnement étatique – a donné vie en Ita-

lie, par rapport à la discipline ici étudiée, au Code Civil de 1865 et à celui (encore en vigueur) de 1942".

Pour Francisco Amaral (2003, p. 123), la cause première des codifications est "le besoin d'unification et uniformisation de la législation en vigueur d'une matière déterminée, non seulement en simplifiant le droit et permettant sa connaissance mais encore en lui accordant plus de certitude et de stabilité. Éventuellement, c'est un instrument de réforme de la société comme reflet de l'évolution sociale. Son fondement philosophique ou idéologique est le droit naturel, qui trouve dans les codes l'instrument de planification globale de la société par la réorganisation systématique et innovatrice de la matière juridique, et on affirme que 'les codes de droit naturel ont été des actes de transformations révolutionnaires'."

Amaral (2003, p. 123) affirme encore que "la codification présente des avantages, comme celle de simplifier le système juridique, ce qui permet non seulement la connaissance et l'application du droit, mais encore d'élaborer les principes généraux de l'ordonnement qui seront la base de l'adaptation du droit à la complexité de vie réelle, ce qui explique le triomphe de la codification ces trois siècles. L'inconvénient est que la codification empêche le développement du droit, produit de la vie sociale qui ne peut être circonscrit, limité, apprivoisé par des structures formelles et abstraites".

3. Enseignement juridique : une invitation à la réflexion sur les codes

Notre point de départ correspond à l'idée suivante : la vie sociale ne doit pas être conforme aux connaissances juridiques, au contraire, celles-ci doivent s'y ajuster.

Ce défi ne confond pas l'étude et la recherche avec l'isolement intellectuel et va à la fois vers le Droit et vers une des dimensions qui, soit l'enseignement aussi bien que la recherche juridique, peuvent atteindre dans le discours et la pratique juridiques.

Ici sont les bases pour le dialogue entre le juriste de demain et un Droit Civil renouvelé.

Le principe des idées sur la question du lien étroit de l'enseignement juridique avec la connaissance des codes est d'abord basé sur la reconnaissance du vrai rôle du droit et par l'insertion sociale et historique du juriste.

Cela signifie qu'il faut reconnaître que la conscience sociale et le changement font partie de la formation juridique. Et encore, c'est un engagement avec l'appel au vrai but de l'enseignement juridique, un défi qui nous questionne.

Pietro Perlingieri (2001, p. 297), lorsqu'on lui a demandé quelle serait la technique législative la meilleure et la plus adéquate pour résoudre les problèmes de l'homme contemporain (principes, clauses générales, concepts juridiques inderterminés ou régularisation casuistique exhaustive), soutient pertinemment qu'une organisation doit d'abord être caractérisée par les principes généraux qu'elle énonce, par les valeurs qu'elle exprime, par l'adéquation des structures qu'elle offre à son action. Toutefois, il argumente que les techniques législatives doivent être choisies selon la matière et l'état de la jurisprudence et de la doctrine qui s'y rapporte. Dans ce sens, la discipline casuistique – formée par des *fattispecie* abstraites, méticuleuses et ponctuelles – peut quelquefois être utile, notamment dans une période de transition dans laquelle l'interprète n'a pas grande envie de changer.

La simple reconnaissance de cette question délimite déjà, par elle-même, la géographie de l'enseignement du Droit Privé, qui demande dans la cartographie du savoir le "construit" et non l'induction au "donné". Ainsi, on ne peut continuer avec une attitude d'indifférence ou de renonciation à une position avancée de l'innovation, ou même, à la révision et au triomphe des concepts qui contribuent directement à encourager le questionnement et à faire naître des inquiétudes qui stimulent l'étude et la recherche engagées à son époque et ses dilemmes.

Découvrir le nouveau Droit Civil dans cet horizon est une option cohérente qui lais-

se tomber les conceptions didactiques qui ont tout simplement pour but d'illustrer; c'est un chemin de sacrifices qui ne coexiste avec l'inertie ni la répétition.

Pietro Pelngieri (2002, p. 2) affirme encore que "l'étude du droit – et par conséquent celle du droit traditionnel dit 'privé' – ne peut se passer de l'analyse de la société en ce qui concerne son histoire locale et universelle de manière à qu'elle permette l'individualisation du rôle et du sens de la juricité dans l'unité et complexité du phénomène social. Le Droit est une science sociale qui a chaque fois plus besoin de plus grandes ouvertures; obligatoirement sensible à toute modification de la réalité, celle-ci comprise dans sa plus large acception".

Cela implique, surtout dans le Droit Privé, non seulement un apprentissage permanent mais aussi une méthodologie intégrale qui fasse de l'homme et de ce qu'il dit un seul être en mutation continue.

Saisir parfaitement les antagonismes que le sujet présente remonte aux origines qui constituent, en grande partie, l'histoire des cours juridiques et des juristes au Brésil puisque ceux-ci doivent toujours faire attention cours d'introduction du Professeur Docteur Alberto J. Bueres.

Le présent a les portes ouvertes au XXI^{ème} siècle. Le juriste de demain sera-t-il engagé à la nouvelle direction que le Droit Privé a pris?

Après avoir présenté ces idées préliminaires, nous devons enfin ébaucher les deux horizons sur lesquels la méthodologie de cette perception distincte de l'enseignement et de la recherche juridique du Droit, en général, et du Droit Privé, en particulier, se déploient en même temps que rend plus clair le sens du discours juridique-didactique et la pratique séparée de lui.

4. Contexte historique du droit, des codes et de la conception d'État

Il faut alors faire référence au débat du moment concernant la définition des Titularisations de l'enseignement dans ce pays.

Je parle de la question qui émerge du projet d'État minime et de la diminution des espaces publics et normatifs. Cette privatisation de la fonction publique et son déplacement à l'espace privé demande également une analyse.

Le processus de privatisation de l'État qui est en cours suggère une réflexion sur la dé-institutionnalisation de ce modèle reconstruit par le système juridique classique. Toute étude repérera, de l'archaïque au contemporain, les marques de l'idéologie néolibérale lors de la restructuration du dessin juridique de cette activité liée à l'enseignement et à la recherche. Il en résulte qu'il faut indiquer dans ce domaine des points qui nous aident à la compréhension critique de ce phénomène de rétraction étatique que l'on observe surtout en Amérique Latine, dans ce projet nommé "État minime".

Il ne s'agit pas de plaider en faveur du modèle d'État social, mais de comprendre de manière critique les limites, les possibilités et les aspects opposés de la structure et les conséquences que le néolibéralisme propose à la société.

L'étude peut être circonscrite dans une période historique définie, comprendre le temps actuel, marqué par le déplacement du public au privé et indiquer, dans une référence historique rétroactive, ses ancêtres, enracinés dans la théorie libérale. Elle reconnaît également l'avance faite, notamment pendant ce siècle, dans de différents pays capitalistes, d'État-Providence et au remplacement de la production étatique du Droit pour finalement, retourner à notre temps en différentes conceptions qui mettent en relief une époque peu réglementée et un manque de formalisation discutables.

Cette analyse ne s'occupe pas du projet de réforme de l'État, auquel doit être réservé une analyse plus profonde et plus large, même si l'on peut déduire le leitmotiv qui pousse la recherche de voies économiques et politiques pour trouver une issue à l'impasse légué par les régimes militaires autoritaires.

Il est certain que nous devons reconnaître d'une part, les limites évidentes d'une réflexion de ce genre et d'autre part, la crise hypothétique généralisée contemporaine ainsi que les contradictions et la précarité des propositions pour réduire l'État au minimum possible face à l'évident besoin actuel de répondre à toute sorte de nécessité : de la santé et l'enseignement public à la misère et l'exclusion sociale et économique progressive des pays latino-américains.

Dans cette privatisation de l'État, un nouvel appareil du libéralisme se manifeste. C'est dans le laps de temps du XX^{ème} siècle que le projet d'organisation de l'État, qui découlait de la réaction à la formulation libérale, fidèle à l'idée selon laquelle le seul devoir de l'État était celui d'empêcher que les individus nuisent les uns aux autres, démontre mieux le progrès vers un droit chaque fois plus promotionnel, un État-providence. La fin du XX^{ème} siècle assiste à une sorte de réexaltation de l'idéologie basée sur l'éthique individualiste et sur l'hypothétique liberté sociale, économique, politique et religieuse. D'une certaine manière, rentre en scène la "fuite" de l'État du Droit Public.

Encore une fois, le système juridique, lorsqu'il analyse le modèle qui gouverne les rapports économiques et sociaux, sert à signaler la marginalisation. L'attribution d'une position juridique dépend de l'entrée de la personne dans l'univers des titularisations que le système lui-même définit. On se rend donc compte que le système juridique peut avant tout être un système d'exclusion.

Cette exclusion se passe par rapport aux personnes ou aux situations dans lesquelles l'entrée dans le cadre de titularisations de droits et devoirs est niée. Cette négative découle de forces préconçues et stigmatisées des valeurs dominantes de chaque période et est basé sur un jugement déprécié, historiquement arriéré et équivoqué.

Par conséquent, la présence de ces personnes dans le Droit est, obligatoirement, l'histoire d'une absence. Ce que l'on nie n'est pas tout simplement attesté. Une grande quan-

tité de sujets sont intentionnellement mis à l'écart du système juridique et ils sont inclus dans le partage de ceux qui ne sont pas invités à la titularisation de droits et de devoirs.

Les codes peuvent en être des représentations directes. Comme la loi, ils peuvent être instrument de conservation. Cependant, une loi émancipatrice peut être instrument de transformation sociale.

5. Défi des transformations

Le modèle civiliste hérité des valeurs en vigueur les dernières décennies est à l'ordre du jour des débats. Des crises et des transformations surgissent de nouveaux besoins fondés sur des idéaux tels que la citoyenneté totale et font que les rôles traditionnellement destinés aux institutions fondamentales du Droit Civil changent : contrat (trajet juridique), projet parental et titularité (possession et appropriation).

Il est donc juste se demander si l'organisation juridique a déjà répondu d'une manière adéquate aux exigences que les événements sociaux nous imposent.

Des prémisses initiales fondent les ouvrages qui peuvent surgir de cette idée, parmi lesquelles celle de ne pas considéré le Droit et le monde une simple évidence, réunissant ceux qui ne s'habitueront cependant pas au monde et qui ne voudront probablement pas que tout devienne une énorme "normalité", connue, "prêt-à-porter".

La relecture des statuts fondamentaux du Droit Privé est utile et nécessaire pour que l'on saisisse la crise et le triomphe du système classique qui a été projeté sur le contrat, la famille et le patrimoine. Il s'agit d'un débat encore ouvert, perméable et plural.

La complexité de ce phénomène présente, en ce moment, un champ d'expérimentation qui s'ouvre en fondements épistémologiques qui comprennent les nouvelles nécessités juridiques. A travers cette analyse surgit un nouveau chemin qui est aussi un défi.

Le point de départ peut être l'observation des événements qui indiquent la tendance

actuelle de réorganisation sociale des modèles. De cette manière, cette étude doit prendre en compte la problématique juridique comme un problème social et comme prédisposition pour une analyse critique de ses effets sur la législation, sur la doctrine et sur la jurisprudence.

On pense à une révision critique profonde, déjà commencée mais encore inachevée puisqu'il ne suffit pas de révéler la décadence qu'éprouveront les bases sur lesquelles seront édifiées les institutions juridiques. Il ne s'agit pas d'une crise de formulation puisque le défi d'un Droit Civil nouveau et renouvelé est bien au-delà de ne reconnaître que le vieillissement du dogmatisme.

Entre la résistance à la transformation et les nécessités imposées par les événements, le rôle que les opérateurs du Droit doivent jouer dans ce domaine pourra anticiper, d'une certaine manière, ce qui arrivera plus tard. Cette voie devra être soumise à l'épreuve : ce qui se passe dans le Droit Civil (la constitutionnalisation et la re-personnalisation, par exemple) s'agit-il d'un renouvellement intérieur et profond ou tout simplement de retouches qui se passent dans la structure du projet rationaliste qui a fondé les codifications privées ? Cette question nous invite à réfléchir si le pas en avant esquissé est un changement effectif ou seulement la dernière frontière d'un système qui se meurt mais qui n'est pas achevé.

Il y a un vide dans la doctrine civiliste qui part du manque de connaissance et va jusqu'à la résistance aux idées nouvelles et, quand des constructions subtiles méthodologiques s'approchent des activités d'étude, la technique pétrifiée des formules achevées revient au propos du thème perdu.

Refuser cette direction, sans répudier le savoir classique, et contribuer à son évolution signifie reconnaître que la conscience sociale et le changement font partie de la formation juridique.

En outre, cela représente un engagement avec ce que l'on considère comme le vrai objectif de l'enseignement et de la recherche juridique, un défi auquel il nous faut réfléchir.

Par conséquent, la dimension historique et culturelle représente quelque chose de fondamental, notamment pour apprendre que le cadre imposé des piliers fondamentaux du privé précède, d'une certaine manière, la propre configuration contemporaine de l'État pendant ce siècle. Les changements qui se sont passés, surtout depuis les années 50, n'ont pas été suffisantes pour composer un nouveau système de rapports. En 1988, avec la nouvelle Constitution Fédérale, il y a eu une rupture théorique formelle du standard privé classique, ce qui a ouvert les portes à une réforme qui pourtant ne s'est pas accomplie.

Cette perspective fonde la conviction, presque toujours immuable, de l'importance chaque fois plus grande d'un vrai enseignement juridique, d'une formation éloignée d'un enseignement pétrifiée par l'exégèse sévère du droit institué, dépendant toujours des événements sociaux, à la limite de la vie et des circonstances.

Voilà le défi qui ne confond pas l'étude et la recherche avec l'isolement intellectuel. Il faut penser mais éloignée de l'exégèse pure. Pour penser à un Droit Civil nouveau ou renouvelé, à partir de ses piliers fondamentaux, c'est-à-dire le contrat, le projet parental et les titularisations, l'espace est ici et ailleurs, le moment est maintenant, la synthèse du passé qui demeure et du futur qui est cependant à venir.

6. Connaissance du droit et connaissance des principes constitutionaux

Connaître le Droit correspond, en premier lieu, à connaître ses principes. Au

Brésil, les principes majeurs sont manifestes dans la Constitution brésilienne de 1988. Celle-ci a énormément influencé le Droit Civil puisqu'elle manifeste la suprématie de la valeur de l'être humain par rapport au patrimoine.

La Constitution Fédérale de 1988 a érigé comme fondement de la République la dignité de l'être humain. Cette option l'a mis

au centre des préoccupations de l'organisation juridique de manière que tout le système, dont l'orientation et le fondement sont dans la Constitution, se dirige vers sa protection. Les normes constitutionnelles (composées de principes et de règles), axées sur cette perspective, attribuent une unité systématique à l'ensemble de l'organisation juridique.

Il faut citer Stefano Rodotà (2002, p. 302). Lorsqu'on lui a demandé son avis sur le moment historique actuel au Brésil puisque les nouveaux codes entrent en vigueur et en Europe et on parle de la Codification supranationale, il a affirmé que : "je sympathisais avec ces tentatives de codes comme celles faites, par exemple, en Europe parce que les règles concernant la tendance supranationale d'établir des règles produites directement par le marché sont élaborées par les intellectuels du droit, même si par un moment bref il s'agit tout simplement, pour ainsi dire, des codes. J'espère vraiment qu'il y a des documents de l'Union Européenne qui se réfèrent explicitement au besoin de codes communs et que ceux-ci puissent devenir des codes européens de manière qu'ils ne seront plus seulement le produit d'une préoccupation publique. Et je dirai plus, derrière le mot *code*, il y a des aspects différents de ceux qui existaient à l'époque de Napoléon ou du Code de l'Empire Germanique de la fin du XIX^{ème} siècle. Je vois également, en ce qui concerne la technique, un changement très net parce qu'il y a des tentatives européennes d'offrir de larges espaces aux principes".

Il se passe donc, en ce qui concerne le Droit dogmatique traditionnel, une inversion du cible de préoccupations de l'organisation juridique, ce qui fait le Droit avoir pour but ultime la protection de l'être humain en tant qu'instrument pour son plein développement.

L'inversion du locus de préoccupations doit également se passer dans le Droit Civil. Il s'agit de la conséquence nécessaire face à la suprématie de la Constitution dans l'organisation juridique. en raison de cela, tout le standard normatif infraconstitution-

nel doit s'adapter au modèle axiologique constitutionnel.

La Constitution Fédérale de 1988 a imposé au Droit Civil l'abandon de la position patrimonialiste héritée du XIX^{ème} siècle, notamment du Code Napoléonien, se dirigeant vers une conception dans laquelle on privilégie le développement humain et la dignité de l'être humain considéré concrètement dans ses relations interpersonnelles et visant son émancipation.

Dans ce contexte, à la lumière du système constitutionnel, l'aspect patrimonial, celui qui était le plus mis en relief, est au deuxième plan. La codification patrimoniale immobilière n'a plus la garantie constitutionnelle, ce qui a marqué le Code Civil en 1916.

Par conséquent, privilégier le patrimoine, au contraire de ce que l'on pourrait penser à partir d'un point de vue peu approfondi de ce qui signifie cette notion d' "attribut de la personnalité", signifie écarter la valeur constitutionnelle de la dignité de l'être. Celle-ci a alors, à partir du texte de 1988, le statut de principe essentiel organisationnel dans le système juridique, et toute règle, positivée ou proposée, à laquelle ce principe se heurte, dans le tout ou en partie, est inconstitutionnelle.

Dans ce sens, l'évaluation de la constitutionnalité d'un diplôme légal, face à la re-personnalisation imposée à partir de 1988, doit prendre en compte la suprématie de la protection de la dignité humaine en ce qui concerne les rapports juridiques patrimoniaux. Il en découle qu'un diplôme légal - et il faut préciser, quoique positivé ou proposé - sera inconstitutionnel lorsqu'il privilégie un point de vue patrimonialiste au détriment d'une conception liée à la protection de l'être humain.

Le nouveau Code Civil brésilien, dans sa propre structure, montre la préoccupation primordiale envers le patrimoine: le premier livre de la partie spéciale concerne le droit des obligations qui traite surtout de la circulation des biens. Ensuite, le deuxième livre traite du droit de l'entreprise en tâchant

de trouver ladite unification du Droit Privé. Le troisième livre détermine les droits réels. Il n'y a que le quatrième livre, relégué à la fin du Code, qui traite en partie des rapports sans contenu patrimonial, c'est-à-dire ceux de Droit de Famille. Tout de même, la majeure partie des articles de ce livre traite des rapports surtout patrimoniaux.

La distribution des matières obéit donc à une rationalité patrimonialiste. Telle rationalité est en désaccord avec la table axiologique basée sur la dignité de l'être humain et l'affronte. La Constitution de 1988, qui avait une préoccupation surtout patrimonialiste, impose au Droit la concrétisation de la dignité de l'être humain. Cet ordre d'idées devient donc inadéquat au nouvel ordre juridique.

Nous ne pouvons pas nier l'insertion de quelques principes dans le nouveau Code. Dans ce contexte et traitant du nouveau Code Civil brésilien, Jorge Mosset Iturraspe (2002, p. 301) affirme que "l'insertion dans le Code Civil de règles - la bonne foi, l'équité, l'interdiction à l'abus, le principe de la socialité - est, en soi-même, une activité franchement progressiste de défense des impuissants et faibles." Toujours d'après Iturraspe, à cette activité sont ajoutées des règles comme la lésion et les charges excessives ultérieures et met en relief la réception de la responsabilité objective qui comprend les produits incorporés au commerce, s'ils ont un défaut ou non, lorsqu'ils endommagent et ce qu'il dénomme 'risque de développement et croissance'. D'autre part, il ne lui échappe pas que si l'on juge conforme à la mondialisation la régression du Droit de l'État, avec l'incorporation de la *lex mercatoria*, "telles règles opposées à cette position se montrent contraires à la libre économie de marché puisqu'elles permettent l'intervention de l'État - critiquée par les porte-parole de l'économicisme parce qu'il s'agit d'une interférence culturelle. Pour ceux qui écrivent sur les règles déjà citées - la bonne foi, le fonction sociale, etc. -, elles n'appartiennent pas à une période donnée - celle des années 60 ou des années 70 - bien au

contraire, elles sont “le meilleur du Droit, les découvertes qui durent le plus longtemps”.

Toutefois, Iturraspe (2000, p. 299) affirme que les Codes ne peuvent pas effacer les micro-systèmes, comme ceux dédiés au consommateur et à l’environnement. On ne doit pas non plus penser à des Codes ‘pour toujours’ (définitifs, perpétuels) mais former une conscience de ses réformes, comme il se passe également avec la Constitution au Brésil.

Il y a au Brésil un conflit entre ces deux différentes visions : d’un côté, la défense primordiale de l’être humain et ses valeurs; de l’autre, la tutelle excessive du patrimoine. Doctrine et jurisprudence fourniront, dans un avenir très proche, les lignes directrices pour faire face à ce paradoxe. Pendant cela, on pense déjà à la réforme du nouveau Code.

7. La réforme du nouveau Code Civil brésilien

Il y a actuellement au Brésil un silence éloquent en ce qui concerne la réforme du Droit Civil. À la Chambre des Députés, on annonce le débat qui se propose de discuter la première réforme après la promulgation du nouveau Code Civil brésilien. Face à cette perspective, ce qui frappe, c’est le triomphe apparent de l’indifférence qui paraît gagner du terrain.

Il peut paraître paradoxal signaler cette faiblesse dans le domaine du Droit qui se propose de gouverner juridiquement ce qui est à la base organisatrice de la société : les titres d’appropriation (notamment ceux de la propriété et possession), le projet parental (dénommé famille) et la circulation juridique (les contrats et les obligations). Bref, ce débat devrait radiographier les trois piliers qui exposent, dans une courte leçon d’anatomie juridique, l’architecture sociale et sa répercussion normative sur les biens d’usage, de consommation et de production.

Il est évident qu’il faut demander une convocation destinée non seulement au débat indispensable sur le nouveau code civil mais aussi sur l’ensemble de transformati-

ons nécessaires par lesquelles est déjà passé et par celles qui cependant passera le Droit Civil brésilien.

Il ne s’agit donc pas de discuter un projet, mais de discuter la réforme. La réforme est un processus en train d’être bâti tandis que la codification, en tant que proposition d’unité, est un événement.

Avant que l’on ne voit un code derrière un pays, il faut absolument que ce pays écoute le cri qui vient du singulier au collectif en ce qui concerne les nouveaux temps et les dilemmes anciens. C’est pour cela que la dimension proposée de la réforme ne commence pas forcément à la codification et trace un programme de réflexion des bases et des fondements de l’organisation sociale.

Il est indispensable saisir ce nouveau décor dans lequel la codification civile, avec son expérience de familles juridiques romanistes occidentales, s’insère à la fin du XX^{ème} siècle comme une sorte de famille royale sans trône, comme un roi sans couronne.

Enfin, pour quoi ou pour qui le système juridique, soit celui du droit privé classique qui s’est basé sur la codification, soit celui qui déborde au présent fluide actuel des micro-systèmes.

La propre idée de codification est en train d’être analysé, dans une société à identités multiples, de la fragmentation du corps à la limite entre le sujet et l’objet, la reconnaissance de la complexité s’ouvre vers l’idée de la réforme comme un processus continu de construction et reconstruction. Le présent plural, exemplifié par le manque d’un modèle juridique unique pour les rapports familiaux, est cohérent avec le respect à la diversité et ne s’enferme pas dans une vision monolithique de l’unité.

Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 105) affirme que “la célérité de la vie ne peut être arrêtée par les murailles d’un droit codifié. Les événements, soit dans la simplicité du quotidien, soit marqués par une plus grande sériété, exigent de nouveaux comportements législatifs. Par conséquent, un immeuble bâti pendant longtemps, comme l’est un

Code, se trouve atteint par des exigences fréquentes et a besoin de suppléments législatifs”.

Silvio Rodrigues (2002, p. 311) soutenait qu’il était théoriquement contre la codification en raison d’être favorable à la construction de codes thématiques : un code sur les contrats, un autre sur le droit de famille et encore un autre sur la personne juridique. Il affirme qu’ “il ne s’agirait pas de microsystèmes proprement dits”. Il trouve qu’il y a erreur lorsqu’on considère que les peuples modernes ont fait des codes complets et cite comme exemple le code hollandais récemment fait : d’abord, la partie concernant la famille a été votée en 1970, comme une loi isolée; ultérieurement, les parties concernant le droit patrimonial ont été votées, etc. Pour lui, traiter chaque thème isolément permet une discussion plus pertinente puisqu’elle mobilise le congrès, la presse et la société pour une matière donnée. Après ces discussions thématiques de différents projets, l’ensemble est analysé comme code.

À la veille du troisième millénaire se demander sur la pertinence de ce débat avec le médiéval qui s’obstine à enfermer le Brésil dans le mépris de l’attention des questions vitales jusqu’à maintenant sans réponse et essayer d’y répondre : voilà le défi qui remet le Droit dans la perspective de sa fonction émancipatrice, revendiquée par le contenu minimal des valeurs fondamentales de l’être humain et le soin de ses besoins.

Quelques voix autorisées se sont opposées (et adéquatement) à l’opportunité de la codification; il est vrai que le projet a également été critiqué injustement lorsqu’il soutient la fonction sociale de la propriété et du contrat.

Pietro Barcellona (1993, p. 23) dit que la neutralité apparente des formes juridiques d’espèce codifiée, la capacité expansive ‘endogène’ des normes juridiques qui en découle, l’interdépendance entre le jugement critique et d’autres critères (sociaux, éthiques, etc.) de valorisation des conduites ne sont pas l’expression formelle de la neutralité in-

trinsèque du droit. Au contraire, elles constituent l’expression, une expression historiquement déterminée, de son historicité intrinsèque, de son profil de phénomène historique.

Ainsi qu’Ulysès, qui après avoir erré pendant quelques années par des sentiers abrupts rencontre Ítaca, son île, nous espérons que l’avenir réserve, pour la nouvelle décennie juridique du Droit civil brésilien, de la place pour le rêve d’une société juste, fraternelle et égalitaire.

8. Conclusion

Conscient qu’il n’existe pas de purisme conceptuel, l’observateur contemporain, à l’aide d’un regard spécial du Droit Privé renouvelé, lorsqu’il feuillette de nouveaux albums de la famille juridique, retrouve des labours innovatrices épistémologiques et quelques oppositions. Mais, prenez garde : à partir de cet élargissement des horizons, une liberté mal comprise oscille pour essayer d’équilibrer l’individu (consommateur) et le citoyen (sujet de la citoyenneté) dans la dimension de n’importe quelle consommation. Une conduite fautive qui, dans le chant néolibéral, ressemble à une mélodie captivante.

Si, à la veille de la fin du siècle, l’expression néolibérale prétend à esquisser les problèmes fondamentaux, on ne trouvera pas, à ce projet contestable qui mérite des critiques et résistance, de réponses effectives qui associent l’homme réel au sens de justice. On essaie d’exclure du public un champ large de droits qui n’ont pas au moins été réalisés pour la grande majorité de la population.

Il est évident, même si quelquefois il ne le soit pas, celui qui offre l’État dans le processus de délégation à d’autres institutions et réduit l’empreinte de la privatisation à des idées et intérêts déjà connus, notamment en Amérique Latine. Les conséquences de cette interférence minimale de l’État et parmi elles, on peut essayer d’en repérer quelques-unes des conséquences de ce projet qui s’ache-

mine déjà dans le domaine des rapports sur lequel on est en train de réfléchir.

Pour Stefano Rodotà (2002, p. 304), il y a une nette perception que les nouvelles tentatives codificatrices, notamment dans le droit communautaire européen, envisagent d'offrir de larges espaces aux principes, ce qui permet, selon lui : "une grande flexibilité, une adaptabilité à des situations qui sont très dynamiques du point de vue économique et aussi du point de vue des droits. Comme cette flexibilité ne doit pas seulement être comprise comme une croissance du pouvoir discret des juges; il s'agit des clauses générales et il est évident que le mot dernier doit être celui du juge. J'y vois un lien très fort, dans l'insertion de l'attendue Constitution Européenne de ces droits fondamentaux, puisqu'à partir de ce moment, le juge aura la flexibilité qui lui attribuée par ce nouveau type de code ou il sera obligé de se rapporter obligatoirement aux principes qui seront la nouvelle chartre de droits. Et je vois cela comme un modèle qui peut être également projeté dans une échelle globale puisque, même le codificateur national, qui sera trouvé d'avantage dans les domaines sur lesquels il y aura des règles supranationales, comme en Europe, ou dans des traités et conventions; ce codificateur devra jouer avec ce registre double et par conséquent, j'y vois une sorte de retour au code. cependant, je ne peux pas m'empêcher de penser que le code a le contenu analytique ou la prétention constitutionnelle".

Voilà le défi et l'alerte que soulève le présent pour les regarder dès maintenant jusqu'à l'avenir.

En raison de cela, nous reprenons la métaphore de Martín Santomé qui oppose le savoir à un simple décor contre l'idée du mouvement et le changement. Le droit et les codes ne peuvent pas être considérés comme des musées qui sont contemplés, comme une culture superficielle; ils doivent être capables d'émettre de la lumière sur la société et sur l'État en tant qu'éléments de transformation.

Notes

¹ Le nouveau Code Civil brésilien fut institué par la Loi 10.406 du 10 janvier 2002 et entra en vigueur un an après sa publication.

² Benedetti (1992). Comme a déjà été écrit, "le roman raconte une année de la vie de Martín Santomé. Au début du roman, le protagoniste a 49 ans, trois enfants, est veuf depuis 25 ans et tient à partir à la retraite. A la fin, il a 50 ans, c'est son dernier jour de travail et il traîne les aventures et mésaventures de son amour automnal par la jeune Laura Avellaneda qui naît, grandit et meurt pendant cette année-là".

³ Mario Benedetti, après avoir publié son premier livre en 1945, *La Vispera indeleble*, écrit plusieurs romans, contes et surtout des poésies; journaliste, il fut critique littéraire. Il naquit le 14 septembre 1920 (BENEDETTI, 1988).

⁴ Ce sont des mots de Martín Santomé : "Dernier jour de travail... Fini le bureau. A partir de demain et jusqu'au jour de ma mort, le temps m'obéira. Après tant d'attente, je vivrai dans l'oisiveté. Qu'en ferai-je ?" (BENEDETTI, 1992, p. 180).

Bibliographie

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLONA, Pietro. *Dirito privato e società moderna*. Napoli: Jovene, 1993.

BELLO, Andrés. Codificación del derecho civil. In: _____. *Escritos jurídicos, políticos e universitarios*. Valparaiso, Chile: Edeval, 1979.

BENEDETTI, Mario. *Antologia poética*. Rio de Janeiro: Record, 1988.

_____. *La tregua*. Montevideo: Arca: Nueva Imagem, 1992.

BUERES, Alberto J. *Objeto del negocio jurídico*. Buenos Aires: Hammurabi, 1986.

ITURRASPE, Jorge Monet. Diálogos com a doutrina. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 12, p. 297-304, out./dez. 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil: alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. Diálogos com a doutrina. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 289, abr./jun. 2001.

_____. *Perfis de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODOTÁ, Stefano. Diálogos com a doutrina. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 225-308, jul./set. 2002.

RODRIGUES, Sílvio. Diálogos com a doutrina. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 303, abr./jun. 2000.

O renascimento do direito comparado

Luiz Fernando Coelho

Sumário

1. Breve introdução ao direito comparado. 2. As famílias de direitos. 3. O nivelamento dos sistemas jurídicos. 4. A globalização como fator de nivelamento. 5. A ética do capitalismo e o renascimento do direito comparado.

1. Breve introdução ao direito comparado

Anna Maria Villela foi uma das poucas personalidades do mundo jurídico brasileiro que cultivava o direito comparado como ponto de vista especial referido ao saber jurídico. Mercê de seu trabalho intelectual como professora da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco, de sua atuação como Consultora Legislativa do Senado Federal, onde também se destacou como Diretora de Publicações, além de haver atuado como assessora da Assembléia Nacional Constituinte, que elaborou a Constituição de 1988, pode-se dizer que Anna Maria Villela foi a grande representante no Brasil, não somente do direito comparado como doutrina, mas também do comparatismo como ideal de ética nas relações internacionais.

A reflexão sobre as possibilidades de resgate do direito comparado, com o sentido e alcance que os mestres da *Assotiation Internationale de Droit Comparé* e da *Faculté Internationale pour l'Enseignement du Droit Comparé*, de Estrasburgo e Barcelona, cujos cursos e seminários foram por ela freqüentados, é, portanto, uma homenagem que cer-

tamente haverá de apreciar, desde a dimensão atemporal em que se encontra.

O direito comparado desenvolveu-se a partir de uma concepção universalista do direito, denominador comum das tentativas de estruturar o saber jurídico como ciência universal, a despeito da compartimentação de seu objeto, decorrente das fronteiras geopolíticas dos Estados. Nesse contexto, o repensar dos fundamentos do direito, em função da metodologia engendrada pelo direito comparado, representou um dos esforços mais profícuos para a superação do vetusto ceticismo epistemológico que minimizava o caráter científico dos estudos jurídicos, relegando-os a mera técnica de persuasão, simples exercício de um jogo argumentativo.

Entretanto, o desiderato de restabelecer a dimensão universalista do direito como forma de saber viu-se frustrado, em virtude da conjugação de fatores os mais diversos: a parafernália legislativa que tem inundado os direitos positivos das nações modernas, a maior complexidade das relações jurídicas, o domínio cada vez maior da mentalidade dogmática na atuação profissional dos operadores do direito, a própria educação jurídica, insistentemente voltada para a busca de resultados imediatos nesse trabalho, a conseqüente minimização da teoria geral e da filosofia do direito nos currículos dos cursos jurídicos, tudo isso contribuiu para que o direito comparado, como método e como ciência, caísse em relativo esquecimento. Daí a importância de seu resgate, um serviço a ser prestado à ciência do direito.

O direito comparado haure suas raízes na própria história do direito europeu. Lembre-se que a compartimentação dos estudos jurídicos já é fruto dos tempos modernos, pois época houve em que os conhecimentos jurídicos tinham o mesmo foro de universalidade que os de qualquer outra ordem científica. Foi a época em que as instituições romanas, por sua racionalidade técnica, impunham-se ao direito costumeiro da Europa ocidental e, embora se tratasse de um direito referente a um povo e a um Estado, não

se cogitava de limitações geográficas ou políticas em relação ao estudo científico de suas instituições, do mesmo modo que o estudo da filosofia grega não circunscrevia a filosofia a seu país de origem, a Grécia clássica. Idêntica universalidade também ocorrera na Idade Média, quando o direito canônico unia os Estados feudais sob um único ordenamento em relação a diversas questões, e na época pré-renascentista, quando o direito romano redescoberto era ensinado nas primeiras universidades e se constituía em *jus commune* da Europa.

O processo de separação dos sistemas jurídicos acompanhara a racionalização da sociedade e se afirmara com a consolidação do Estado moderno, o que culminou, quanto à jurisprudência, com as escolas dogmáticas desenvolvidas após as grandes codificações, especialmente o Código Napoleão.

A compartimentação dos direitos positivos importou em idêntica compartimentação da ciência do direito, pois o ensino jurídico passara a ser tão dogmático quanto seu objeto, o que, em função da mentalidade positivista que via na filosofia uma *ancilla scientiarum*, havia absorvido a tendência a minimizar os estudos de teoria geral e de filosofia do direito, último baluarte da universalidade do direito, chegando até sua eliminação dos currículos dos cursos jurídicos ou sua redução qualitativa e quantitativa no conjunto das disciplinas, fato esse agravado pela perda do alcance ético dos fundamentos do direito.

Estudado em algumas instituições universitárias especialmente importantes, ao tomar-se consciência desses fatos da evolução histórica da ciência jurídica, o direito comparado surgira como possível resposta à necessidade de resgate daquele tradicional sentido de universalidade, o que igualmente respondia às exigências cada vez maiores determinadas pelo incremento das relações internacionais.

O ponto de partida do direito comparado é o fato de o Estado não ser mais que acidente histórico, sem dúvida durável, mas

mutável de acordo com as influências ecológicas, demográficas, econômicas e de ordem subjetiva, que o influenciam e que condicionam a ordem jurídica. Mais ainda, parte-se da constatação elementar de que os homens, com o progresso da civilização, com o aperfeiçoamento dos meios de comunicação e com a maior complexidade das relações sociais, estão a exigir agrupamentos mais amplos aos quais nossas fórmulas de legalidade estatal já não mais se enquadram. Isso tende a gerar um hiato cada vez mais acentuado entre a realidade jurídica e as fórmulas de legalidade que, por força do poder político conservador, procuram manter-se. Ou, em outras palavras, tende acentuar a inadequação entre a vivência do direito e sua forma, entre a norma e sua matéria, entre a conduta e sua expressão normativa, entre os modelos jurídicos e a matéria social.

Pelo que já se tem feito, graças ao trabalho de inúmeros Institutos de Direito Comparado, pode-se distinguir algumas das noções fundamentais da novel disciplina.

O objeto do direito comparado releva da confrontação entre situações reguladas por diferentes sistemas normativos. Extravasa a legislação comparada, entendida como confrontação, aproximação, cotejo ou comparação de instituições jurídicas de Estados diferentes, com o fito de anotar suas discrepâncias e determinar as analogias encontradas com vistas à aproximação ou reconciliação das legislações diferentes ou, ainda, objetivando a solução de um contencioso em que as fontes tradicionais do direito local sejam consideradas insuficientes para o dirimir.

O direito comparado é muito mais amplo. Seu objeto é constituído pelo conjunto das fontes do direito, com a finalidade de descobrir as constantes de sua evolução. E, assim, a disciplina se afirma com foros de autonomia científica, pois, não se restringindo à mera contemplação e descrição dos ordenamentos estrangeiros, pretende relacionar as correntes do pensamento com as regras de direito e práticas judiciais e extra-judiciais, reconstituir as relações dos diver-

sos institutos entre si, no que elas possuem de perene, bem como as relações desses institutos com a política geral dos povos e com os grandes agrupamentos humanos.

Esse largo objetivo não se deixa restringir pelo aspecto puramente normativo, mas envolve considerações interdisciplinares de natureza sociológica, econômica, histórica, política e filosófica. Isso não obstante, o ponto de vista formal da própria jurisprudência tende a prevalecer, pois o direito comparado vislumbra a redução dos diferentes conhecimentos oriundos daquelas ordens científicas a uma expressão de positividade normativa. Com isso, procura-se afastar o risco de enciclopedismo e a possível confusão com outras ciências sociais e culturais, em especial a teoria geral do Estado e a ciência política, considerando que essas disciplinas oferecem analogias quanto ao respectivo objeto material, que tanto poderá ser a sociedade quanto o Estado e sua organização normativa. A teoria geral do Estado considera a estrutura do fenômeno Estado, seja quanto à forma, divisão política e administrativa, seja quanto ao regime político, organização e funcionamento do respectivo sistema de governo, e objetiva a explicação causal-teleológica, segundo uns, ou a compreensão dialético-valorativa, segundo outros, desse fenômeno. A política estuda o poder em suas diferentes manifestações, inclusive os meios de conquista do poder político, as formas de seu exercício e os fins a que se propõe, e objetiva relacionar essas manifestações, isoladamente ou em conjunto, com determinados valores historicamente vigentes na comunidade considerada.

Em relação ao objeto do direito comparado, há que se distinguir ainda o direito comparado *histórico*, que considera os ordenamentos jurídicos do passado, entre si ou relacionados ao direito atual, e o direito comparado *dogmático*, que tem por objeto os sistemas jurídicos atuais. A rigor somente este último constitui ciência jurídica em sentido estrito, já que o direito comparado histórico pode ser considerado especialização da his-

tória do direito. Mas nada impede que sua metodologia e objetivos sejam os mesmos, ao fazer-se referência ao passado.

Deve-se distinguir ainda entre o direito comparado puro e o aplicado, tomando como critério dessa divisão a prevalência de objetivos teórico-científicos, como a formulação de teorias jurídicas, teses e conceitos, ou técnico-práticos, como, por exemplo, a elaboração de um projeto de lei.

O método do direito comparado tem algumas nuances que o distinguem da metodologia concernente ao estudo de um único ordenamento jurídico histórico ou estrangeiro, ou de coleções de fontes jurídicas estranhas, ou ainda de situações casuísticas. O direito comparado se inicia com a apresentação de pontos comuns e dessemelhanças existentes, considerando-se várias ordens jurídicas. Tal método envolve uma contínua confrontação das normas jurídicas nacionais e estrangeiras, consideradas dentro da estrutura social, que é produto da evolução histórica e do conjunto das aspirações materiais e tendências espirituais da época no país ou no conjunto de nações tomadas como ponto de referência. Assim, as regras de direito interessam ao comparatista, menos em sua expressão normativa do que na manifestação de certa posição doutrinária.

Os processos de trabalho do direito comparado são derivados dos próprios institutos jurídicos e dos procedimentos da técnica jurídica, sendo aplicáveis as mesmas regras válidas para a distinção entre ciência e técnica. No plano científico, o objeto da jurisprudência pode receber tratamento sociológico, histórico ou dogmático-jurídico, sendo que as respectivas regras de metodologia igualmente se aplicam ao direito comparado, subordinadas aos fins retro indicados. Assim, a pesquisa empírica, sociológica e histórica, bem como a generalização indutiva dos fenômenos que podem ser considerados no campo do direito, e a consideração dialética da conduta fornecem elementos ao direito comparado.

Já se observam os primeiros resultados do direito comparado em matéria de uniformização dos sistemas jurídicos, pois, nos Institutos de Direito Comparado, já se pesquisa o direito europeu, entendido como o direito uniforme dos países da União Européia, um direito desenvolvido a partir do direito uniforme do mercado comum europeu, e, embora em fase embrionária, pode-se falar em direito latino-americano, referindo-se às normas específicas do Mercosul ou às normas comuns dos diferentes mercados comuns, como o Grupo Andino e o Mercado Comum Centro-Americano.

No campo dogmático, a grande contribuição do direito comparado à moderna ciência do direito é a classificação dos ordenamentos jurídicos, os quais são agrupados em sistemas jurídicos ou famílias de direito.

Infelizmente, nossa concepção de ensino jurídico se apóia sobre uma prevalência quase absoluta das normas de direito positivo, e a organização curricular segue as divisões tradicionais que separam o público e o privado.

O essencial no ensino jurídico não é apresentar as normas jurídicas vigentes, mas familiarizar o estudante com a estrutura, as categorias gerais e particulares e os conceitos de determinado sistema de direito positivo, considerado no contexto formado pelos da mesma família, ensinando-lhe o vocabulário, a terminologia e os conceitos fundamentais desse direito. É ensinar-lhe os métodos de aplicação, interpretação e integração das leis, com a ajuda dos quais ele poderá encontrar a solução adequada aos problemas jurídicos concretos. É desenvolver no estudante a sensibilidade própria do jurista para perceber essas soluções e, sobretudo, para impregná-lo da idéia da justiça.

A classificação dos ordenamentos jurídicos traz nova distinção metodológica, a que se procede entre microcomparação e macrocomparação.

Na microcomparação, considera-se o direito nacional ou determinada norma positiva, a qual deve ser comparada com nor-

ma semelhante de outro direito estrangeiro, ou de vários deles. Na macrocomparação, o direito é encarado estruturalmente como parte de uma família de direitos, e a comparação se processa em nível menos casuístico e mais conceitual, apurando-se as possíveis similitudes conceituais entre diversas ordens jurídicas, também encontradas na estrutura global de sua respectiva família de direitos.

Micro e macrocomparação revestem-se de importância especial logo que se sistematizam os procedimentos hermenêuticos, nos quais, ao lado da interpretação gramatical, lógica e histórica, alinha-se a interpretação sistemática, pela qual a norma jurídica a ser interpretada é considerada parte de um conjunto normativo, seja o formado por outras normas da mesma espécie, seja em relação ao sistema geral constituído pelo ordenamento positivo, seja no contexto mais amplo formado pela família de direitos na qual este se insere.

2. As famílias de direitos

Essa tese, do agrupamento dos direitos positivos em famílias, é uma decorrência do fato de que, no domínio do direito, como no das demais ciências, por trás da grande variedade de direitos particulares, podem ser reconhecidas categorias gerais, de número limitado, em torno das quais é possível agrupar-se os diferentes ordenamentos jurídicos.

Existem elementos variáveis e elementos constantes no direito. Sendo o comparatismo ainda uma ciência jovem, não chegaram os comparatistas a um acordo sobre qual elemento seria prevalectante para agrupar os direitos em conjuntos. Mas o fato é que em todos os ordenamentos, independentemente das regras vigentes, existe todo um jogo de conceitos, de métodos de pesquisa, um modo peculiar de encarar o mundo, a sociedade e a justiça. São elementos extranormativos que dão ao direito suas características típicas e asseguram sua por meio através de todas as variações que possam sofrer as

normas. Isso é de tal forma importante que a consideração pura e simples das normas jurídicas vigentes em determinado momento histórico fornecerá uma visão incompleta e evidentemente falsa do direito. Não que esses elementos deixem de estar sujeitos à mesma evolução, mas que se trata de um desenvolvimento muito mais lento que não se compara com as freqüentes mutações a que estão sujeitas as leis.

Daí que a preocupação central da dogmática comparatista seja a fixação de critérios seguros para a classificação dos ordenamentos jurídicos de todo o mundo.

A tais ordenamentos convencionou-se chamá-los de “sistemas jurídicos”, devido à predominância doutrinária que vê nas ordens jurídicas positivas uma normatividade estruturada segundo os princípios da lógica formal tradicional. As leis componentes de um ordenamento positivo estariam assim dispostas segundo uma estrutura de derivação a partir da constituição, que seria a norma básica da qual todas as outras derivariam, até as normas individualizadas nos atos e negócios jurídicos e nas decisões judiciais casuísticas, formando uma espécie de pirâmide normativa, tendo nas leis ordinárias e regulamentos os escalões intermediários.

É claro que uma tal estrutura analítica é deveras discutível, quando comparada com a realidade dos direitos dos povos, os quais ostentam leis inconstitucionais, normas contraditórias e lacunas jurídicas e axiológicas, mas serve como modelo ideal racional a ser concretizado em função da racionalidade que deve reger as relações jurídicas, ou então como modelo teórico que auxilia a demonstrar como se processam ou devem proceder as relações intra-ordenamentais.

Quando em direito comparado se fala em classificação dos sistemas jurídicos, afasta-se essa conotação analítica e almeja-se tão somente a reunião dos diferentes ordenamentos positivos em torno de características comuns que apresentam, tais como, gê-

nese histórica, influência religiosa, ideologia e objetivos políticos. Na verdade, não há consenso entre os comparatistas a respeito dos critérios de classificação, mas somente ensaios de aproximação de caracteres comuns.

Por isso, em vez de falar em sistemas jurídicos, parece mais adequada a terminologia proposta por René David (1964), que fala em “famílias” de direitos.

O autor distingue cinco grandes famílias de direitos, com base na influência preponderante das respectivas civilizações: o sistema ocidental, compreendendo o grupo romano-germanista e o anglo-americano, o sistema soviético, o sistema muçulmano, o sistema hindu e o sistema chinês.

Solà Cañizares adota como critério a influência religiosa, distinguindo assim os sistemas ocidentais, de inspiração cristã, mas cujas fontes não são constituídas pela religião, o sistema soviético, de espírito ateu e anti-religioso, e os sistemas religiosos, em que as fontes são constituídas pela religião de maneira prevalecente, compreendendo o direito canônico, o muçulmano, o hindu e o israelita.

Na atualidade, levando em conta as transformações ocorridas no mundo de hoje, principalmente a falência dos modelos socialistas de Estado, deixaram de subsistir as condições que levaram esses autores a considerar o sistema soviético à parte dos demais. Leve-se ainda em conta que a tradição doutrinária dos países outrora submetidos à dominação política da ex-União Soviética é portadora de tradições romanistas e cristãs, estas pela presença histórica da Igreja Bizantina. Por isso, não vejo motivos para considerar o sistema soviético, mas, em relação a Cuba e China, eles formam uma família distinta que pode ser definida como de direitos socialistas, em virtude da influência da ideologia socialista em suas instituições, principalmente em matéria de propriedade.

É mister assinalar finalmente que, na ciência jurídica desenvolvida nos países do

mundo socialista, convencionou-se classificar os sistemas jurídicos segundo os critérios político-ideológicos que dividiam o mundo ocidental em dois blocos antagônicos, o mundo capitalista em oposição ao socialista. Nesse sentido, a classificação usual adotada opunha o *direito burguês* ao direito socialista.

Numa visão tão universal quanto possível das ordens jurídicas existentes atualmente, duas grandes categorias podem ser desde logo distinguidas: ordenamentos jurídicos de fundamento religioso e ordens jurídicas de fundamento civil ou secular. Enquanto a primeira categoria abrange os povos pertencentes a uma mesma comunidade religiosa, que pode extravasar as fronteiras nacionais ao aplicar-se a indivíduos unidos por uma fé comum, a segunda tem um campo de vigência puramente territorial.

Os direitos confessionais dos judeus, cristãos, muçulmanos, hindus e budistas têm validade de direito civil, principalmente nos países islâmicos e nos do sudeste asiático, em especial quando se trata de família e sucessões. Isso é igualmente válido para muitos povos cristãos em assuntos que envolvem questões religiosas, como o matrimônio e a paternidade, e ainda a respeito de problemas cujo alcance ético transcende os limites impostos pelas leis positivas, tais como, transfusão de sangue, suicídio, eutanásia e aborto.

A validade e efetividade do direito religioso pode ocorrer de maneira direta, quando ele tem sua validade própria e imediata por meio de jurisdições religiosas, ou indireta, quando é aplicado por meio do direito estatal.

Quanto aos direitos seculares ou não-confessionais, distinguem-se dois grandes sistemas, o romano-germanista e o anglo-americano.

O sistema romano-germanista compreende os ordenamentos jurídicos forjados à base do direito romano e que incorporaram alguns institutos característicos do direito consuetudinário dos povos germânicos. A

ele pertence o direito francês e a imensa caudal de sistemas jurídicos nacionais, desde os Estados latinos até a Holanda, que sofreram sua influência doutrinária e prática, notadamente com o Código Civil de 1804. E o grupo formado pelos ordenamentos das nações germânicas, principalmente a Alemanha, a Áustria e a Suíça. Esses direitos se caracterizam pela mistura dos direitos romano e canônico com numerosos costumes germânicos que foram assimilados pelas codificações nacionais, e que mais tarde tiveram recepção na Ásia Ocidental e na Turquia.

O sistema anglo-americano caracteriza-se pela coexistência de um direito costumeiro e jurisprudencial (*Common Law*) e um direito escrito (*Statutes*).

As diferenças entre os dois sistemas são bastante nítidas. No sistema romanista, as leis constituem expressão eminentemente legislativa, enquanto o sistema anglo-americano é eminentemente consuetudinário. Ainda que na atualidade se verifique certa tendência a conceder espaço maior ao direito escrito, a tradição e a própria mentalidade jurídica transmitida pela educação universitária na Inglaterra e nos EUA forçam a prevalência do *jus non scriptum*.

Na tradição romanista européia continental, exportada para a América Latina, o papel do juiz é passivo, ele interpreta as leis e as aplica. Na *common law*, o juiz participa da criação das regras de direito segundo o princípio do precedente, consubstanciado na regra do *stare decisis*.

Nos sistemas jurídicos de tradição romanista, a regra de direito é concebida como princípio normativo geral e abstrato, acima das situações concretas, formando a premissa maior de um silogismo em que a sentença se constitui. No sistema jurídico da *Common Law*, a norma jurídica é concebida ao nível da casuística, isto é, o juiz forma uma regra para cada caso concreto, na conformidade dos precedentes, em vez de uma regra geral (cf. DAVID, 1964, p. 339).

É claro que estamos falando de diretrizes e princípios que se afirmaram em virtu-

de de diversos fatores históricos e sociológicos, o que não impede que, no mundo atual, verifique-se a tendência a maior uniformização de ambos os sistemas, isso devido aos fenômenos da globalização, do aperfeiçoamento dos meios de comunicação e do domínio da informática.

Convém assinalar que, em alguns países outrora pertencentes à antiga Comunidade Britânica, como a África do Sul, a província de Québec, no Canadá, e o Estado americano da Luisiana, constata-se a convivência, espécie de meio-termo, entre ambos os sistemas, pois nessas regiões subsiste uma tradição romanista de origem francesa, pelo menos com validade formal, já que na prática vem-se impondo o tradicional direito do precedente.

Fenômeno análogo ocorre nos países escandinavos, os quais não se apóiam em nenhuma das tradições peculiares aos dois grandes sistemas jurídicos indicados, mas ostentam leis e instituições que os inserem ora no sistema romanista, ora no da *Common Law*, ressaltando-se a notável influência doutrinária do pensamento jurídico anglo-americano nesses países.

É um assunto verdadeiramente fascinante e que oferece grandes possibilidades de desenvolvimento às vocações jurídicas autenticamente científicas e inconformadas com a relativa estagnação da jurisprudência, causada pelo isolacionismo ainda dominante na ciência jurídica de cada país.

3. O nivelamento dos sistemas jurídicos

A variedade dos sistemas jurídicos pode ser verificada tanto nas regras de direito substancial quanto no espírito das normas jurídicas e nas formas de sua produção. Daí que um mesmo instituto jurídico pode assumir diferentes formas. A tutela, por exemplo, ora surge como sistema de proteção ao menor, incapaz de fato, ora como garantia para a família, com fundamento no pressuposto de que o menor poderia fazer mau uso

dos bens em detrimento de sua família, ora com ambos os aspectos, sem que tal mudança de atitude em relação ao instituto traduzia modificação relevante no tratamento normativo que receba. E sabe-se que as origens greco-romanas da tutela prendem-se à imposição religiosa de manutenção do culto aos antepassados.

Todos os ordenamentos jurídicos do Ocidente assimilaram a tese de que o direito de propriedade deve sofrer limitações legais, pois seu uso não pode vir em prejuízo da coletividade. Mas o conteúdo dessas limitações é mais restrito em alguns ordenamentos, dentro do princípio do direito individualista da função social da propriedade, e mais amplo em outros, de acordo com as doutrinas coletivistas, segundo as quais a propriedade é de todos, podendo estar a serviço do indivíduo como delegação da comunidade. Em ambos, as limitações ao direito de propriedade estabelecem sua subordinação a objetivos superiores, que se identificam com o respeito aos direitos de outrem, em uns, e com os ideais coletivistas, em outros.

Nos países capitalistas, a tradição jusnaturalista levou a que se mitigasse o absolutismo que o instituto do direito de propriedade herdara do direito romano, imprimindo-lhe a idéia da função social. Nos países socialistas, o direito de propriedade foi simplesmente abolido, o que não obstou ao Estado atribuir a indivíduos o uso e fruição de certos bens, com resultados semelhantes aos que os países capitalistas haviam conseguido, embora por caminhos radicalmente opostos.

No mundo contemporâneo, a rigidez das disposições atinentes ao uso da propriedade, em países que ainda mantêm um sistema socialista de governo, tem sido mitigada pela necessidade de desenvolver uma economia de mercado, em condições de participar do comércio internacional.

O tratamento dado pela doutrina e pelas legislações aos direitos subjetivos também oferece nuances que possibilitam estabele-

cer distinções entre os ordenamentos. Na concepção tradicional francesa, os direitos subjetivos são definidos como poder da vontade. No Estado nazi-fascista e no antigo Estado soviético, a concepção que as leis assimilaram em matéria de direitos subjetivos atribuía aos indivíduos certo poder de coerção no interesse de um grupo social que os absorve, o *Volk* alemão ou a Internacional Comunista. Em ambos, uma *facultas agendi* que não é exercida no interesse pessoal.

Outro exemplo marcante é o modo de desenvolvimento das diferentes instâncias de normatividade, tratadas pela doutrina como fontes formais do direito.

Essas divergências entre os sistemas jurídicos decorrem de vários fatores que podem ser divididos em dois grupos: fatores de diversificação e fatores de nivelamento.

Os principais fatores de diversificação são as diferenças de origem dos ordenamentos. O individualismo extremado das tribos da floresta contrasta com o associacionismo profundo das tribos do deserto, com repercussões nos respectivos usos, costumes e leis. Tais diferenças se explicam pelas respectivas condições geográficas, pois na floresta as fontes de água potável existem em abundância e são relativamente próximas umas das outras, ao passo que nos desertos e savanas essas fontes estão separadas por enormes distâncias. Assim, a união em torno de uma fonte de água potável é condição de sobrevivência para os habitantes dessas regiões, o que não se aplica aos povos da floresta.

Idêntica explicação pode ser dada à evolução de certos grupos sociais, que, do nomadismo primitivo em função da caça e do pastoreio, evoluíram para o sedentarismo das populações que se dedicavam à exploração da terra.

Os fatores de nivelamento são as condições que provocam migrações jurídicas. Essas ocorrem tanto pela imposição brutal das leis de um país invasor, como pela pacífica assimilação de um ordenamento jurídico por outro.

Os exemplos de invasões são inúmeros. Quando os espanhóis ocuparam a América Latina, introduziram com extrema brutalidade suas leis, sem nenhum respeito pelos costumes autóctones. Na Áustria, o direito nazista foi imposto no dia seguinte ao da anexação.

Nem sempre, porém, o colonialismo determinou o nivelamento dos direitos: os franceses tentaram fazer penetrar pela força o seu direito nos países ocupados, mas o fizeram parcialmente, conservando as leis e costumes dos nativos em matéria de estatuto pessoal, e procuraram introduzir suas próprias concepções em matéria de direitos reais. Certo respeito aos costumes e à tradição dos povos dominados talvez explique o relativo sucesso da colonização portuguesa na África.

Mas os exemplos mais notáveis de migração jurídica foram a expansão do direito romano e o nivelamento propiciado pelo direito canônico.

A expansão do direito romano conheceu duas fases.

Inicialmente, em decorrência da expansão militar do Império Romano, ocorreu um nivelamento de costumes dos povos que habitavam a Europa ocidental. Muito embora tivesse havido no início uma imposição forçada das regras do *jus gentium*, sua assimilação pelos bárbaros se explica menos pela maneira como ocorreu a imposição *manu militari* do que pela evidente superioridade das leis de Roma e pelo fascínio que a civilização romana exercia sobre as tribos bárbaras.

A segunda fase ocorreu muitos séculos após o desaparecimento do Estado romano. Trata-se da expansão doutrinária conhecida como *recepção do direito romano*, pois, por sua racionalidade e tecnicismo, pela coerência e logicidade de seus conceitos, o direito romano, redescoberto e estudado a partir do século XI, utilizado inicialmente como fonte subsidiária, foi aos poucos sendo utilizado por magistrados que freqüentemente se viam perdidos no emaranhado de costumes. Esse

envolvimento aumentou de modo tal que, até o advento das codificações, erigiu o direito romano em *jus commune* da Europa ocidental.

Nivelamento semelhante se observa em matéria de direito de família, mas devido ao direito canônico.

Tal como na fase de expansão doutrinária do direito romano, mesmo em assuntos em que os juizes não eram obrigados a estatuir conforme o direito canônico, este se impunha *auctoritate rationis*, pois as soluções canônicas eram consideradas mais convenientes do que as preconizadas pelas tradições locais.

A influência do direito canônico exerceu-se de maneira direta, pois em determinados assuntos ele se impunha de ofício, não importando a nacionalidade do juiz, ainda que as leis e costumes locais estatuíssem de modo diferente.

Mas ocorreu também uma influência indireta, pois, levando em conta as diferenças entre a Igreja de Bizâncio e a Igreja Romana, os cânones relativos à família eram aplicados em toda a Europa, inclusive a oriental, favorecendo o nivelamento do direito de família europeu.

O movimento de codificação também contribuiu para a aproximação e nivelamento dos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina, devido principalmente à influência do Código Napoleão, de 1804.

No mundo de língua inglesa, a *common law* britânica foi assimilada pelos Estados Unidos da América durante o período colonial e expandiu-se por toda a *Commonwealth*.

Na América do Sul, não se deve olvidar a obra de Teixeira de Freitas, cujo *Esboço*, publicado em 1860 como ensaio¹, repercutiu na elaboração do Código Civil da Argentina, de 1867, o qual foi adotado em 1871 pelo Paraguai.

Além da influência doutrinária de Teixeira de Freitas, registra-se a influência legislativa do Código Civil do Chile, de 1855, que serviu de modelo ao Código argentino e foi adotado pela Colômbia e Equador, com poucas modificações.

Costuma-se apresentar a existência da parte geral do Código Civil Brasileiro, de 1916, como exemplo de influência legislativa do Código Civil Alemão, de 1900. Segundo a lição de René David (1964, p. 90, § 66, nota 1), a adoção de uma Parte Geral para o Projeto Clóvis Beviláqua se deve menos à influência do *Burgerliches Gesetzbuch* (BGB) do que ao precedente da Consolidação das Leis Cíveis, de Teixeira de Freitas, de 1858, quando, pela primeira vez no mundo, propôs-se sob forma legislativa uma parte geral.

Entretanto, a proposta de Teixeira de Freitas pareceu quebrar a unidade do sistema jurídico ocidental, se considerarmos a uniformidade que decorreu da expansão doutrinária e legislativa do Código Napoleão, mas se sabe que as vertentes doutrinárias de Teixeira de Freitas radicam na escola histórica do direito e na hermenêutica conceptualista dos pandectistas germânicos.

Outro fator de nivelamento dos sistemas jurídicos, talvez o mais freqüente, é a simples imitação, pois o conhecimento dos sistemas estrangeiros e a comparação com as regras nacionais induzem à busca de uniformização. Após a Primeira Guerra Mundial, verificou-se uma europeização dos Códigos Cíveis da China e do Japão, o que se explica em boa parte pelo prestígio da civilização ocidental no Extremo Oriente. O mesmo ocorreu na Turquia, onde o Código Civil Suíço foi adotado integralmente.

As revoluções, finalmente, têm-se constituído em fator tanto de diversificação quanto de nivelamento.

Sob um ponto de vista sociológico, o fenômeno que se convencionou chamar de *revolução* sintetiza o desenvolvimento de fermentos ideológicos que, à medida que são absorvidos ou simplesmente impostos pelos donos do poder social, tendem a modificar quase radicalmente os comportamentos dos membros do grupo.

Tais fermentos se caracterizam por intenso poder de diversificação dos sistemas jurídicos, ainda que temporário, que se faz sentir quando os grupos sociais, agitados

pelos movimentos de subversão da ordem preestabelecida, saem do circuito onde gravitam os povos vizinhos e vão encontrar-se em situação de excentricidade em relação a estes. A diversificação começa a se fazer sentir quando um grupo social se afasta da relativa uniformidade jurídica que decorrerá da influência dos desejos comuns, das civilizações imitadas e das migrações jurídicas brutais. Mas esse processo se transforma em fator de nivelamento se a revolução tiver sido exportada, devido a certo grau de hegemonia que leve os grupos vizinhos ao caminho trilhado pela aludida revolução. Exemplos históricos significativos desse processo foram a Revolução Socialista e o Terceiro *Reich*, que conduziram a Rússia e a Alemanha a uma posição excêntrica. Mas foram experiências revolucionárias efêmeras, que não tiveram o condão de impor-se aos povos vizinhos, embora tivessem temporariamente determinado o nivelamento de seus sistemas jurídicos.

A Revolução Francesa, de 1789, atuou como importantíssimo fator de nivelamento, pois os fermentos ideológicos que a inspiraram desde logo se impuseram à imitação de todo o mundo ocidental.

Por um caminho diferente, pode o comparatista explicar a divergência entre os sistemas jurídicos, bastando observar o modo como as leis são propostas. Existem assim duas possibilidades: primeiramente, procura-se exprimir os desejos do grupo interessado segundo as aspirações que recebem o assentimento da maioria dos homens que compõem o grupo; a segunda possibilidade é a promoção, junto aos membros do grupo, do ideal moral ou político-ideológico que inspira uma minoria atuante, a qual realiza esse ideal mediante um certo número de reformas sociais e econômicas. No primeiro caso, temos normas estáticas, também chamadas *leis naturais*, nesse sentido evocado pelo comparatismo; no segundo, temos leis políticas ou revolucionárias. Leis naturais ou políticas, segundo a nomenclatura ora proposta, são necessariamente divergentes:

primeiro, sobre os pontos nos quais a influência geográfica ou ecológica é determinante; segundo, na medida em que elas se dirigem a grupos cujos graus de evolução econômica ou cujas estruturas sociais sejam diferentes. Assim, admite-se que os Estados Unidos da América e o Brasil não atingiram idêntico grau de desenvolvimento econômico e social, é evidente que suas leis de direito econômico não sejam as mesmas; se a estrutura social da França é diferente da estrutura social dos países árabes, o direito sindical de ambos não poderá ser idêntico.

Por conseguinte, na medida em que as leis são “naturais”, isto é, expressão da maioria, a simples consideração das diferenças no grau de desenvolvimento econômico ou nas estruturas sociais explica a disparidade dos sistemas de direito positivo. Quanto às leis políticas ou revolucionárias, seu particularismo se demonstra ainda mais evidente, pois em sua maioria são determinadas por acidentes históricos. Mas, se no início as leis revolucionárias são sempre um fator de diversificação, elas se constituem em fator de nivelamento quando ocorre a já mencionada tendência à expansão no circuito onde gravitam os países vizinhos; ou, mesmo não sendo do mesmo círculo, naqueles que pelo menos possam absorver os ideais que inspiraram a revolução, que devem necessariamente possuir um grau muito grande de atração, podendo repetir-se o ciclo das migrações jurídicas ou manifestar-se a lei sociológica da imitação.

4. A globalização como fator de nivelamento

A contemporaneidade convive com novo fator de nivelamento dos sistemas jurídicos. É o fenômeno da globalização, que, articulada com o crescente domínio da informática em todos os setores, está levando as nações do mundo a uma unificação de seus direitos positivos, com vistas a estereotipar os modelos econômicos das nações, a pre-

texto de facilitar o intercâmbio internacional de pessoas, bens e serviços.

Em função das necessidades e interesses do mercado mundial, as decisões políticas que devem expressar-se em normas jurídicas assumem cada vez mais uma conotação financeira e mercantil, mas ditadas por grandes organizações empresariais e organismos internacionais, tais como o FMI, o BID e o BIRD, além das grandes instituições financeiras multinacionais, as quais tendem a impor de maneira uniforme suas próprias regras aos países onde se procura expandir o modo de produção capitalista.

Desenvolve-se assim nova *lex mercatoria* a presidir o comércio entre firmas, as quais estabelecem uma organização institucional que compreende extensa rede de franquias, representantes e filiais espalhadas pelo mundo todo, ou seja, as próprias empresas engendram as regras de suas trocas comerciais, muitas vezes à margem do direito positivo dos lugares onde se instalam.

Além desse pluralismo jurídico transnacional (COELHO, 2001, p. 100 et seq.), o Estado contemporâneo vê minimizada sua soberania, pois as ordens jurídicas nacionais aos poucos se adaptam às exigências dessas novas formas de juridicidade, e que o interesse financeiro e mercantil assoma ao primeiro plano. Só que essa adaptação é disfarçada por teses sedutoras que a *novilíngua* do direito introduz, tais como, flexibilização, desregulamentação, desconstitucionalização, etc., eufemismos que disfarçam o retrocesso em muitas das conquistas históricas das sociedades, conquistas que já se achavam consolidadas nas constituições dos Estados modernos.

Mas não se trata da retirada do direito positivo em relação à vida social, no sentido preconizado historicamente pelo liberalismo, de que os cidadãos cuidariam muito melhor de seus negócios à margem do Estado regulamentador, mas de um deslocamento da capacidade de normar, implicando sua transferência para a esfera privada. Por

outro lado, esse processo interfere na soberania dos Estados quando estes se vêem obrigados a transigir com grandes organizações financeiras e mercantis, as quais impõem normas previamente negociadas por grandes escritórios multinacionais de advocacia, contabilidade, auditoria, negociação e arbitragem, os quais atuam em vários países no intuito de adaptarem as respectivas legislações às exigências dessa nova forma de dominação (CAPELLA, 1996, 1999).

Uma análise ainda que superficial dessa ideologia põe em relevo um fenômeno de profundo significado: o triunfo do modo capitalista de produção, calcado no direito privado de propriedade e nos princípios da livre iniciativa e da economia de mercado, o qual se impõe como modo de produção prevalente, se não o único, no mundo contemporâneo.

Esse fato é tão evidente que mesmo os países que, a exemplo de China e Cuba, conservam um sistema de governo inspirado no marxismo-leninismo abrem-se aos poucos para a economia de mercado e tratam de adaptar suas velhas estruturas aos modelos empresariais capitalistas.

Trata-se da vitória do individualismo consumista sobre o coletivismo socialista. Além de banalizar a visão darwinista da sobrevivência do mais forte, agora revestida de uma dimensão social e universalista, essa visão é portadora de uma lógica que estabelece a causalidade pura e simples entre meios e fins e uma escala de valores que subordina todos os fatores da vida social às exigências da economia capitalista.

Essa avassaladora arrancada do capitalismo incrementou-se com a derrocada da União Soviética, simbolizada pela queda do muro de Berlim, simbolismo que desde logo sinalizou o fracasso das políticas e dos planos econômicos socialistas e, paralela e conseqüentemente, a afirmação, recepcionada como definitiva, do modo de produção capitalista como, se não o melhor, pelo menos o único a viabilizar a articulação entre crescimento econômico sustentável, bem como

a manutenção de um grau razoável de liberdade.

Tal afirmação veio a constituir o núcleo ideológico da tese do *fim da história*, tratando desde logo o saber oficial de internalizar a convicção de que, com a vitória do capitalismo, nada mais restaria a ser criado, inventado ou descoberto pelas ciências humanas.

Essa vitória do capitalismo teve duas implicações basilares. Num primeiro momento, reforça a ideologia que lhe é subjacente, com a tese de que não existem soluções para os grandes problemas da humanidade e para o equilíbrio da sociedade que sejam alternativas ao capitalismo neoliberal. Num segundo, o capitalismo articula-se com a globalização e com a informação, de modo muito conveniente para sua expansão no mundo, já que o capital não tem quaisquer compromissos com as fronteiras nacionais.

Assiste-se hoje a uma banalização das tendências, outrora circunscritas a organizações marginais, a afastar o Estado dos processos multifacetados de tomada de decisões. Organizações não governamentais, serviços de voluntariado, instituições religiosas, comunidades de base, associações de moradores e outras iniciativas, as mais das vezes tendentes a suprir deficiências da atuação oficial do Estado, acabam por reforçar os ideais comunitários e fundamentar a doutrina da autonomia regulamentar da sociedade.

Esse comunitarismo social repercute também nas organizações empresariais, engendrando certa tendência a elas também adquirirem autonomia frente ao Estado, mas uma autonomia de caráter jurídico, quando organizações empresariais cada vez mais amplas instituem sua própria regulamentação normativa e procuram submeter o direito positivo estatal.

A sociedade atual ostenta, portanto, a imagem de um complexo de interesses, valores, projetos e exigências de indivíduos e grupos, uma rede de dimensões globais expressada mediante estruturas dos mais di-

versos aspectos, instituídas e constituídas por amplas redes comerciais, sistemas de produção e distribuição, pelo sistema financeiro e também pelo mercado de trabalho, estruturas que transcendem as fronteiras geopolíticas e culturais.

Essa realidade repercute evidentemente nas concepções comuns de direito, as quais passam a articular-se com a idéia de regulação autônoma ou semi-autônoma de regiões, localidades, grupos e empresas. Nesse amplo contexto, cuja complexidade é agravada em função de uma infinita variedade de fins e escalões que os expressam, e que são articulados por uma rede complexa de declarações, novas formas de organização social podem dimanar da extrapolação territorial, nacional e política do conceito de Estado.

Apesar dessas transformações, a teoria política mantém o idealismo de sua concepção jurídicista, o Estado concebido em função de seu território e soberania, voltado para o bem do povo. Mas o que verdadeiramente se verifica é o deslocamento do lugar geométrico da soberania, quando o Estado perde sua exclusividade para a criação e revelação do direito, sendo cooptado pelas decisões, impositivas ou participativas, oriundas do conjunto econômico de organizações empresariais mundiais. Tal é a nova forma de organização política da sociedade, por meio da qual se impõe a nova ordem mundial, dominada pelos magnos interesses empresariais mundiais e pelas nações mais ricas do planeta.

5. *A ética do capitalismo e o renascimento do direito comparado*

Além dessas conseqüências, a globalização, conjugada com o binômio capitalismo/neoliberalismo, torna presente uma terceira implicação: a renovada afirmação da ética do capitalismo, a qual repercute profundamente na ideologia jurídica e política do mundo contemporâneo, impregnando

nossas idéias acerca do direito, do papel do Estado, das profissões jurídicas e, especialmente, das teorias da justiça.

Desde tempos imemoriais, a atividade política da humanidade tem-se resumido na tecnologia de dominar as forças produtoras do homem para que elas não se desviem de seu objetivo primordial: o lucro. E, para que o lucro seja ainda mais lucrativo, vale dizer, para que a aplicação do dinheiro se traduza em maior quantidade de mais-valia, é necessário que lucro gere lucro, mais-valia produza mais-valia, num processo denominado *acumulação de capital*.

A história da civilização não o desmente, e nenhuma retórica economicista, nenhuma sofisticação discursiva vai desmentir esse fato prosaico, que o capitalismo tende a aperfeiçoar-se à medida que se sofisticava a tecnologia da exploração do homem pelo homem, a qual engendrou as formas primitivas, medievais e modernas de escravidão, as formas modernas e de colonialismo mercantil, industrial e tecnológico, e agora, a forma pós-moderna de colonialismo virtual.

Nenhum eufemismo será capaz de disfarçar o fato de que, amparado numa tecnologia cada vez mais sofisticada, cujo domínio tende a restringir-se a países cada vez mais ricos e suas organizações empresariais transnacionais, o capitalismo ingressa em nova fase, caracterizada por nova forma de acumulação que transcende as fronteiras geopolíticas dos Estados nacionais. Ou seja, o capitalismo contemporâneo retoma sua primitiva e essencial tendência para a acumulação, com vistas a preparar o desenvolvimento de um modo de produção adequado à nova civilização global.

Esse capitalismo global e virtual está firmemente embasado no neoliberalismo, que é ao mesmo tempo uma filosofia, uma ideologia e um projeto político, a proposta do Estado mínimo, aquele que, mediante um processo de desregulamentação da economia, afasta-se do mercado e retira os obstáculos à competição e à livre concorrência, reservando-se tão-somente às tarefas ineren-

tes à educação, saúde pública, cultura, lazer e administração da justiça. Mesmo nesses setores, porém, deve o Estado estimular tanto quanto possível as iniciativas empresariais.

O neoliberalismo tem portanto sua utopia, que paradoxalmente coincide com a utopia socialista, no sentido de que o Estado tende a tornar-se desnecessário à medida que a sociedade se auto-institui, na plenitude da realização dos indivíduos que a compõem.

Essa é em síntese a ideologia que se lê nas entrelinhas dos tratados de economia política e nos documentos que subsidiaram a política do governo inglês, eleito pelo Partido Conservador em 1980, e do governo Reagan, a popular *reaganomics*, que tem servido de inspiração para os programas políticos neoliberais do mundo subdesenvolvido, inclusive o Brasil, sob a supervisão das organizações econômicas mundiais, impregnadas da mesma ideologia e subordinadas, ainda que subjacentemente, aos mesmos interesses da dominação econômica mundial.

A ética do capitalismo é a exploração do homem pelo homem, tornada legítima por mecanismos ideológicos que a disfarçam sob forma de princípios, valores, conquistas, benefícios e outros mitos. E a lógica do capitalismo é o nexu imputativo que liga a exploração do homem pelo homem com a acumulação de capital, hoje cada vez mais identificada como concentração de renda, mas igualmente dissimulada sob eufemismos e mentiras filosóficas e pseudocientífica, tais como, desenvolvimento, bem-estar social, ordem e progresso, etc., mas que no fundo se subordinam à necessidade de gerar riqueza material.

Evidentemente, a produção material da riqueza não é um mal, pois a racionalidade humana a impõe como causa e efeito do progresso da humanidade. Isso não obstante, quando ela se articula com a necessidade de acumulação e com a marginalização das pessoas excluídas dos benefícios dessa ge-

ração da riqueza, abrem-se questionamentos sobre as vantagens do capitalismo em relação às pessoas, povos e nações marginalizados. Isso porque seu efeito distributivo passa a ser objetivo secundário, somente tolerado se não obstaculizar a produção em si e não interferir no processo de acumulação. É que, paralelamente às necessidades da produção, gera-se a necessidade de acumulação dos seus resultados, o que importa afirmar que os ricos tendem a ser cada vez mais ricos e menos numerosos, enquanto os pobres permanecem naquele patamar de pobreza intrínseca ao sistema.

O mal radica então na falta de ética do discurso capitalista, o qual, centrado na defesa intransigente da acumulação a pretexto de favorecer a produção, faz com que essa ótica acumulativa e marginalizadora prevaleça em todos os espaços da vida social. Só que esse ponto de vista assume hoje uma dimensão planetária.

Se levarmos em conta que a ideologia do capitalismo impõe de modo cada vez mais enfático a submissão da ética à economia, podemos inferir, prosaicamente, que a ética do capitalismo global é a carência de ética, ou seja, uma ética *aética*.

Quando se observa o atual panorama mundial, nota-se que o progresso científico e tecnológico muito pouco está contribuindo para superar as mazelas que ainda separam os povos da terra, pois o mundo está sendo levado a aprofundar os desequilíbrios sociais e, em muitas regiões, ao agravamento da fome, da miséria, do desemprego e da desesperança.

Esperava-se que, após a queda do muro de Berlim em novembro de 1989, as ameaças de guerra em nível mundial envolvendo as superpotências estariam relegadas ao passado. Entretanto, dados coligidos por entidades governamentais e não governamentais, como o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados e o Conselho de Defesa Nacional dos EUA, reportam que, na década anterior a novembro de 1995, mais de cinquenta milhões de pessoas ha-

viam sido forçadas a abandonar seus lares para fugir de conflitos, atrocidades e diversas formas de intolerância, perseguição e opressão. Cerca de setenta e um conflitos armados haviam sido contados entre 1789 e 1989, destacando-se as atrocidades cometidas por déspotas e ditadores contra seu próprio povo. Reporta a agência de notícias Associated Press que, durante o século XX, os assassinatos perpetrados no interior das nações, a guerra da nação contra si mesma, haviam excedido as mortes causadas pelas guerras convencionais contra inimigos de fora das fronteiras. E cita os expurgos estalinistas, a revolução cultural chinesa, os campos da morte do Camboja, a limpeza étnica na Bósnia, os horrores de Ruanda, mais de 170 milhões de vidas sacrificadas pela intolerância ideológica (ROY, 199-?, p. 8 et seq.).

O que esperar do século que ora inicia? O historiador Arthur Schlesinger, ganhador do prêmio Pulitzer, adverte que, se o século XX foi o da guerra das ideologias, o século XXI começa como sendo o das guerras étnicas (ROY, 199-?, p. 8 et seq.). Com efeito, as antigas ameaças guerreiras, que opunham Estados e nações, hoje foram substituídas por guerras relacionadas com terrorismo, fundamentalismo político e religioso, conflitos étnicos e tribais, narcotráfico e novas formas de escravidão, como a prostituição e o tráfico internacional de trabalhadores. Estes, para fugir do desemprego em seus países de origem, preferem a condição de imigrantes ilegais e são submetidos a condições desumanas de trabalho.

Não será exagero afirmar que por detrás desse panorama impressionante, nada alentador, está a ética, ou melhor, a falta de ética do capitalismo global, a ética aética do capitalismo.

A tendência fundamental do capitalismo é seu próprio fortalecimento, o que exige uma expansão contínua, dissimulada sob o eufemismo do crescimento econômico. Daí, o não menos constante crescimento da demanda de mercadorias, pois o consumo, por mais que cresça em termos absolutos, ab-

sorve apenas parte da mais-valia apropriada, a qual tende a jamais ser suficiente para fazer reverter a produção.

Essa lógica do crescimento contínuo está aliada à busca do maior lucro possível, o que exige a destruição de todas as formas alternativas ligadas à economia voltada para a satisfação das necessidades elementares de uma vida digna.

A situação atual confirma essa característica essencial do capitalismo e sua lógica intrínseca, exigindo a concentração da produção com tendência a monopólios, ao fortalecimento dos bancos, que manipulam valores cada vez maiores, e à exportação de capitais, que tende a ser mais característica da atual fase de expansão do que a exportação de mercadorias.

Como conseqüência, o excedente de capitais não se consagra à elevação do nível de vida interno, mas à emigração e busca de áreas menos desenvolvidas onde encontre aplicação mais lucrativa. Ou seja, mais do que aético, o capital é apátrida.

Algumas respeitáveis opiniões, entre as quais as de Pierre Bourdieu e Alain Tourraine, admitem uma ética do mercado contraposta às exigências da equidade social como a única que se mantém após o desmoronamento do comunismo. Uma ética de comerciantes, a qual faz as vezes de moral pública e persegue a trindade moral clássica da bondade, beleza e verdade.

Por outro lado, os atuais teóricos do capitalismo procuram banalizar uma ética que, se não é nova, como já asseverara Max Weber (1967), renova-se em argumentos de base empírica que vão fundamentar uma escala de valores adequada aos interesses do capital, com repercussões no conceito mesmo de justiça, subordinando-o aos sentimentos das *well ordered societies*², bem como uma racionalidade que tudo subordina à relação de causalidade entre meios e fins.

A cavaleiro das transformações da economia mundial, e reforçada pela idéia esdrúxula do *fim da história*³, essa ética tende hoje a identificar os valores da cultura euro-

péia e americana, impregnados das noções básicas do capitalismo, que reforçam o direito de propriedade, a liberdade contratual e a livre iniciativa, como o que de melhor a humanidade terá produzido e que jamais produzirá.

A produção da mais-valia como mecanismo pelo qual o capitalismo se desenvolve, e sua tendência predatória diante de outros modos de produção, sempre constituiu o núcleo do pensamento dos grandes teóricos do socialismo, e nenhuma ética é hoje capaz de elidir ou justificar esse fato prosaico, que para alguém enriquecer é necessário, além do próprio trabalho, o concurso do trabalho de outros, cuja produção transformada em mercadoria tende a acumular-se nas mãos de quem enriqueceu à custa do trabalho alheio.

O fato é que a generalização da forma mercantil do produto atribui ao modo de produção capitalista um poder fortemente desagregador. Enquanto as formações pré-capitalistas se caracterizam pela coexistência estável de modos diversos, articulados e hierarquizados, o modo capitalista se caracteriza pela tendência a converter-se em exclusivo, destruindo os demais, o que pressupõe expansão e aprofundamento do mercado interno.

Se esse fato é evidente nos países de economia mais desenvolvida, que puderam estruturar centros industriais altamente sofisticados e poderosíssimas redes mercantis e financeiras, nos países ditos emergentes, como o Brasil, a Argentina, o Chile e o México, a situação é mais cruel.

Nessa espécie de capitalismo periférico, cujas regras são impostas ou induzidas a partir daquele capitalismo central, ainda sobrevivem formas de economia natural que, nos centros urbanos, manifestam-se por meio das pequenas e médias empresas, ou simples atividade de sobrevivência, a exemplo dos camelôs, constituindo uma economia informal.

Essas formas periféricas não são destruídas ou desagregadas totalmente, mas ficam

privadas de sua funcionalidade e são submetidas à funcionalidade dimanada das grandes organizações capitalistas centrais, que atuam por meio de extensa rede de empresas franqueadas, filiais, coligadas, aglomeradas ou simplesmente representantes.

Tal como as organizações sociais primitivas, essas formas de sobrevivência da economia natural ainda formam a base da existência material das sociedades e constituem uma alternativa ao desemprego ou subemprego, ou meio de escapar à miséria sem deixar-se cooptar por organizações criminosas. É fato notório que os bolsões de miséria na periferia das grandes cidades alimentam a mão-de-obra do narcotráfico e do crime organizado. Isso não obstante, na medida em que representam obstáculo à expansão do capitalismo como forma prevalecente de produção, o poder desagregador do capital leva ao aniquilamento sistemático das organizações sociais que procuram viabilizar esses resquícios de economia natural, tendo como resultado o aumento dos bolsões de miséria e deixando a juventude à mercê da sedução da criminalidade.

Nessas formações ligadas à economia natural, procura-se produzir para consumo próprio, e como muito dificilmente ocorre demanda de mercadorias estranhas ao consumo, as formas de economia natural oferecem rígidas barreiras às necessidades do capital. Isso explica porque, onde quer que se instalem as grandes organizações representativas do capital central, a exemplo dos “shopping centers” e das redes de supermercados gigantes, surge a necessidade de travar um combate mortal contra a economia natural na forma histórica com que se apresenta, o pequeno comércio urbano e rural, os botequins de beira de estrada, as feiras livres e os camelôs, por exemplo.

No Brasil, como de resto nos países situados na periferia do capitalismo, a destruição predatória das formas de economia natural ligadas à exploração da terra, ao pastoreio, à indústria e comércio familiar, ao artesanato e outras formas espontâneas, nas

quais se incluem também as microempresas e outras iniciativas geradoras de emprego, engendrou o abandono do campo, a destruição da pequena propriedade rural e o absurdo crescimento das populações urbanas, onde as elites econômicas e a classe média vêem-se sitiadas por uma imensa população de favelados. E quaisquer tentativas de reversão desse processo perverso, promovendo-se, por exemplo, uma reforma agrária coma da redistribuição da terra, ou a implementação de uma política de favorecimento à pequena empresa, encontram os obstáculos da dificuldade de acesso ao crédito, do enfrentamento dos monopólios e cartéis dissimulados e até da incompreensão ideológica dos que ainda vislumbram os fantasmas do comunismo e da destruição dos valores cristãos.

Ciuro-Caldani (2000, p. 10), a propósito, destaca outro paradoxo do capitalismo contemporâneo: ele *inclui*, quase sem fronteiras, as pessoas, materiais e espaços de que necessita, e *exclui* todo o resto. Por isso, especialmente quando se trata de pessoas, pode-se dizer que o atual processo de globalização é ao mesmo tempo um processo de *marginalização*, o qual ocorre em nossos dias com a força especial que possui o capitalismo desenvolvido, cujas técnicas o fazem ocupar todo o âmbito planetário. Enfatiza o autor que já não se pode falar numa *divisão do trabalho social*, mas de uma crescente *exclusão do trabalho* (CIURO-CALDANI, 2000, p. 11). Com efeito, ao que hoje assistimos é um distanciamento crescente das sociedades em geral quanto à tão sonhada igualdade, à medida que se aprofundam as desigualdades como meio de incrementar a produção competitiva que impõe uma espécie de darwinismo social, que joga na fossa comum da exclusão social o hipossuficiente, o débil, o enfermo, o velho, o imigrante, o pobre, os quais sucumbiram na luta contra o mais forte. O darwinismo neoliberal globalizado permite que duzentos e vinte e cinco ricos possuam tanto quanto dois bilhões e meio de pobres, e que três bilionários dete-

nham o produto interno bruto dos quarenta e oito países mais miseráveis do mundo, e ainda que, mesmo nos países mais ricos do mundo ocidental, um quarto da população seja classificada como em estado de pobreza. Ou seja, o capitalismo hoje patrocina a produção em série de ricos nos países pobres e pobres nos países ricos.

Trata-se de uma irresistível tendência à marginalização das pessoas, articulada com uma implicação avassaladora que a própria lógica do sistema engendra, a exigência de acumulação das riquezas produzidas pelo trabalho social.

Se levarmos em conta que a atual crise do direito se confunde com a crise ética do capitalismo neoliberal globalizado, que o mundo atual em nada difere do vivido pelos comparatistas dos anos sessenta, salvo o agravamento dos problemas que sempre afligiram a humanidade, bem como sua maior amplitude, eis que hoje extravasam o âmbito relativamente restrito em que ocorriam para adquirir dimensões planetárias, a lembrança do contexto em que se desenvolveu o comparatismo servirá para justificar a retomada de seus estudos.

No mundo atual, o projeto epistêmico de uma ciência jurídica universal parece cada vez mais distante, em face do triunfo da concepção dogmática do direito e da avassaladora virtualização decorrente de uma tecnologia de informação jurídica cada vez mais sofisticada, que, paradoxalmente, isola e exclui em vez de aproximar. Apesar disso, o mundo atual oferece o quadro para um renascimento, não somente do direito comparado como forma de saber jurídico, como também, e principalmente, para um resgate dos ideais do comparatismo.

As reflexões sobre a ética aética da forma atual do capitalismo podem ser articuladas com as reflexões em torno das possibilidades de resgate desses ideais, o que talvez sirva de inspiração para que o direito se transforme em veículo de impregnação de um mínimo de ética na comunidade das nações.

Relembremos que o ideal do comparatismo surgiu e se desenvolveu nos anos sessenta, num mundo dividido pela guerra fria e numa Europa ainda mais dividida pela herança da segunda guerra mundial. Essa herança guardava as imagens do holocausto e das atrocidades cometidas contra as populações civis, o que redundava em ódio e ressentimento.

O direito comparado, que sempre fora considerado somente um método auxiliar na interpretação da lei, passou a ser visto como um esforço para suprir as conseqüências teóricas e práticas da nacionalização dos ordenamentos jurídicos. Como resultado, foram consolidados os fundamentos epistemológicos que possibilitaram seu estudo como disciplina jurídica autônoma e, mais ainda, como a própria ciência jurídica voltada para um objeto que transcendia as fronteiras geopolíticas dos Estados nacionais, o direito como fenômeno universal.

Mas uma conotação ética profunda presidia seus estudos, pois se almejava a união dos povos mediante a unificação dos sistemas jurídicos nacionais em “famílias de direitos”, expressão cunhada por René David (1964).

Essa ética da união dos povos levava em conta a estrutura do Estado e o poder político, ainda que privilegiando a face jurídico-normativa desses fenômenos, com a função definida de unificar o direito, promover a compreensão e a colaboração internacional, estimular a solidariedade entre os povos e valorizar o conhecimento do direito nacional, mediante a sua integração no contexto geral da cultura dos povos (DAVID, 1964, p. 8 et seq.).

No mundo atual, ainda que o projeto epistêmico de uma ciência jurídica universal pareça cada vez mais distante, em face do triunfo da concepção dogmática do direito e da avassaladora virtualização decorrente de uma tecnologia de informação jurídica cada vez mais sofisticada, esse alcance ético se faz presente. Os intercâmbios aca-

dêmicos, a comunicação mais intensa entre as instituições universitárias e o desejo jamais sufocado de promover a solidariedade entre as nações fornecem efetivamente o caldo para resgatar a dimensão universal do direito por meio do direito comparado.

Que se possa igualmente impregnar a teoria e a práxis do direito com o sentido ético de uma ciência que, respeitando as diferenças, volte-se para a união dos povos.

Notas

¹ NABUCO, Joaquim. *Um Estadista do Império*, v. 3, p. 212, nota 2, apud Beviláqua (1959, v. 1, p. 12).

² Rawls (1981).

³ Fukuyama (1989).

Bibliografia

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*. [S. l.: s. n.], 1959. v. 1.

CAPELLA, Juan Ramón. *En el límite de los derechos*. Barcelona: EUB, 1996.

_____. *Fructa prohibida*. 2. ed. Valladolid: Simancas, 1999.

CIURO-CALDANI, Miguel Angel. Globalización/Marginación: implosión demográfica? *Bioética e Biodireito*, Rosário, n. 5, 2000.

COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris: Dalloz, 1964.

FUKUYAMA, Francis. The end of history? *The National Interest*, n. 16, Summer, 1989.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Vamireh Chacon. Brasília: Ed. UnB, 1981.

ROY, Michel. *The future foretold*. Orange: Family Care Foundation, [199-?].

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tamás J. M. K. Szmrecsányi. São Paulo: Pioneira, 1967.

A interpretação e aplicação das regras da OMC nos primeiros anos

Luiz Olavo Baptista

“...honorably, independently, impartially, conscientiously, and in accordance with the law of the World Trade Organization...”

“...honradamente, independentemente, imparcialmente, conscienciosamente, e segundo a lei da Organização Mundial do Comércio...”

(juramento no texto no Órgão de Apelação da OMC)

Quando membros do Órgão de Apelação prestam compromisso, os deveres por eles solenemente assumidos exigem certas qualidades pessoais para serem cumpridos. É por isso que, durante o processo de seleção – além do trabalho realizado segundo as regras por um grupo de pessoas –, muitos Representantes de Estado gostam de entrevistar pessoalmente os candidatos para avaliar suas personalidades.

Ser honrado ou ser independente depende de traços de caráter, além de serem qualidades atribuíveis a certas ações. A imparcialidade deriva da honorabilidade e da independência. Também agir de forma conscienciosa é algo possível para uns, mas não para outros, pois exige que tudo seja feito com cuidadosa atenção.

Em nenhum lugar – nem nas regras da Organização nem nas expectativas dos Estados Membros –, há a exigência de que as pessoas selecionadas sejam infalíveis. Podemos, também, não só supor, como ter a certeza de que os membros do Órgão de Apelação nem sempre raciocinarão exata-

mente de acordo com as expectativas de uma parte, nem chegarão, sempre e precisamente, àquele resultado desejado ou imaginado por um dos demandantes. Isso porque seu raciocínio poderá não corresponder ao do autor das expectativas. Essas são conclusões óbvias, acessíveis a qualquer pessoa razoável, e consensuais para todo indivíduo inteligente.

A razão para isso é que o Órgão de Apelação é um colegiado, composto por sete

“[...] pessoas de reconhecida autoridade, que demonstram amplo conhecimento e perícia em Direito, comércio internacional e na matéria dos acordos compreendidos em geral”¹.

A composição do Órgão de Apelação, além do mais, deve ser representativa, em linhas gerais, da composição da própria OMC², do que resulta que cada um de seus integrantes vem com experiências e panorama cultural bastante distintos.

Foi assim que os Estados Membros decidiram proceder para minimizar a margem de erros causados por idiosincrasias pessoais, pela falibilidade humana, ou deficiências dos conhecimentos prático-profissionais ou decorrentes do viés cultural e nacional de cada um. Daí resulta que a decisão, coletiva, representa a amálgama de culturas, experiências, modos de ver o direito que só podem encontrar seu equilíbrio e foco no interior dos acordos de Marrakesh. Foi justamente para garantir que o espírito e a letra desses acordos fossem respeitados, e para que cada um dos países membros tivesse seus direitos e prerrogativas assegurados, que se criou o Órgão de Apelação. Poderíamos dizer que ele é o guardião dos direitos dos Membros da OMC.

Os Estados Membros estipularam que as opiniões dos membros do Órgão de Apelação deveriam ser anônimas³, sempre que não fossem unânimes. Com isso, além da garantia da independência de cada um, evita-se a oportunidade de aparecerem as atitudes de “prima dona” que por vezes aparecem em alguns juizes de tribunais superiores.

Para evitar que os membros do Órgão de Apelação caiam na tentação de legislar – na

qual muitas cortes de justiça já caíram –, os autores do tratado incluíram no artigo 3.4 a regra que delimita o propósito do Acordo sobre Solução de Controvérsias,

“(...) conferindo segurança e previsibilidade ao sistema multilateral. Os Membros reconhecem que ele funciona para preservar os direitos e obrigações dos Membros nos termos dos acordos abrangidos, e para clarificar as disposições existentes nesses acordos de acordo com as regras usuais de interpretação de direito internacional público. As recomendações e decisões do Órgão de Solução de Disputas não podem incrementar ou diminuir os direitos e obrigações previstos nos acordos abrangidos”⁴.

Foram além impondo diretivas para a interpretação, contidas em outros parágrafos, como os 5⁵ e 6⁶ do artigo 17.

Essas regras demonstram a sabedoria e experiência dos que as redigiram e que as conceberam para garantir que as decisões do Órgão de Apelação fossem, nos limites da natureza humana, as mais adequadas para todos os Membros da OMC, segundo os termos do seu Acordo.

Quando a OMC começou a funcionar, foram selecionados os sete primeiros membros do Órgão de Apelação⁷. Ao saírem, a característica comum na atuação de todos foi que nunca reformularam a lei, ou a criaram a partir de elementos externos: contentaram-se em interpretá-la e aplicá-la de um modo razoável, como é apropriado, procurando sempre a intenção do legislador em suas palavras.

Fizeram o que um intérprete deve sempre fazer, pois ele é alguém que busca elucidar o significado do texto de outrem, não recriá-lo. Ao intérprete não é dado ir além ou ficar aquém daquilo que é realmente dito no texto que ele interpreta, senão ele falhará em sua tarefa.

A mesma palavra – “interpretação” – é usada para “tradução” e para “interpretação legal”. Ambas implicam um dever para

o intérprete e para o tradutor: – o de ser o mais fiel possível à vontade e ao pensamento do autor seja traduzindo de um para outro idioma, seja examinando as intenções do legislador para aplicá-las às situações concretas. Ambos, portanto, colocam em palavras que escolhem o pensamento de outrem. O tradutor traz para outro universo lingüístico o pensamento do autor. O intérprete da lei explica, levando à concreção, a intenção do legislador. No caso do intérprete das regras de um tratado, vemos a busca do sentido resultante do encontro de vontades das partes e que nem sempre é a expectativa com que uma ou outra das partes foi para a mesa de negociação. Aí reside a dificuldade especial de se interpretar um tratado. Se fosse um contrato celebrado no interior de um Estado por seus nacionais, a identidade cultural de ambos faria com que o conteúdo semântico das expressões fosse o mesmo. Com a introdução da internacionalidade e do uso de uma língua que nem sempre é a de todas as partes, a possibilidade de que cada uma delas venha a imaginar um conteúdo semântico que não é similar para determinada expressão cresce.

Podemos avaliar como os primeiros sete interpretaram os acordos da OMC para compreender quão bem-sucedida foi sua atuação estabelecendo os mecanismos e regras de interpretação que permitissem encontrar o significado preciso e válido internacionalmente, decorrente da vontade comum dos signatários dos Acordos.

Além disso, eles abordaram problemas essenciais para a Organização, então nascente.

Na época, quando a OMC e o Órgão de Apelação acabavam de se constituir, tinham a necessidade de que padrões de conduta e de trabalho fossem desenhados. Para o Órgão de Apelação, esses padrões aparecem nas Regras de Procedimento⁸ que foram redigidas e aprovadas pelos sete membros originais. Essas regras são rigorosas, positivas e buscam ser o complemento do que havia sido escrito pelos Membros da OMC

nos Acordos. Todas elas mencionam independência, rigor ético, a necessidade de um estudo e reflexão adequados para a melhor aplicação do direito⁹.

A tarefa não terminou aí. Passou das Regras de Procedimento para o campo das decisões, incluindo nesse trajeto, obrigatoriamente, a interpretação das disposições dos Acordos de Marrakesh.

Como disseram ao assumir o compromisso que foi o primeiro ato e o que deu início ao seu mandato, os primeiros sete sabiam que deviam agir conscienciosamente, e assim o fizeram. A maneira como eles decidiram é consequência do modo como interpretaram as normas e será examinado agora, quando virmos algumas das decisões feitas pelo Órgão de Apelação que se relacionam exatamente à temática da interpretação dos Acordos, e como ela deve ser feita. Nesses casos, encontramos traçada, pela primeira vez, a que julgavam ser a maneira correta de interpretar.

Um desses casos foi “EC – Hormones”. No parágrafo 165¹⁰ do Relatório, a Divisão julgadora afirma que:

“...nós não podemos levemente presumir que Estados soberanos pretenderam se impor a obrigação mais onerosa, ao invés da menos gravosa, exigindo conformidade de obediência com tais padrões, paradigmas e recomendações. Para permitir tal presunção e dar margem a tão ampla interpretação, a linguagem e os termos do tratado a serem empregados deveriam ser muito mais específicos e instigantes do que aqueles do Artigo 3 do SPS Agreement”.

Aí encontramos a primeira referência à interpretação, em que o Órgão de Apelação afirma que se deve ler o texto levando em conta que os Estados soberanos nunca escolhem a obrigação mais onerosa; ao contrário, preferem a menos gravosa, sempre que assinam um tratado.

Tendo isso em mente, estabeleceram que a interpretação tende a ser a mais literal

possível para que não se aumente o alcance do que foi dito. Todavia, essa metodologia é um dos traços interpretativos mais criticados por alguns autores.

A interpretação literal e restritiva da intenção dos negociadores dos Acordos leva forçosamente à análise pormenorizada de cada palavra, e é por isso que o Órgão muitas vezes lançou mão de dicionários para compreender o preciso significado de cada expressão.

No mesmo caso EC – *Hormones*, no parágrafo 181¹¹, também é dito que

“(…) a regra fundamental da interpretação dos tratados exige que o intérprete leia e interprete *as palavras efetivamente empregadas* no acordo sob exame, *não aquelas que o intérprete gostaria que tivessem sido usadas*”.

Aí, mais uma vez, fixam-se os limites à interpretação. O Órgão de Apelação já havia, antes, como vimos, expresso sua posição, e aqui a reitera, mais categórico. Mais tarde, em outros casos, manteve essa mesma linha interpretativa.

No caso *Argentina – Textiles and Apparel*, parágrafo 42¹² –, lemos que

“(…) o Painel baseia-se substancialmente naquilo que caracteriza como ‘práticas passadas do GATT’, sem proceder nenhuma análise do significado usual dos termos do Artigo II neste contexto e à luz do escopo e propósito do GATT 1994, segundo as regras gerais de interpretação de tratados ditadas pelo Artigo 31 da Convenção de Viena”.

Nessa ocasião, além de criticar a ausência de uma apreciação do significado usual dos termos¹³ sob a ótica dos objetivos do GATT 1994, o Órgão determinou que esses aspectos deveriam ser abordados de acordo com as regras gerais de interpretação de tratados descritas pela Convenção de Viena¹⁴.

Surge nesse caso a Convenção de Viena¹⁵ sobre o Direito dos Tratados, e aparecerá em outros para explicar o método interpretativo. Essa convenção foi considerada

como uma codificação dos usos e costumes do direito internacional elaborados através dos séculos, no que diz respeito às práticas concernentes aos tratados, e resultou de anos de estudo pela Comissão Internacional de Direito e de extenso processo de debate e negociação pelos seus signatários.

Mas é importante recordar que foram os Acordos da OMC que incluíram a remissão ao artigo 31, o que significa que as regras lá traçadas foram incorporadas ao *corpus legis* da OMC.

No artigo 31, da Convenção de Viena, temos uma referência a “escopo e objetivo”, o que significa que o teor de um tratado deve ser buscado em suas próprias palavras e no escopo e objetivo do mesmo, e da palavra no contexto.

Eis, mais uma vez, um indicador de que a interpretação feita pelos sete primeiros participantes do Órgão de Apelação foi conservadora.

Em *US – FSC*¹⁶, no parágrafo 91, podemos encontrar outra indicação sobre a interpretação e seus limites, nos dizeres da Divisão:

“(…) Contudo, nós temos certas reservas restritivas sobre o emprego de qualquer padrão legal, como esse teste do ‘but for’, ao invés da efetiva linguagem de tratado”.

Afirma-se, pois, que *standards* jurídicos não podem substituir a efetiva linguagem de tratado.

No que concerne à história legislativa, esse mesmo caso deu margem a um parágrafo, relacionado à interpretação, no qual a Divisão explica que

“(…) a história legislativa também afirma que essa medida foi tomada ‘para respeitar decisões de um Painel da OMC e de seu Órgão de Apelação’”.

Em *Japan – Alcoholic Beverages II*¹⁷, p. 12, a Divisão observou que:

“(…) um preceito fundamental da interpretação dos tratados, que deriva da regra geral de interpretação do Ar-

tigo 31, é o princípio da efetividade (*ut res magis valeat quam pereat*)”.

Mais uma vez, o artigo 31 aparece como mecanismo de interpretação sem o objetivo de amplificar ou reduzir o alcance do texto, não se abrindo as portas para a jurisprudência criativa.

Isso é também confirmado e enfatizado no caso *Argentine – Footwear* (EC)¹⁸, parágrafo 81, no qual os Membros da Divisão decidiram que

“... o intérprete de um tratado deve ler todas as disposições aplicáveis de forma a dar significado a todos eles, harmoniosamente. E, uma leitura adequada deste ‘pacote inseparável de direitos e disciplinas’ deve, desta forma, ser aquele que dê significado a todas as disposições relevantes destes dois acordos vinculantes”.

Nesse mesmo caso, no parágrafo 95, é dito que

“nossa leitura desses pré-requisitos faz precisamente isto, certificando-se que todas as disposições relevantes do *Agreement on Safeguards* e do Artigo XIX do GATT 1994 concernentes a medidas de salvaguarda mantiveram seu pleno sentido e pleno efeito legal”.

Vemos, assim, que esse gênero de interpretação não daria, como não deu, margem ao incremento ou à diminuição de direitos de qualquer dos Membros da Organização Mundial do Comércio, mas, ao contrário, leva a fazê-los respeitar aquilo que acordaram.

Talvez haja quem afirme que tal ou qual interpretação não era exatamente o pretendido no momento da assinatura do tratado. Contudo, quem pensa isso labora em equívoco porque o intérprete busca num tratado, ou num acordo privado, não a vontade de uma parte, ou a intenção de outra, mas o que resultou no acordo, do consenso de ambas, e que extrairá do texto adotado por elas – o Acordo.

O princípio da efetividade, que acima mencionamos, aparece também no caso *Ko-*

rea – Dairy, no qual a decisão do Órgão de Apelação é que, “à luz do princípio interpretativo da efetividade, é o dever de qualquer intérprete de um tratado ‘ler todas as disposições aplicáveis de forma a dar-lhes todas, harmoniosamente, pleno significado’”. Um importante corolário desse princípio é que um tratado deve ser interpretado como, um todo, assim como, e em particular, suas partes e seções devem ser lidas como um todo coeso. O Artigo II:2 do Acordo da OMC expressamente consagra o desejo dos negociadores da Rodada Uruguai de que os dispositivos do Acordo da OMC e os Acordos Multilaterais de Comércio incluídos nos anexos 1, 2 e 3 devem ser lidos como unidades coerentes¹⁹.

Percorridos esses casos, terminamos por recordar que o pensamento do Órgão de Apelação é obtido, em cada caso, pelo consenso²⁰ de todos seus Membros. Destarte podemos chegar a algumas conclusões: não restam dúvidas de que a criação de padrões interpretativos do Órgão de Apelação emerge de forma consistente em todos os casos acima referidos. Esses padrões nos indicam claramente que o Órgão de Apelação decidiu de forma condizente, tanto com os princípios adequados à interpretação de tratados em geral, delineados pela Convenção de Viena, como, em especial, com os princípios ditados pelos Acordos da OMC.

Dessa forma, eles cumpriram seu dever “honradamente, independentemente, imparcialmente, conscienciosamente, e segundo as normas da Organização Mundial do Comércio”. É muito gratificante poder dizer àqueles que cumpriram dessa forma o seu dever que um de nós – que vêm nas leis o único soberano da humanidade – os agradece com ênfase.

Ana Maria Villela, no curso de suas atividades como Professora e como servidora do Senado da República e advogada, também cumpriu conscienciosamente o seu dever, obedecendo à Constituição e às leis do Brasil. Por isso, não vi melhor maneira de homenageá-la que falar de pessoas que ti-

veram a mesma conduta. Que sejam todos exemplos para os que começam a carreira do direito.

Notas

¹ “[...] persons of recognized authority, with demonstrated expertise in law, international trade and the subject matter of the covered agreements generally”. DSU, Article 17.3.

² DSU, Article 17.3

³ DSU, Article 14.3 and 17.11

⁴ DSU, Article 3.2 “(...) providing security and predictability to the multilateral system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements”.

⁵ DSU Article 3.5

“All solutions to matters formally raised under the consultation and dispute settlement provisions of the covered agreements, including arbitration awards, shall be consistent with those agreements and shall not nullify or impair benefits accruing to any Member under those agreements, nor impede the attainment of any objective of those agreements”.

⁶ DSU, Article 17.6 “An appeal shall be limited to issues of law covered in the panel report and legal interpretations developed by the panel”.

⁷ James Bacchus, dos Estados Unidos, Christopher Beeby, da Nova Zelândia, Prof. Claus-Dieter Ehlermann, da Alemanha, Dr. Said El-Naggar, do Egito, Min. Florentino Feliciano, das Filipinas, Bem. Julio Lacarte-Muro, do Uruguai e Prof. Mitsuo Matsushita, do Japão.

⁸ The Rules of Conduct for the understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes (WT/DSB/RC/1) define the governing principle, its observance, the scope, the textiles monitoring body, the self-disclosure requirements by covered persons, confidentiality and the procedures concerning subsequent disclosure and possible material violations. These working procedures were adopted by the TMB on 26 July 1995 (G/TMB/R/1).

⁹ Os princípios governantes das Regras de Conduta afirmam expressamente que os indivíduos a quem elas se aplicam devem ser independentes e imparciais, nos artigos II, 1 e III, 2.

¹⁰ WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R. “(...) We cannot lightly assume that sovereign states intended to impose upon themselves the more onerous, rather than the less burdensome, obligation

by mandating *conformity of compliance* with such standards, guidelines and recommendations. To sustain such an assumption and to warrant such a far-reaching interpretation, treaty language far more specific and compelling than that found in Article 3 of the SPS Agreement would be necessary.”

¹¹ WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R. “(...) The fundamental rule of treaty interpretation requires a treaty interpreter to read and interpret the *words actually used* by the agreement under examination, *not words the interpreter may feel should have been used.*”

¹² WT/DS56/AB/R. “(...) The Panel relies heavily on what it characterizes as ‘past GATT practice’, without undertaking any analysis of the ordinary meaning of the terms of Article II in their context and in the light of the object and purpose of the GATT 1994, in accordance with the general rules of treaty interpretation set out in Article 31 of the *Vienna Convention.*”

¹³ Segundo a regra do Artigo II da Convenção de Viena. Hoje em dia, parece não haver mais dúvidas de que a Convenção é boa síntese dos usos e costumes em matéria de redação e interpretação de contratos no direito internacional.

¹⁴ Artigo 31^o – Regra geral de interpretação. 1 – Um tratado deve ser interpretado de boa-fé, de acordo com o sentido comum a atribuir aos termos do tratado no seu contexto e à luz dos respectivos objecto e fim. 2 – Para efeitos de interpretação de um tratado, o contexto compreende, além do texto, preâmbulo e anexos incluídos: a) Qualquer acordo relativo ao tratado e que tenha sido celebrado entre todas as Partes quando da conclusão do tratado; b) Qualquer instrumento estabelecido por uma ou mais Partes quando da conclusão do tratado e aceite pelas outras Partes como instrumento relativo ao tratado. 3 – Ter-se-á em consideração, simultaneamente com o contexto: a) Todo o acordo posterior entre as Partes sobre a interpretação do tratado ou a aplicação das suas disposições; b) Toda a prática seguida posteriormente na aplicação do tratado pela qual se estabeleça o acordo das Partes sobre a interpretação do tratado; c) Toda a norma pertinente de direito internacional aplicável às relações entre as Partes. 4 – Um termo será entendido num sentido particular se estiver estabelecido que tal foi a intenção das Partes.

¹⁵ Estava disponível para assinaturas em Viena, em 23 de março de 1969, e entrou em vigor internacionalmente em 27 de janeiro de 1980.

¹⁶ WT/DS108/AB/R. “(...) However, we have certain abiding reservations about applying any legal standard, such as this “but for” test, in the place of the actual treaty language”. And after: “(...) The legislative history also states that the measure was adopted ‘to comply with decisions of a World Trade Organization dispute panel and Appellate Body.’”

¹⁷ WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R. “(...) A fundamental tenet of treaty interpretation flowing from the general rule of interpretation set out in Article 31 is the principle of effectiveness (*ut res magis valeat quam pereat*)”.

¹⁸ WT/DS121/AB/R. “Yet a treaty interpreter must read all applicable provisions of a treaty in a way that gives meaning to all of them, harmoniously. And, an appropriate reading of this ‘inseparable package of rights and disciplines’ must, accor-

dingly, be one that gives meaning to all the relevant provisions of these two equally binding agreements”. In this same case, paragraph 95 also said: “Our reading of these prerequisites does precisely this, by making certain that all the relevant provisions of the Agreement on Safeguards and Article XIX of the GATT 1994 relating to safeguard measures are given their full meaning and their full legal effect.”

¹⁹ WT/DS98/AB/R.

²⁰ DSU, Article 2.4

Responsabilidade internacional do Estado: atuação da CDI

Márcio P. P. Garcia

Sumário

1. Abertura. 2. Introdução. 3. As Nações Unidas e a codificação do direito internacional. 3.1. Preliminar: a noção de código no plano internacional. 3.2. Antecedentes. 4. Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI). 4.1. Notícia histórica. 4.2. Organização e método de trabalho. 5. CDI e responsabilidade dos Estados. 5.1. Tentativas: García Amador (1956/62), Roberto Ago (1963/79), Willen Ripphagen (1980/86), Arangio-Ruiz (1987/96) e James Crawford (1998/2001). 5.2. “Projeto Crawford”. 6. Conclusão.

“In dream begins responsibility”.
W. B. Yeats (*Responsibilities*, 1914)

1. Abertura

Considerando tratar-se de “*liber amicorum*”, permito-me nota pessoal, que, na falta de título melhor, chamo de abertura.

Pela mão de Anna Maria, tive o privilégio de ingressar no mundo do direito internacional. E mais, de ter contato com a pesquisa e com o estudo. Mulher frontal, corajosa e independente. Exemplo de coerência, de verticalidade. Trata-se de alguém que venceu muitas das tentações que nos rondam, algumas mais veementes do que as de Hieronymus Bosch. Ela soube estar acima do gosto do dia. Seguiu sua carreira sem espalhafato. Semeou dúvidas, não colheu certezas. Essa a missão do verdadeiro mes-

tre. Dizia o que pensava, sem concessões, nem eufemismos. Era, em derradeira análise, amante da verdade à Newton (“Amicus Plato amicus Aristóteles magis amica veritas”).

2. Introdução

O incremento das relações entre os Estados, sobretudo no período pós-Segunda Guerra, demanda maior segurança jurídica nos relacionamentos interestatais. Conscientes da necessidade de se proporcionar estabilidade na condução da vida internacional, os redatores do tratado constitutivo da Organização das Nações Unidas (ONU) prescreveram a necessidade de se incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação [art. 13 (1-a)]. Para tanto, foi criado, no âmbito daquela organização, órgão com a missão de dar consequência ao disposto na Carta da ONU. Em 1949, passa a funcionar a Comissão de Direito Internacional (CDI) com essa finalidade.

Em seus cinquenta e cinco anos de existência, a Comissão produziu projetos de codificação para distintas áreas do direito das gentes. Com maior ou menor êxito, a síntese do trabalho da CDI é, até aqui, positiva. Ela, na pior das hipóteses, proporcionou debate sobre temas importantes do direito internacional deixando para o legislador futuro material a ser pesquisado. No cenário favorável, produziu minutas que, transformadas em tratados, foram fundamentais na busca da segurança jurídica almejada pelos autores da Carta de São Francisco. Direito dos tratados, imunidade e privilégios diplomáticos e consulares, direito do mar, entre outros, são temas que contaram com a contribuição fundamental do órgão.

O tema da responsabilidade internacional dos Estados esteve sempre presente na agenda da Comissão. Cuida-se de assunto difícil. Como ponderou Pierre-Marie Dupuy (1984, p. 21), a responsabilidade constitui o “epicentro” de um sistema jurídico: a natu-

reza dos direitos, a estrutura das obrigações, a definição das sanções por sua violação, tudo converge e se mistura nela em conexões lógicas e de estreita interdependência. Desse modo, parece razoável compreender a longa gestação que a matéria teve no âmbito da Comissão.

O presente trabalho visa analisar a produção da CDI nesse domínio. Principia por introduzir o tema da codificação do direito internacional no campo da responsabilidade internacional do Estado. Parte de estudo inicial do papel das Nações Unidas na conversão de normas consuetudinárias em tratados. Aborda, em seqüência, a atuação da Comissão de Direito Internacional com enfoque particular no seu método de trabalho. Mais adiante, cuida do assunto propriamente dito: a atuação da CDI na codificação da responsabilidade internacional do Estado. A análise vai centrada na leitura das participações dos diversos relatores indicados nos quase quarenta anos de debate da matéria na Comissão. A ênfase, no entanto, recai sobre os projetos de 1996 (inspirado na obra de Roberto Ago) e, sobretudo, na proposta final de James Crawford de 2001.

3. As Nações Unidas e a codificação do direito internacional

3.1. Preliminar: a noção de código no plano internacional

O tema da codificação não tem pertinência exclusiva com o direito interno dos Estados. O assunto relaciona-se, por igual, com o direito das gentes. Assim, parece correto iniciar o presente capítulo com tentativa de definição. Para tanto, invocamos descrição oferecida pelo Professor Marotta Rangel. Para ele, codificação “consiste na conversão, em um corpo sistemático de regras escritas, das normas vigentes com pertinência a determinada matéria ou determinada relação”. Arremata observando que “tais normas, ainda que em vigor, nem sempre são escritas como ocorre, *verbi gratia*, com as

de natureza consuetudinária” (RANGEL, 1999, p. 191).

Nessa ordem de idéias, a codificação consiste na tendência de reunir, em lei, matéria concernente a uma área do direito. Tal propósito tem por objetivo dar unidade de tratamento às relações jurídicas que dela advêm. Nesse ponto, cabe uma primeira advertência: no plano interno, a codificação consubstancia de maneira inovadora, numa só lei, parte considerável do direito. Diferencia-se, desse modo, tanto da compilação quanto da consolidação.

A compilação tem como pressuposto situação em que existe incerteza sobre as normas jurídicas efetivamente vigentes à vista de sua multiplicação desorganizada ou excessiva. Cabe, pois, ao compilador a tarefa de agrupar o material normativo existente. Depois, passa à etapa de seleção das normas jurídicas (revogadas, não eficazes etc.). Por fim, organiza o resultado obtido mediante ordenação de todo o material devidamente unificado poupando o investigador ou o aplicador do direito da consulta a fontes distintas. A compilação não reelabora as normas jurídicas. Os textos compilados são reproduzidos em seus termos originais. O objetivo é, tão-só, facilitar a consulta, a pesquisa e a aplicação das normas jurídicas.

Por sua vez, a consolidação vai adiante na medida em que cuida de reelaboração do material jurídico existente. A consolidação dá nova redação às normas e as unifica em um só corpo legislativo. O conteúdo do direito consolidado não é, de modo necessário, criador. Ao contrário da codificação, a consolidação não inova. Ela apenas agrega de maneira uniformizada. Isso se dá, de modo geral, em momento de exaustão legislativa.

Dessa forma, o código oferece, no direito doméstico, a idéia de coleção unitária, orgânica, sistemática, de disposições de caráter legislativo, relacionadas a determinado ramo do direito positivo (penal, civil, tributário, processual). De outro modo, o código

implica a regulação unitária de determinado setor da ordem jurídica, “a qual espelha a sua autonomia material, conferida pela especificidade das suas respostas aos problemas de ordenação social que deve resolver” (GOUVEIA, 1993, p. 7). Ele proporciona material legislativo novo. É animado por espírito criador. Apresenta-se como um sistema, é dizer, uma exposição de matérias jurídicas de um ponto de vista ordenado. Almeja conter o conjunto das normas jurídicas sobre determinada matéria (“Princípio da Totalidade”). A elaboração de obra global se depara com alternância de visões restritivas e ampliativas do problema¹.

Na perspectiva internacional, sobretudo na do direito internacional público, tal concepção não se aplica de modo necessário. Isso se depreende, por exemplo, do fato de inexistir, ainda hoje, código de direito das gentes. Entretanto, a idéia de codificação também se apresenta nesse ramo do direito mesmo que em patamar menos abrangente. Nesse domínio, a noção de código relaciona-se à formalização ? via texto escrito ? de normas consuetudinárias em conformidade com princípios comuns.

Tal situação é fácil de compreender à vista do caráter inorganizado da sociedade internacional nos dias de hoje. Assim, a regra geral propõe que a ordenação normativa no plano externo, quando intencional, será feita por meio de tratados, em que os sujeitos envolvidos ocupam a mesma posição jurídica. Com isso, parece razoável sugerir que a idéia de codificação internacional nada mais é do que uma atividade de compilação de normas consuetudinárias de acordo com critério cronológico ou temático. De outro lado, o crescente alargamento do domínio de campos temáticos internacionalmente regulados inviabiliza a realização de um código que contemple todas as suas normas.

Em resumo, pode-se dizer que a principal função da codificação no direito internacional é a conversão do direito costumeiro em direito convencional. Claro está, no

entanto, que, ao dar forma escrita ao direito consuetudinário, verificam-se, quase sempre, modificações e aperfeiçoamentos. A codificação tem sempre envolvido algum elemento de “*lege ferenda*”, ou seja, certa ampliação de princípios e normas vigentes para preencher lacunas no direito e adaptá-lo às novas situações.

3.2. *Antecedentes*

Desde cedo, os internacionalistas contam, entre suas preocupações, a codificação de normas do direito das gentes. O motivo parece evidente: segurança jurídica. No século XIX, a iniciativa coube, sobretudo, às instituições internacionais privadas [“*Institute de Droit International*”, “*International Law Association*” (ambos fundados em 1873) e “*Harvard Research in International Law*” (1927)]; contou, por igual, com atuação dos Estados [Congresso de Viena (1815), Conferências de Paz da Haia (1899 e 1907)]. Já o século XX teve como protagonistas mais destacados as organizações intergovernamentais de caráter universal. Para facilitar a leitura histórica, convém dividir o assunto em duas fases: antes e depois da criação da ONU.

Até o surgimento das Nações Unidas, as tentativas de codificação não lograram êxito. Ou melhor, os casos de fracasso são majoritários [ex.: Conferência da Haia (1930)]². Na esfera regional, a situação não é de todo diferente [ex.: Projeto Epitácio Pessoa de Código de Direito Internacional Público (1910)]³. Nos domínios do direito internacional privado, produziu-se, em 1928, o Código de Bustamante (437 artigos)⁴. Quem sabe aí situação isolada de sucesso. O quadro começa a mudar após o advento da Carta da ONU. A partir de 1945, o movimento codificador ganha novo impulso com a elaboração e entrada em vigor de grande parte das convenções internacionais que, no presente momento, regem a vida internacional.

A atividade codificadora da ONU é multiforme. Vários órgãos e agências contribuem, de tal ou qual modo, com o empreendi-

mento⁵. A atuação variada de diferentes entidades é sinal claro da complexidade das relações entre os Estados nos dias de agora. Assim, é importante ter em atenção que, dentro de sua área temática, diferentes órgãos e agências do Sistema têm capacidade para transpor o direito costumeiro para o direito escrito, inovando sempre que possível [ex.: Organização da Aviação Civil Internacional – OACI (direito aeronáutico); Organização Marítima Internacional – OMI (direito de navegação); Organização Internacional do Trabalho – OIT (direito do trabalho); Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA (direito ambiental) etc.].

O tratado constitutivo da ONU, no entanto, é espartano ao cuidar do direito das gentes⁶. O artigo 13, que dispõe sobre as atribuições da Assembléia Geral, diz que ela deverá iniciar estudos e fazer recomendações com o objetivo de incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional, bem como sua codificação. Visando dar consequência ao dispositivo referido, a Assembléia Geral decide pelo estabelecimento de comitê⁷ que haveria de lançar luzes sobre a melhor maneira de desincumbir a função atribuída pela Carta. Tal comitê, composto de dezessete membros, propõe a criação de uma Comissão de Direito Internacional⁸.

4. *Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI)*

4.1. *Notícia histórica*

A idéia de criação de órgão permanente com o objetivo de codificar o direito internacional tem origem na Liga das Nações⁹. A proposta, no entanto, só vingou em 1947, já no âmbito da ONU. Naquele ano, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou resolução que instituiu a Comissão de Direito Internacional e sancionou seu estatuto¹⁰. Tal documento foi reação ao disposto no artigo 13 (1) da Carta. A primeira eleição dos mem-

bro se deu em 1948, e a sessão inaugural ocorreu no ano seguinte.

De acordo com seu estatuto, a CDI visa a promoção do desenvolvimento progressivo do direito internacional e de sua codificação. É o que dispõe, por igual, a Carta de São Francisco [art. 13 (1)]¹¹. Saber a exata distinção entre uma coisa (desenvolvimento progressivo) e outra (codificação), no entanto, nunca foi assunto isento de debate. Boa parte da doutrina vê na codificação simples transposição de normas de direito costumeiro para a forma escrita; e o desenvolvimento progressivo não se limitaria, segundo alguns, a acolher normas já existentes, iria além ao incluir disposições inovadoras.

O artigo 15 do Estatuto da Comissão oferece caminho, se não seguro, ao menos balizador do que se quis para seus trabalhos. O dispositivo assim prescreve: “Nos artigos que se seguem a expressão ‘desenvolvimento progressivo do Direito Internacional’ é empregada por comodidade, para visar os casos em que se impõe a necessidade de redigir convenções sobre matérias que não estejam ainda reguladas no Direito Internacional ou relativamente às quais o Direito não se ache ainda suficientemente desenvolvido pela prática dos Estados. Assim, também a expressão ‘codificação do direito internacional’ é empregada por comodidade para visar os casos em que se tenha de formular com maior precisão e de sistematizar as regras do direito internacional em domínios em que já exista uma prática estatal considerável dos precedentes e das opiniões doutrinárias”.

O dispositivo trata de distinção fundamental que proporcionou, ao longo dos anos, dúvidas e questionamentos por parte dos Estados em relação ao trabalho da CDI. De acordo com Gilberto Amado (1951, p. 337), a diferença entre codificação e desenvolvimento progressivo oferecida pelo Estatuto se revelou apropriada. Para ele “a importância dessa decisão de compromisso está em que, graças a ela, a Comissão de Direito Internacional pode trabalhar como um cor-

po científico, libertado da preocupação de transigir com o fim de obter acordo dos Estados em tudo que se relacione com o desenvolvimento do direito internacional e, ao mesmo tempo, poderá recomendar, como órgão codificador, as matérias e princípios cuja codificação ela julgue ‘necessária’ ou ‘desejável’”.

O Estatuto evitou diferenciar, de modo preciso, um e outro instituto. Até porque existe uma área de superposição. Como adverte Oscar Schachter (1997, p. 7), “... *codification involved a measure of progressive development. Inconsistencies in existing law often had to be dealt with and gaps filled*”. Ao que parece, o intento foi alcançado. O dispositivo, tal como elaborado, resiste ao tempo. A Comissão, por seu turno, tem realizado importante tarefa no cumprimento de suas funções.

4.2. Organização e método de trabalho

A Comissão se reúne, anualmente, em Genebra. Os trabalhos têm, na hora atual, duração de 12 semanas entre os meses de maio e agosto¹². Seus membros são eleitos pela Assembléia Geral para mandato de cinco anos, admitida a reeleição¹³. Inexiste vínculo de subordinação com o Estado de origem. Os componentes são escolhidos a título pessoal. Eles são, em geral, especialistas de reconhecida competência em direito internacional e, na sua maioria, professores universitários¹⁴.

Para cada tópico é designado relator especial. Ele deve apresentar relatório anual com estudo da matéria e oferecer minutas de artigos. A Comissão analisa os relatórios e os debate em sessões públicas. Após, ela transmite as minutas ao Comitê de Redação (entre 15 e 18 membros), que as examina e propõe redação final. O Comitê tem papel de relevo no trabalho final. Ele tenta resolver e reconciliar diferenças, bem como adotar postura mais pragmática. O trabalho deve ser claro, preciso, bem delimitado doutrinariamente, prático e realista. De outra forma, o produto final faria as delícias, tão-só, do meio acadêmico. Após, a proposta do

Comitê passa, uma vez mais, pelo debate plenário. O desfecho do encontro será, então, encaminhado à Assembléia Geral (Sexto Comitê), que poderá convocar conferência para a adoção de tratado sobre a matéria¹⁵.

Para a boa execução de suas atribuições, o órgão trabalha de modo próximo com: (i) governos, que, em geral, oferecem comentários às minutas produzidas e disponibilizam informações sobre o assunto em debate; (ii) Assembléia Geral (AG), que supervisiona o trabalho realizado mediante leitura e discussão de relatório anual enviado pela CDI; (iii) Sexto Comitê, que opera como facilitador dos trabalhos entre a AG e a CDI na medida em que proporciona visão mais pragmática dos temas em debate; e (iv) outros órgãos, integrantes [ex.: Conselho Econômico e Social (ECOSOC)] ou não do sistema das Nações Unidas [ex. Comissão Jurídica Interamericana].

Entre os brasileiros que passaram pela CDI, merece destaque Gilberto Amado. Ele foi eleito membro da Comissão na sua primeira formação, e sucessivamente reeleito. A indicação inicial de seu nome para integrar a CDI parte de outro grande internacionalista brasileiro: Raul Fernandes¹⁶. Na Comissão, Gilberto atinge, pelo talento, pelo estudo, pela cultura, pela dedicação ao trabalho, pelo pragmatismo de suas afirmações, o respeito de todos. Sua participação é decisiva para o rumo do novo órgão. Como lembrou o Embaixador Sette Câmara (1987, p. 21), “Gilberto Amado foi o primeiro profético inconformista com as tendências acadêmicas da Comissão. Desde o começo, ele compreendeu que a Comissão era um órgão subsidiário da Assembléia Geral, criado para prover perícia científica de maneira a servir aos interesses dos Estados no campo da codificação do Direito Internacional ...”.

Gilberto (AMADO, 1951, p. 338-339) traz objetividade para os trabalhos da Comissão. Pondera,

“Não me deixei embair pela suposição vã de que, porque os métodos diplomáticos faliram, forçoso seria

concluir que triunfariam os esforços dos homens de ciência. Ao meu espírito sempre foi evidente que a questão de método é sempre acessória ou suplementar em matéria de codificação internacional. O essencial não é o método: é o estado das relações entre as potências; não é o remédio a ser empregado; é a saúde da comunidade internacional; é a higidez do corpo coletivo”.

E arremata,

“... toda obra de codificação razoavelmente concebível e realizável há de inspirar-se nesta preocupação assaz precária? corresponder ao interesse, às aspirações possíveis dos Estados”.

Seria mais fácil desfraldar a bandeira da ciência pura. Esquecer a linguagem da vida. Assim proceder, no entanto, seria um desfavor ao trabalho da Comissão. O delírio utópico poderia ficar bem como doutrina, mas não ali. O retumbante fracasso de experiências anteriores o convencia disso. Sinal claro do acerto de suas observações é o fato de que toda proposta de convenção que saiu do prelo da Comissão com viés mais quimérico foi simplesmente ignorada pelos Estados.

Até aqui, treze assuntos apreciados pela Comissão deram origem a tratados internacionais. Merecem destaque os seguintes: Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961), Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963), Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) e Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Organizações Internacionais (1986)¹⁷.

5. CDI e responsabilidade dos Estados

5.1. *Tentativas: García Amador (1956/62), Roberto Ago (1963/79), Willen Ripphagen (1980/86), Arangio-Ruiz (1987/96) e James Crawford (1998/2001)*

Na primeira sessão da CDI, em 1949, seus membros escolheram tópicos dentro de

um programa de trabalho que estimaram oportunos para serem codificados¹⁸. Entre eles, figura a responsabilidade internacional do Estado. O assunto esteve sob os cuidados da Comissão desde o romper de suas atividades. Em 1954, a Assembléia Geral aprova resolução em que recomenda à Comissão a codificação de princípios de direito internacional referentes à matéria¹⁹. Dando conseqüência ao disposto na resolução, a Comissão decide iniciar os trabalhos sobre responsabilidade internacional e indica García Amador como relator do tópico²⁰.

No período compreendido entre 1956 e 1961, o jurista apresenta seis propostas para discussão. O debate centrou-se na responsabilidade do Estado por danos causados em seu território à pessoa ou aos bens de estrangeiros. O enfoque era, pois, limitado. Em 1961, a Assembléia Geral recomenda à Comissão que continue seu trabalho sobre responsabilidade internacional do Estado²¹. Havia concordância dos membros da CDI que o assunto deveria merecer prioridade; entretanto, o mesmo não ocorria em relação à forma de abordá-lo. Inicia-se, assim, debate para saber a exata abrangência que o trabalho deveria ter. Muito se discutiu sobre o melhor modo de estudar a matéria e seus múltiplos desdobramentos. Criou-se, por fim, subcomissão com a finalidade de submeter relatório ao colegiado sobre a dimensão e a forma de abordagem que o futuro estudo deveria ter²².

A Comissão aprecia, em 1963, o relatório entregue pela subcomissão. Os membros concordam com as conclusões gerais do documento, que indica a necessidade de priorizar a definição das regras gerais sobre o tema e, ao fazê-lo, considerar o papel que a evolução do direito das gentes como um todo proporcionou ao assunto. O relatório desencoraja, de outro lado, o estudo por área temática. A visão deveria ser de conjunto. O documento propõe, ainda, que se evite tratar a matéria tendo em consideração outros sujeitos do direito internacional (ex.: organizações internacionais). Após a

aprovação do parecer, os membros elegem Roberto Ago como novo relator especial para o tópico.

Sucessivas resoluções da Assembléia Geral instam à CDI que dê continuidade a seus esforços²³ e que se empenhe no sentido de começar trabalho substantivo (“make every effort to begin substantive work”²⁴). Ago (1969, p. 125-126) submete seu primeiro relatório em 1969²⁵. O documento contém síntese do trabalho até então realizado sobre responsabilidade internacional. Cuidase de estudo necessário para prosseguir com o ideal de codificação do assunto. O professor milanês percorre o que foi produzido por diferentes órgãos e entidades com ênfase nos trabalhos da subcomissão por ele presidida. A Comissão, após estudar o trabalho, solicita ao relator o estudo do assunto sob dupla perspectiva: (i) considerar a origem da responsabilidade internacional (quais fatos e circunstâncias dão margem à configuração de um ato ilícito em conformidade com o direito internacional) e (ii) examinar o conteúdo de tal responsabilidade (como determinar as conseqüências e estabelecer os graus de responsabilidade à vista do direito das gentes). Após, poder-se-ia avançar para uma terceira fase: a implementação.

O relator apresenta material novo em 1970. O texto, denominado ‘*As origens da responsabilidade internacional*’, foi importante no sentido de proporcionar conclusões sobre o método, a substância e a terminologia essencial para a continuação do trabalho. Pela ótica do relator, o assunto seria abordado considerando, tão-só, a prática de ato ilícito.

Ele ofereceu, ainda, a estrutura tópica que o projeto passaria a ter (*1ª Parte*: origem da responsabilidade internacional; *2ª Parte*: conteúdos, formas e graus da responsabilidade internacional; e *3ª Parte*: aplicação das regras sobre responsabilidade internacional e resoluções de controvérsias). A Comissão, na linha do relator, enfatiza que a expressão “responsabilidade do Estado” deveria ser entendida como “responsabilidade dos

Estados pela prática de ato ilícito internacional” (“responsibility of States for internationally wrongful acts”). Só mais tarde (1978) a responsabilidade por atos não proibidos pelo direito internacional entra no programa da CDI (SOARES, 2003, p. 730).

Ago apresenta, no total, oito relatórios no período de 1963/79²⁶. Em que pese a demanda da Assembléia Geral, que chegou a solicitar prioridade (“high priority”²⁷) para o trabalho, o assunto ainda não estava pronto para ser codificado. Alguns avanços, no entanto, foram verificados, sobretudo a partir do empenho do mestre italiano. A definição por ele alvitrada, por exemplo, sobreviveu a diferentes propostas: “Todo ato internacionalmente ilícito praticado por um Estado dá ensejo à responsabilidade internacional deste” (“Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State”). A definição prescinde do elemento dano, do mesmo modo que Anzilotti havia excluído o elemento culpa.

Em 1979, Roberto Ago passa a ocupar cadeira no principal órgão judiciário das Nações Unidas; lá permanece até o ano de sua morte (1995). Com a saída de Ago, os membros da CDI indicam Willem Riphagen como relator. Ele avança em alguns pontos, cuida de outros ainda não abordados (“*restitutio in integrum stricto sensu*”; reparação “*ex nunc*”, “*ex tunc*” e “*ex ante*”). Em resumo, Riphagen apresenta sete relatórios²⁸. As minutas até então propostas de dispositivos recebem, no período de 1980/83, comentários e sugestões de governos. Com base no material oferecido, Riphagen produz os cinco primeiros artigos da segunda parte do projeto. Em 1987, a CDI designa Gaetano Arangio-Ruiz em substituição a Willen Riphagen, cujo mandato expirara. O novo relator dá continuidade ao trabalho e propõe minutas para os artigos subseqüentes da segunda parte.

Riphagen e Arangio-Ruiz concluem as partes dois e três do projeto que tratam, respectivamente, dos “conteúdos, formas e

graus da responsabilidade internacional” e da “solução de controvérsias”. Eles, respeitados os estilos pessoais, confirmam o modo de pensar de Ago. O projeto é, por fim, aprovado em primeira leitura no ano de 1996. Após, ele foi submetido aos governos e à Assembléia Geral para comentários. O texto final, no entanto, não obteve o conforto da unanimidade na Comissão. Ele foi fonte de controvérsias entre os membros do órgão, bem assim de reações desfavoráveis de diferentes governos.

O desfecho não é de todo estranho, suficiente recordar que a obra teve início ainda nos anos sessenta. A longa gestação reflete, de tal ou qual modo, a complexidade do assunto, a forma de trabalho da Comissão (três meses por ano), bem como as alterações observadas na composição do órgão. O projeto sofreu, ao longo dos anos, reparos tanto do ponto de vista técnico [p. ex.: Parte Três (solução obrigatória de controvérsias)] quanto “ideológico” (distintas visões do direito e das relações internacionais em um contexto de fim da Guerra Fria). Alguns governos indicaram que o projeto avançou muito em termos de desenvolvimento progressivo: ausência de dano no conceito de responsabilidade, relevância do conceito de crime de Estado (artigo 19). Esse o quadro que encontra James Crawford, professor da Universidade de Cambridge, quando assume a relatoria do projeto em 1998.

5.2. “Projeto Crawford”

Crawford assume a condição de relator com a responsabilidade de conduzir a segunda leitura do projeto. O trabalho deveria enfrentar os problemas indicados no texto de 1996, incorporando, sempre que possível, os comentários oferecidos, bem assim a jurisprudência mais recente da Corte Internacional de Justiça [p.ex.: “Projeto Gabcikovo-Nagymaros”, 1997 (Eslováquia vs. Hungria); Caso “Irmãos La Grand”, 1998 (Alemanha vs. EUA)]. O primeiro informe do novo relator faz apanhado das questões mais controvertidas para a doutrina e para

os Estados. O texto reordena os artigos iniciais com redação melhorada. Crawford, entretanto, concentra o melhor de suas energias no conceito de crime de Estado do polêmico artigo 19, que era essencial na concepção original do projeto.

O controverso artigo fazia a distinção entre crimes e delitos (“torts”) internacionais. O parágrafo segundo definia como tipo especial de fato internacionalmente ilícito aquele resultante da violação por um Estado de uma obrigação tão essencial para a salvaguarda dos interesses fundamentais da comunidade internacional que sua violação é reconhecida como crime por essa comunidade em seu conjunto [art. 19 (2) “An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognized as a crime by that community as a whole constitutes an international crime”]. O dispositivo polarizou opiniões²⁹.

Os detratores passam a indicar que o artigo é desenvolvimento progressivo puro (ROSENSTOCK, 1997, p. 265-285). Argumentam que o suposto caráter punitivo violaria o princípio “*imposibile est quod societas delinquat*”. Concluem observando que a penalização de certas condutas só é possível no âmbito de um sistema judicial com garantias processuais, defesa e provas. Do outro lado, colocam-se os defensores da proposta original. Ponderam que a distinção é importante e responde a necessidade indiscutível. Alain Pellet (1999, p. 425-434), por exemplo, destaca que não se pode comparar um crime como o genocídio com uma violação ordinária de obrigação derivada de tratado comercial. Este afeta tão-só os Estados partes, enquanto o genocídio ameaça a sociedade internacional em seu conjunto.

Apesar da posição francamente favorável ao conceito de crime de Estado, Pellet revela-se flexível quanto à terminologia utilizada. Ela faz acudir aos espíritos mais sen-

síveis reminiscências penalistas apropriadas ao direito interno. O mestre francês lembra, por fim, frase cunhada por Kelsen (1953, p. 87): “a responsabilidade internacional não é nem civil nem penal, é simplesmente internacional”. Crawford, por seu turno, adota, à maneira de Gilberto Amado, postura pragmática. Para ele, a manutenção do referido artigo poderia comprometer o projeto em seu conjunto. Com isso, propõe a eliminação do dispositivo, bem assim da distinção entre obrigação de conduta e obrigação de resultado (respectivamente, artigos 20 e 21 do antigo projeto). Outro item relevante na proposta de Crawford foi considerar a regra do esgotamento dos recursos internos unicamente como requisito para a admissibilidade da reclamação [artigo 44 (b)].

Por fim, ele sugere a supressão da Parte III do projeto de 1996, que cuida da solução de controvérsias. Argumenta, entre outras coisas, que os dispositivos, tal como redigidos, colocavam tão-só na mão do Estado autor do ilícito a possibilidade de desencadear o procedimento vinculante de solução de controvérsias. A idéia da eliminação da Parte III fazia eco à censura de numerosos Estados. Eliminava-se, desse modo, um dos elementos mais avançados do projeto de 1996.

As mudanças sugeridas têm forte influência do modo anglo-saxão de pensar o Direito. Nesse sentido, as discussões na CDI foram marcadas pela disputa entre membros oriundos da família romano-germânica do Direito e da família do “*common law*”. Em 2000, Crawford apresenta seu terceiro informe já com a nova estrutura. O texto foi discutido na CDI e remetido ao Comitê de redação. Mesmo não tendo sido aprovado pela Comissão, a proposta foi tornada pública com o objetivo de proporcionar mais uma oportunidade para apresentação de comentário por parte dos governos. O relator apresenta seu trabalho final em 26 de julho de 2001. A Assembléia Geral, após discussão dos governos no Sexto Comitê,

adota o projeto mediante a Resolução 56/83, de 12 de dezembro de 2001. A mencionada resolução, entretanto, não acarreta aprovação do projeto. Ela inclui novo período de sessões para outra rodada de debates sobre o texto.

6. Conclusão

Em um cenário de convivência entre Estados ainda inorganizado, a existência de normas escritas a vincular boa parte dos membros dessa comunidade apresenta-se fundamental. Parece fora de dúvida a importância do trabalho de transposição de preceitos consuetudinários do direito das gentes para regra escrita. A crescente “jurisdicização” do relacionamento externo³⁰, ou, como pondera Celso Lafer (1998, p. 279-280), o adensamento de juridicidade (“thickening of legality”) das relações internacionais é claro sinal de demanda por segurança e maior precisão jurídica nesse relacionamento.

O tema da responsabilidade internacional do Estado insere-se nesse quadro. Ele ganha em dimensão, já que reside aí o cerne do ordenamento. De outro modo, ele cuida das conseqüências jurídicas de uma violação à disposição do sistema de que se trata. Em resumo, dá conseqüência à eventual afronta ao ordenamento jurídico internacional. Por isso, o assunto é extremamente vasto e complexo, como nos lembra Guido Soares (2003, p. 735). A amplitude e a dificuldade do tema respondem, de algum modo, pela longa jornada da CDI no apreciar a matéria.

O produto final da Comissão, “Projeto Crawford” (2001), resume bem as dificuldades técnicas, “ideológicas” e pragmáticas para se chegar a documento palatável à maioria dos membros do órgão. Alcançar unanimidade em relação ao tema é pedir o impossível. Crawford assume o controle do projeto tendo por base o texto de 1996. Propõe reviravolta na obra ao afastar a noção de crime praticado por Estado, bem assim

ao excluir o sistema de solução de controvérsias proposto. Sua atuação pauta-se por grande pragmatismo. O espírito de Gilberto Amado, por certo, rondou a cabeça do professor de Cambridge. Ele levou em conta de modo superlativo os comentários de governos ao projeto para chegar à proposta de 2001.

Ocorre, no entanto, que, mesmo tendo em mente eventuais restrições de tal ou qual governo, a proposta ainda suscita debate. A discussão está sobretudo na retirada de itens considerados fundamentais para determinados governos. Em resumo, as alterações propostas por Crawford em nome do pragmatismo redundaram em novas dúvidas e em crítica pela retirada de pontos importantes à matéria. Claro está que não se deve atribuir, tão-só, ao relator o ônus por eventual fracasso ou o bônus pelo sucesso do empreendimento. Cuida-se de obra coletiva que deve atender aos anseios médios da doutrina e dos Estados. Nesse sentido, o problema parece residir, mais do que nunca, no ajuste fino entre as duas posições. Agradar a ambas tem-se revelado impossível. O tempo até aqui transcorrido dá notícia da dificuldade de se harmonizar o que se pode ter com o que se gostaria de ter.

O trabalho de Crawford parece fadado a entrar no rol daqueles que figuram hoje como objeto de pesquisa. Não se deve atribuir a ele toda a responsabilidade pelo provável desfecho do empenho codificador, o assunto é que não proporciona o conforto da unanimidade. Isso não é privilégio desse tema; ocorre que, em seus domínios, é mais difícil se alcançar o meio termo entre o desejado e o realizado. Corre-se o risco de ficar nos extremos: poesia pura e realismo puro. No campo pragmático, é inspirador o pensamento de Gilberto Amado, para quem o trabalho de codificação deve corresponder às aspirações possíveis do Estado. Entre os sonhadores, pode-se invocar o pensamento de Philip Allott (1988, p. 24), para quem é “dever dos internacionalistas, mesmos aqueles empregados por governos, con-

siderar não apenas o que é de interesse desse ou daquele Estado, mas o que é de interesse da sociedade internacional”.

Tal disputa tem-se resolvido, ao menos na CDI, em prol dos pragmáticos. Suficiente estudo das matérias que até aqui foram codificadas e daquelas que não o foram. As Nações Unidas voltarão a debater o assunto com base no “Projeto Crawford”. Não será surpresa ver nova recomendação da Assembléia à CDI no sentido de aprimorar o assunto. Não é necessariamente mau que assim seja. Cuida-se de claro reflexo da sociedade internacional dos dias de hoje. De outro lado, o trabalho até aqui realizado não foi em vão. Proporcionou amadurecimento tanto da doutrina quanto da prática dos Estados. Quem sabe em futuro próximo o tema não seja contemplado com convenção que considere ao menos os princípios gerais da matéria. Isso já seria um avanço em direção a algo mais consistente.

Notas

¹ Para maiores desdobramentos, Cf. ANDRADE, Fábio S. de. *Da codificação*: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1997.

² Dos assuntos tratados na Conferência (nacionalidade, águas territoriais e responsabilidade dos Estados por danos causados em seu território ao estrangeiro ou à sua propriedade), somente nacionalidade logrou chegar a proposta concreta.

³ OS PROJETOS de códigos de direito público e privado internacional mandados elaborar pelo governo do Brasil. In: BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *A codificação americana do direito internacional*. Rio de Janeiro, 1927. v. 3. Para breve comentário ao trabalho, Cf. SCOTT, James B. The gradual and progressive codification of international law. *American Journal of International Law*, Washington, v. 21, 1927, p. 417 et seq.

⁴ Incorporado ao direito brasileiro mediante o Decreto Presidencial nº 18.871, de 13 de agosto de 1929.

⁵ Cf., entre outros, JOYNER, Christopher (Ed.). *The United Nations and international law*. Cambridge: University Press, 1997.

⁶ Sobre o tema, Cf. SILVA, Geraldo Eulálio Nascimento e. As Nações Unidas e o direito internacional. *Carta Mensal*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 494, p. 3-20, maio 1996.

⁷ Resolução da Assembléia Geral nº 94 (I), de 11 de dezembro de 1946.

⁸ Entre os membros do grupo, encontrava-se o diplomata brasileiro Gilberto Amado. Na oportunidade, ele fora assessorado pelo então Secretário Ramiro Saraiva Guerreiro. Sobre esse período, Cf. saborosos comentários em: GUERREIRO, R. S. *Lembranças de um empregado do Itamaraty*. São Paulo: Siciliano, 1992. p. 50-63.

⁹ Cf. Resolução da Assembléia da Liga de 22 de setembro de 1924 mediante a qual se cogitou da criação de órgão denominado Comitê de Especialistas para a Codificação Progressiva do Direito Internacional (Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law).

¹⁰ Resolução nº 174 (II), de 21 de novembro de 1947.

¹¹ No mesmo sentido, o artigo 104 do tratado constitutivo da Organização dos Estados Americanos – OEA, que trata da Comissão Jurídica Interamericana.

¹² Resolução da Assembléia Geral nº 3315 (XXIX), de 14 de dezembro de 1974.

¹³ Desde 1981, a Comissão conta com 34 membros. De início, ela tinha 15 membros. Em 1951, passa para 21. Vinte e cinco membros é a composição no período de 1961 até 1980.

¹⁴ Os seguintes brasileiros atuaram na Comissão: Gilberto Amado (1948/69); Embaixador Sette Câmara (1970/78); Embaixador Calero Rodrigues (1982/97) e, desde 1998, o Embaixador Baena Soares.

¹⁵ Notícia atualizada sobre a Comissão de Direito Internacional é encontrada no seguinte endereço eletrônico: www.un.org/law/ilc/ilcintro.htm.

¹⁶ Cf. artigo de AMADO, Gilberto. Raul Fernandes: traços para um estudo. In: RAUL Fernandes: nonagésimo aniversário. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1958. v. 2.

¹⁷ Para análise de temas mais recentes, Cf. texto do Embaixador RODRIGUES, Calero. O trabalho de codificação do direito internacional nas Nações Unidas. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 101-103, p. 23-30, jan./jun. 1996.

¹⁸ Para relação completa dos temas, Cf. UNITED NATIONS. *The work of the International Law Commission*. 5th ed. New York, 1996. p. 9-11.

¹⁹ Resolução nº 799 (VIII), de 07 de dezembro de 1953.

²⁰ Ele ofereceu curso monográfico sobre o assunto na Academia da Haia. AMADOR, Garcia. State responsibility, some new problems. *Recueil de Cours*, Leyde, Holanda, n. 94, p. 370, 1958.

²¹ Resolução 1686 (XVI), de 18 de dezembro de 1961.

²² Integrava o grupo: Roberto Ago, Herbert Briggs, André Gros, Eduardo Jiménez de Arécha-

ga, Manfred Lachs, Antonio de Luna, Angel Modesto Paredes, Senjin Tsuruoka, Gregory Tunkin e Mustafa Yasseen.

²³ Resoluções 1902 (XVIII), de 18 de novembro de 1963; e 2272 (XXII), de 1º de dezembro de 1967, entre outras.

²⁴ Resolução 2400 (XXIII), de 11 de dezembro de 1968.

²⁵ Cf. Yearbooks of the International Law Commission (1969, v. 2, p. 125-126).

²⁶ Cf. Yearbooks... (1970, v. 2, p. 177-198; 1971, v. 2; 1972, v.2, p. 71; 1976, v.2; 1977, v.2; 1978, v.2; 1979, v.2).

²⁷ Resoluções 31/97, de 15 de dezembro de 1975, e 32/151, de 19 de dezembro de 1977.

²⁸ Cf. Yearbooks... (1980, v.2; 1981, v.2; 1982, v.2; 1983, v.2; 1984, v.2; 1985, v.2; 1986, v.2).

²⁹ Para maiores considerações, Cf. GALINDO, George R. B. O crime compensa? Acerca da viabilidade da noção de crimes internacionais no direito internacional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 147, p. 201-227, jul./set. 2000.

³⁰ Carl Schmitt, por exemplo, faz menção à "juridificação" das relações internacionais. SCHMITT, Carl. El imperialismo moderno en el derecho internacional público (1932). In: AGUILAR, Héctor Orestes (Comp.). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura, 2001. p. 111.

Bibliografia

ABI-SAAB, Georges. The uses of article 19. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 10, n. 2, p. 339-351, 1999. Disponível em: < http://www3.oup.co.uk/ejilaw/hdb/Volume_10/Issue_02/pdf/100339.pdf>. Acesso em: [2003?].

AGO, Roberto. Les délit international. *Recueil des Cours*, Leiden, Holanda, v. 68, n. 2, p. 419-550, 1939.

ALLOTT, Philip. State responsibility and the unmaking of international law. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 29, n. 1, 1988.

AMADO, Gilberto. O direito internacional e as nações unidas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 134, p. 335-357, mar./abr. 1951.

BRIERLY, James L. The codification of international law. In: LAUTERPACHT, Hersch; WALDOCK, C. H. M. (Ed.). *The basis of obligation in international law and other papers by the late James Leslie Briery*. Oxford: Clarendon, 1959. p. 318-347.

CÂMARA FILHO, José Sette. Palavras do Embaixador José Sette Câmara Filho. In: GILBERTO Amado: centenário. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1987. cap. 2. p. 11-29.

CRAWFORD, James. *The International Law Commission's articles on State responsibility: introduction, text and commentaries*. Cambridge: University Press, 2002.

_____; PEEL, Jacqueline; OLLESON, Simon. The ILC's articles on responsibility of States for internationally wrongful acts: completion of the second reading. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 12, n. 5, p. 936-991, Dec. 2001. Disponível em: <<http://www.ejil.org/journal/Vol12/No5/art2.html>>. Acesso em: [2003?].

DUPUY, P. M. Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats. *Recueil des Cours*, Leiden, Holanda, v. 188, n. 5, p. 9-134, 1984.

GARCIA, Márcio P. P. Gilberto Amado, o jurista. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 37, n. 147, p. 77-88, jul./set. 2000.

GOUVEIA, Jorge B. *Textos fundamentais de direito internacional*. Lisboa: Aequitas, 1993.

KELSEN, Hans. Theorie du droit international public. *Recueil des Cours*, Leiden, Holanda, v. 84, n. 3, 1984.

LAFER, Celso. The world trade organization dispute settlement system. In: GILBERTO Amado memorial lectures=CONFERENCES comemorativas: Gilberto Amado. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 1998.

LAUTERPACHT RESEARCH CENTRE FOR INTERNATIONAL LAW. *State Responsibility Project*. Disponível em: <<http://www.law.cam.ac.uk/rcil/ILCSR/Statresp.htm>>. Acesso em: [2003?].

MELLO, Celso A. *Responsabilidade internacional do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

PELLET, Alain. Can State commit a crime? Definitely, yes! *European Journal of International Law*, Firenze, v. 10, n. 2, p. 425-434, 1999. Disponível em: < http://www3.oup.co.uk/ejilaw/hdb/Volume_10/Issue_02/pdf/100425.pdf >. Acesso em: [2003?].

PEREIRA, Luis C. R. *Ensaio sobre a responsabilidade internacional do Estado e suas conseqüências no direito internacional: a saga da responsabilidade internacional do Estado*. São Paulo: LTr, 2000.

RANGEL, Vicente Marotta. Codificação do direito espacial. *Parcerias Estratégicas*, Brasília, v. 4, n. 7, p. 191-201, out. 1999.

ROSENSTOCK, Robert. An international criminal responsibility of States? In: UNITED NATIONS. International Law Commission. *International Law on the eve of the twenty first century: views from the*

International Law Commission. New York: United Nations, 1997. p. 265-285.

SCHACHTER, Oscar. The UN legal order: an overview. In: JOYNER, (Ed.). *The United Nations and international law*. Cambridge: University Press, 1997.

SEMINÁRIO O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL A PARTIR DA CRIAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1995, Brasília. *O Desenvolvimento do Direito Internacional a partir da criação das Nações Unidas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. 71 p.

SOARES, Guido. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1.

_____. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

UNITED NATIONS COLLOQUIUM ON PROGRESSIVE DEVELOPMENT AND CODIFICATION OF INTERNATIONAL LAW, 1997, New York. *Proceedings...* New York: United Nations, 1998. 451 p.

WEIL, Prosper (Org.). *Responsabilité internationale*. Paris: Pedone, 1987.

YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. New York: United Nations, 1969-1986. v. 2.

A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual

Maristela Basso

Sumário

1. Considerações introdutórias. 2. O regime internacional da propriedade intelectual da OMC/TRIPS. 2.1. As razões da inclusão do TRIPS no GATT. 2.2. As negociações do TRIPS no GATT: a busca do consenso entre as partes. 2.3. O TRIPS: natureza, objetivos, alcance e princípios gerais. 3. Solução de controvérsias. A) mecanismos de solução. 4. Os efeitos do TRIPS. 4.1. Os efeitos do TRIPS no direito internacional de proteção dos direitos de propriedade intelectual pós-Uniões de Paris e de Berna. 4.2. As implicações institucionais decorrentes das relações entre o TRIPS e a OMPI. 4.3. Os efeitos do TRIPS no Brasil.

1. Considerações introdutórias

Os direitos de propriedade intelectual estão vinculados, historicamente, ao direito internacional, porque houve uma interação entre o movimento de proteção dos direitos de propriedade intelectual e o direito internacional.

Como se sabe, as Convenções da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (1883) e da União de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas (1886) desempenharam um papel fundamental para a evolução desses direitos no âmbito dos direitos internos e do direito internacional¹.

Durante mais de cinquenta anos, os sistemas das duas Uniões, de Paris e de Berna, reunidas, oficialmente, em novembro de 1892, nos BIRPI – *Bureaux Internationaux*

Réunis Pour la Protection de la Propriété Intellectuelle, permaneceram inalterados, ainda que algumas reorganizações tenham sido levadas a efeito.

Após a Segunda Guerra mundial, o direito internacional sofreu importantes transformações, que se refletiram nos direitos de propriedade intelectual. O sistema introduzido pelas Nações Unidas propiciou alteração essencial no regime das duas Uniões. Viu-se que as estruturas das Uniões eram arcaicas e não conseguiam mais atender às novas necessidades de proteção da propriedade intelectual. Com o aparecimento das organizações internacionais, não era mais possível manter as Uniões com as suas estruturas e características originárias. Era chegado o momento de aproximá-las das organizações internacionais que começavam a se multiplicar no pós-Guerra.

A Carta das Nações Unidas trouxe importantes e inovadoras disposições relativas à cooperação econômica e social entre seus Estados membros. As competências conferidas ao “Conselho Econômico e Social” da ONU puseram em cheque a sobrevivência dos organismos de coordenação então existentes, como as Uniões de Paris e de Berna e seus “Bureaux”. Não tardou para que o “Conselho Econômico e Social” acesse com a possibilidade de liquidação de algumas instituições internacionais, entre as quais os referidos “Bureaux”.

Com o surgimento da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento – CNUCED/UNCTAD (1964) e da Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial – ONUDI (1966), soluções do passado tornaram-se ultrapassadas; era preciso criar uma organização que se ocupasse, especificamente, da propriedade intelectual, que instituisse mecanismos adequados de proteção e redução das disparidades crescentes entre os países industrializados e os em desenvolvimento.

A Comunidade Internacional se encontrava diante de uma tarefa difícil: a reestruc-

turação dos BIRPI, a fim de responderem às novas necessidades e enfrentar as transformações ocorridas após a Segunda Guerra mundial.

A resposta veio com a “Convenção de Estocolmo”, de 14 de julho de 1967², que criou a “Organização Mundial da Propriedade Intelectual” – OMPI/WIPO, com sede em Genebra, que adquiriu o *status* de Organismo Especializado da ONU, em 17 de dezembro de 1974³.

A OMPI unifica os conceitos, abolindo a tradicional divisão existente no modelo tradicional ou histórico, que separava os direitos dos autores e dos inventores em duas categorias: direito de autor e conexos e propriedade industrial. A Convenção de Estocolmo destina-se à proteção da “propriedade intelectual” que, de acordo com o seu texto, art. 2º, VIII, inclui os direitos relativos:

- às obras literárias, artísticas e científicas;
- às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão;
- às invenções em todos os domínios da atividade humana;
- às descobertas científicas;
- aos desenhos e modelos industriais;
- às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais;
- à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico”.

Vê-se, claramente, a unificação dos conceitos.

Da sua constituição aos dias atuais, destaca-se a função da OMPI de encorajar e estimular a atividade de criação dos indivíduos e das empresas dos países membros, facilitando a aquisição de técnicas e obras literárias e artísticas estrangeiras, bem como o acesso à informação científica e técnica contida nas patentes.

A OMPI é o *principal centro internacional de promoção dos direitos de propriedade intelectual*.

2. O regime internacional da propriedade intelectual da OMC/TRIPS

2.1. As razões da inclusão do TRIPS no GATT

Duas são as razões fundamentais da inclusão do TRIPS⁴ no GATT: *o interesse de completar as deficiências do sistema de proteção da propriedade intelectual da OMPI e a necessidade de vincular, definitivamente, o tema ao comércio internacional*.

Em torno dessas duas grandes motivações, orbitam outras, satélites. Entretanto, por razões metodológicas, debruçar-nos-emos sobre as motivações principais.

2.1.1. A necessidade de completar o regime internacional da OMPI

A OMPI, diferentemente de outras organizações internacionais do sistema das Nações Unidas, não tem poderes para dirigir resoluções diretamente aos Estados. Seus atos decorrem das competências conferidas por tratados e convenções, em matérias específicas. Quanto aos aspectos administrativos, a OMPI se encarrega da aplicação das normas destinadas a dar efeitos internacionais, tanto aos registros que são feitos diretamente no seu secretariado quanto àqueles realizados em órgãos administrativos internos dos Estados.

Contudo, a atividade de harmonização das normas sobre propriedade intelectual acaba-se restringindo aos aspectos técnicos, haja vista a inexistência de mecanismos eficazes de verificação do adimplemento dos deveres e obrigações dos Estados, e de resolução de controvérsias.

A OMPI reconhece essas deficiências, razão pela qual continua seus trabalhos no sentido de elaborar um tratado sobre solução de disputas, sobretudo no âmbito da propriedade industrial, o qual deverá contemplar os mecanismos tradicionais de re-

solução de controvérsias entre os Estados (negociação, mediação, conciliação e arbitragem), além do recurso à Corte Internacional de Justiça da Haia.

A OMPI é uma organização de caráter preponderantemente técnico, cujo processo decisório tem por base o princípio da igualdade de votos entre os Estados partes. Inexiste um órgão com competência para verificar o adimplemento pelos Estados dos compromissos assumidos e um sistema de sanções oponíveis aos Estados-membros inadimplentes.

2.1.2. A vinculação dos direitos de propriedade intelectual com o comércio internacional

Quando foi negociado o Acordo do GATT, em 1947, já se sabia da importância da proteção dos direitos de propriedade intelectual para o comércio multilateral. Alguns dispositivos do GATT fazem referência ao tema: arts. IX (6); XII (3), iii; XVIII (10) e XX (d), porém, de forma muito tímida. Isso porque, logo após a Segunda Guerra mundial, ainda não se tinha clara percepção da vinculação entre propriedade intelectual e comércio internacional, nem dos reflexos que poderiam advir, no mercado internacional, de um sistema mais eficaz de proteção desses direitos.

Isto só acontece, mais tarde, quando, especialmente nas décadas de 70 e 80, ficam evidentes os benefícios da proteção à propriedade intelectual, como fator fundamental de desenvolvimento tecnológico e aumento dos investimentos diretos do exterior. Ou seja, reconhece-se que a proteção à propriedade intelectual está diretamente vinculada ao aumento do comércio mundial.

A partir de então, expande-se a compreensão de que os bens imateriais se tornam cada vez mais importantes para a sobrevivência das indústrias, e para as estratégias que elas devem implementar nos âmbitos nacional e internacional.

Se os bens imateriais se destacam no contexto do desenvolvimento tecnológico, os

direitos de propriedade intelectual, que os protegem, assumem um grau maior de importância estratégica.

Aquela antiga condição de que gozavam os Estados, no modelo tradicional ou histórico, anterior à Segunda Guerra, de optar por implementar ou não políticas de proteção à propriedade intelectual, torna-se inviável no modelo atual, perante os compromissos internacionais, cada vez mais numerosos, assumidos pelos Estados, e às pressões dos setores privados nacionais e transnacionais⁵.

Vimos, assim, que a associação de fatores políticos, econômicos, sociais, culturais e jurídicos realizou o casamento (indissolúvel) entre os direitos de propriedade intelectual e o comércio internacional. Mas, para isso, foi preciso esperar até as décadas recentes.

2.2. As negociações do TRIPS no GATT: a busca do consenso entre as partes

Como vimos acima, as pressões das indústrias nos países desenvolvidos, sobretudo nos Estados Unidos, no sentido de buscar maior proteção aos direitos de propriedade intelectual, associada à frustração demonstrada por alguns países com o sistema de proteção das Nações Unidas, levaram o tema para o âmbito de discussões do GATT⁶.

Os países em desenvolvimento resistiram por mais de vinte anos, porém acabaram por aceitar o GATT como o foro mais adequado para a elaboração de normas destinadas a estabelecer “níveis” ou “padrões” de proteção da propriedade intelectual, como também as medidas necessárias para a sua observância e sanções.

As negociações tiveram início em 20 de setembro de 1986, quando do lançamento da Rodada do Uruguai. As diferenças entre Norte e Sul ficaram, mais uma vez, evidentes e se refletiram na capacidade negociadora das delegações. Não apenas as diferenças econômicas dos países como também a falta de especialistas nas delegações dos

países em desenvolvimento influenciaram no curso dos trabalhos.

Durante os debates, emergiram três concepções sobre propriedade intelectual:

(a) A primeira, defendida pelos Estados Unidos, entendia a proteção da propriedade intelectual como instrumento para favorecer a inovação, as invenções e a transferência de tecnologia, independentemente dos níveis de desenvolvimento econômico dos países. Os países desenvolvidos enfatizavam a vinculação entre propriedade intelectual e comércio internacional.

Durante as discussões, os países comunicaram ao GATT que a operação de suas companhias era ameaçada pela contrafação e inadequada proteção da propriedade intelectual;

(b) A segunda posição, defendida pelos países em desenvolvimento, destacava as profundas assimetrias Norte-Sul, no que diz respeito à capacidade de geração de tecnologia. Sem desconhecer a importância da proteção da propriedade intelectual, esses países defendiam que o objetivo primordial das negociações deveria ser assegurar a difusão de tecnologia mediante mecanismos formais e informais de transferência. Os países em desenvolvimento tinham a preocupação de se garantir do acesso seguro à moderna tecnologia mediante maior proteção dos direitos de propriedade intelectual. O dilema era como aumentar a proteção a esses direitos e garantir o acesso à moderna tecnologia. Para eles, suas necessidades de desenvolvimento econômico e social eram tão importantes (ou mais) que os direitos dos detentores de propriedade intelectual;

(c) Por fim, tínhamos uma posição intermediária de alguns países desenvolvidos, entre os quais o Japão e os membros das Comunidades Europeias, que destacaram a necessidade de

assegurar a proteção dos direitos de propriedade intelectual, evitando abusos no seu exercício ou outras práticas que constituíssem impedimento ao comércio legítimo. Isso porque os direitos exclusivos outorgados pelos títulos de propriedade intelectual poderiam tornar-se, muitas vezes, barreiras ao comércio, especialmente por seu uso abusivo. Para esses países, as distorções no comércio podem surgir não apenas da “inadequada” proteção como também de uma “excessiva” proteção.

Após seis anos de intensas negociações, o diretor-geral do GATT, Arthur Dunkel, apresentou, em dezembro de 1991, um projeto do acordo em todas as áreas negociadas durante a “Rodada do Uruguai”. Conhecido como *Dunkel Draft*⁷, o projeto sofreu alterações até o fim da “Rodada do Uruguai”, em 15 de dezembro de 1993, sendo aprovado pelos Ministros do GATT, em Marraqueche, em 15 de abril de 1994.

O projeto buscava um ponto de equilíbrio entre as várias posições e, ao mesmo tempo, apresentava uma resposta às preocupações dos países em desenvolvimento.

São reveladoras do contexto em que as negociações se desenvolveram as colocações do diretor-geral Dunkel, no projeto final, de dezembro de 1991:

“This is not to say the agreement is without its critics. All parties ‘won’ and ‘lost’ important issues. Some industries in some countries are deeply troubled by the compromise package put forward. Nonetheless, the opportunity to obtain multilateral rules and enforcement mechanisms across so many disparate issues will likely be viewed as one of the major accomplishments in any concluded Uruguay Round”.

A composição dos interesses em jogo durante as negociações do TRIPS resultou numa posição comum expressa numa pauta de compromissos claramente apresenta-

dos no Preâmbulo do Acordo e nos arts. 7º, 8º e 69.

Como se lê no Preâmbulo do Acordo, as partes lograram o consenso comprometendo-se:

- (a) a aplicar os princípios básicos do GATT 1994 e os acordos e convenções internacionais relevantes em matéria de propriedade intelectual;
- (b) a estabelecer padrões e princípios adequados relativos à existência, abrangência e exercício de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio;
- (c) a estabelecer meios eficazes e apropriados para a aplicação de normas de proteção de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio, levando em consideração as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos nacionais;
- (d) a estabelecer procedimentos eficazes e expedidos para a prevenção e solução multilaterais de controvérsias entre Governos; (...).

Para tanto, os Estados reconhecem:

- (a) a necessidade de um arcabouço de princípios, regras e disciplinas multilaterais sobre comércio internacional de bens contrafeitos;
- (b) os direitos de propriedade intelectual são direitos privados;
- (c) os objetivos básicos de política pública dos sistemas nacionais para a proteção da propriedade intelectual, inclusive os objetivos de desenvolvimento e tecnologia;
- (d) as necessidades especiais dos países de menor desenvolvimento relativo, no que se refere à implementação interna de leis e regulamentos, com a máxima flexibilidade, de forma a habilitá-los a criar uma base tecnológica sólida e viável;
- (e) a importância de reduzir tensões mediante a obtenção de compromissos firmes para a solução de controvérsias sobre questões de propriedade intelectual relacionadas ao comércio, por meio de procedimentos multilaterais (Preâmbulo).

O art. 7º do Acordo TRIPS fixa os Objetivos a serem perseguidos:

“A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações”.

As partes se comprometem a buscar “benefícios recíprocos”, “bem-estar social e econômico” e, sobretudo, o “equilíbrio de direitos e obrigações”. O reconhecimento e a observância dos direitos de propriedade intelectual dependem de valores sociais relevantes e, em particular, do equilíbrio entre os usuários de conhecimento tecnológico.

Como observou Carlos Correa (1998, p. 28-29), “o Acordo TRIPS, portanto, não consagra um paradigma ‘absolutista’ da propriedade intelectual, no qual só interessa a proteção dos direitos do titular. Pelo contrário, se baseia no equilíbrio entre a promoção da inovação e da difusão e transferência de tecnologia”.

Destaca-se, assim, a importância da promoção da inovação e a difusão tecnológica como componentes fundamentais da política dos países partes do Acordo.

O art. 8º fixa os Princípios do Acordo:

“1- Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento socioeconômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo.

2- Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práti-

cas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência de tecnologia”.

Os Estados, tendo sempre presentes as disposições do Acordo, devem adaptar suas legislações às regras de proteção da propriedade intelectual, sem perder de vista seus interesses em matéria de saúde pública, proteção ambiental, entre outros. Podem os Estados adotar medidas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual ou o recurso a práticas que sirvam de barreiras injustificáveis e não razoáveis ao comércio, ou que afetem adversamente o curso da transferência internacional de tecnologia, lançando mão, por exemplo, das licenças obrigatórias.

O art. 69 do Acordo fixa as premissas básicas da Cooperação Internacional entre os Estados contratantes:

“Os Membros concordam em cooperar entre si com o objetivo de eliminar o comércio internacional de bens que violem direitos de propriedade intelectual. Para este fim, estabelecerão pontos de contato em suas respectivas administrações nacionais, deles darão notificações e estarão prontos a intercambiar informações sobre o comércio de bens infratores. Promoverão, em particular, o intercâmbio de informações e a cooperação entre as autoridades alfandegárias no que tange ao comércio de bens com marca contrafeita e bens pirateados”.

O dispositivo expressa o compromisso das partes, no sentido de coibir o comércio de bens pirateados e com marcas contrafeitas, ou seja, o comércio internacional de bens que violem os direitos de propriedade intelectual. Todas as medidas tomadas nesse sentido devem ser comunicadas, por meio do Conselho para TRIPS (Conselho dos Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), cujas funções são, de acordo com o art. 68, “supervisionar a aplicação do Acordo e, em particular, o cumprimento, por parte dos Membros,

das obrigações por ele estabelecidas, e lhes oferecer a oportunidade de efetuar consultas sobre questões relativas aos aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio. O Conselho se desincumbirá de outras atribuições que lhe forem confiadas pelos Membros e, em particular, lhes prestará qualquer assistência solicitada no contexto de procedimentos de solução de controvérsias”.

O disposto no art. 67, referente à Cooperação Técnica, determina que “a fim de facilitar a aplicação do Acordo, os países desenvolvidos Membros, a pedido, e em termos e condições mutuamente acordados, prestarão cooperação técnica e financeira aos países em desenvolvimento Membros e de menor desenvolvimento relativo Membros. Essa cooperação incluirá assistência na elaboração de leis e regulamentos sobre proteção e aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, bem como sobre a prevenção de seu abuso, e incluirá apoio ao estabelecimento e fortalecimento dos escritórios e agências nacionais competentes nesses assuntos, inclusive na formação de pessoal”.

O Acordo TRIPS busca o consenso, cujo alicerce fundamental deve ser a cooperação entre os Estados partes. Quando necessário, está à disposição dos Estados o Sistema de Solução de Controvérsias (constante do art. 64, do TRIPS, e do Anexo 2 do Acordo Final da Rodada do Uruguai).

O TRIPS representa, portanto, um documento fundamental na consolidação da proteção dos direitos de propriedade intelectual na sociedade internacional contemporânea, e a vinculação definitiva desses direitos ao comércio internacional. Com ele, as partes ganharam e perderam e os interesses contrapostos acabaram chegando ao consenso. Certamente, o texto ficou aquém das expectativas dos países desenvolvidos, que buscavam no GATT patamares superiores de proteção dos direitos de propriedade intelectual. Por outro lado, os países em desenvolvimento, que buscavam assegurar a

difusão de tecnologia, destacando as assimetrias Norte-Sul, comprometeram-se a implementar medidas eficazes e apropriadas para a aplicação de normas de proteção desses direitos relacionadas ao comércio, na perspectiva da cooperação internacional.

A “Rodada do Uruguai” representa a busca de um denominador comum, cujo limite foi o próprio consenso. Sob essa ótica, são extremamente oportunas as afirmações de Celso Lafer (1998, p. 28), quando, recordando a lição de Grócio em oposição à de Hobbes”, diz-nos:

“Há um potencial de sociabilidade e solidariedade na esfera internacional. Este potencial provê – e este é o pressuposto no qual se fundamenta a OMC – uma interação organizada e não-anárquica entre os atores da vida econômica num mercado globalizado, que não funciona como um *jogo de soma zero*, em que o ganho de um significa a perda do outro. Há conflito, mas há também cooperação, lastreada num processo abrangente que tem sua base na racionalidade e na funcionalidade da reciprocidade de interesses. Somente se pode perceber e julgar adequadamente essa reciprocidade de interesses se estão visivelmente à tona, através da publicidade contemplada pelo princípio de transparência” (grifo nosso).

2.3. O TRIPS: natureza, objetivos, alcance e princípios gerais

Antes de estudarmos o conteúdo do Acordo TRIPS, o que faremos a seguir, é importante examinar sua natureza jurídica, bem como seu alcance, principais objetivos, princípios e características.

2.3.1. Natureza do TRIPS

O TRIPS integra o “Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio – OMC”, também conhecido como “Ata Final da Rodada do Uruguai”, que aqui denominamos de “Acordo Geral” ou “Acordo

Constitutivo”. A OMC é um Acordo maior que se compõe de quatro Anexos e o TRIPS é o Anexo 1C.

Dessa forma, para entendermos o TRIPS e seus fundamentos, devemos ter presente os princípios que inspiram e norteiam a OMC.

Como observou Celso Lafer, “a OMC, num sistema internacional hoje caracterizado por preponderância dos Estados Unidos – que é a única potência capaz de atuar em todos os tabuleiros da vida mundial (estratégico-militar, econômico-financeiro, tecnológico, político-diplomático, etc) –, é uma das únicas instâncias em que efetivamente prevalece um multipolarismo. Enseja ligações de geometria variável, em função da variedade dos temas tratados; por isso, no multilateralismo comercial não prevalecem ‘alinhamentos automáticos’”. Razão pela qual, comenta Lafer (1998, p. 14-15), “na OMC, na formação destas ligações, não só os Estados Unidos têm peso. A Europa atua pela voz única da Comissão Européia, o Japão opera sem inibições; países de grande mercado como a Índia e o Brasil têm efetiva influência; interesses específicos como os da liberação do comércio de produtos agrícolas, como vem mostrando a atuação do Grupo de Cairns, possuem poder de iniciativa pela força da ação conjunta e, finalmente, a regra e prática do consenso no processo decisório têm um componente de democratização que permeia a vida da organização”.

A OMC descortina um novo universo que precisa ser mais conhecido pelas consequências que gera em todos os campos da atividade econômica dos Estados e por ser o trampolim de inserção no comércio mundial. Por meio de normas de cooperação mútua, a OMC busca a promoção do interesse comum. E, para entendermos isso melhor, novamente são fundamentais as lições de Celso Lafer (1998, p. 38):

“Em outros organismos internacionais, tais como o Conselho de Segurança das Nações Unidas ou a Conferência do Desarmamento, que tratam de temas de segurança e cujo limite é

a paz ou a guerra, o recuso obstaculista ao veto é considerado legítimo e ocorre com frequência porque, teoricamente, a sobrevivência do Estado como uma unidade independente pode estar em jogo. A OMC, como uma expressão de direito internacional de cooperação no campo econômico e um foro de negociação de interesse geral, não opera sob a mesma presunção. Sua premissa é operar dentro, e não fora do sistema. O consenso é a contrapartida dessa premissa na OMC, enquanto um foro negociador de um direito internacional de cooperação. Essa é a razão pela qual as normas da OMC não podem ser impostas por meio de um *pactum subjectionis*. Todos os membros da OMC criam e estabelecem regras por meio de um *pactum societatis*, que assegura uma efetiva dimensão de aceitação generalizada”.

Os Anexos 1, 2 e 3 do Acordo da OMC integram o conjunto denominado “Acordos Multilaterais de Comércio” e são “obrigatórios” para os Estados membros. O Anexo 4 é composto pelos denominados “Acordos Plurilaterais de Comércio”, que são facultativos, isto é, vinculam, unicamente, os países que os tenham aceitado.

Em alguns países se discute a natureza do “Acordo Constitutivo da OMC”, em seus respectivos ordenamentos internos. Para alguns, esse Acordo implica um *executive agreement*, para outros, um tratado de comércio – *trade agreement*⁸.

O “Acordo Constitutivo da OMC” é um tratado-contrato, porque os Estados membros podem determinar como implementar suas regras, desde que observado o disposto no “Acordo Geral e seus Anexos”. Com razão, sustenta Luiz Olavo Baptista (1996, p. 14-18), “as pessoas não estão familiarizadas com a sistemática da OMC. Ao lado da assinatura do contrato, cada um dos países apresenta um anexo com as disposições e as explicações da forma como vai cumprir o tratado. Aí está

um aspecto muito importante, são os *bindings*, isto é, as obrigações que os países têm de nem por denúncia de tratado reduzir as vantagens decorrentes de determinadas cláusulas e condições. Essas deverão ser inseridas na sua legislação, segundo os prazos ali fixados. Em todos os tratados que o Brasil assinou em Marraqueche, há um anexo com uma série de *bindings* ou obrigações. Nas publicações feitas pela OMC e do Diário Oficial, essas *bindings* não aparecem”.

Os Estados membros da OMC podem determinar o método mais adequado, de acordo com os seus procedimentos internos, de implementação das disposições do “Acordo Geral”, o que reforça a sua natureza de “tratado-contrato”. Conforme Luiz Olavo Baptista (1996, p. 14-18), é como se cada Estado, ao firmar a “Ata Final” ou o “Acordo Constitutivo da OMC, dissesse: “Este contrato que passamos entre nós, Estados-membros, visa criar uma legislação que observe um piso e deve ser implementado por você, Estado-membro, dentro do seu sistema jurídico da forma que você costuma fazer, ou deve fazer essas coisas de acordo com a sua legislação”. Segundo ele, “fica claro assim que os mandamentos do Acordo não se endereçam aos súditos, mas aos Estados-membros da OMC”.

O TRIPS é um “tratado-contrato”, não só devido aos seus aspectos relacionados ao comércio, mas porque por meio dele, bem como dos demais acordos que compõem a OMC, os Estados partes, realizando uma operação jurídica, criaram uma situação jurídica subjetiva.

Sua natureza é distinta dos “tratados-leis”, que estabelecem uma situação jurídica impessoal na medida em que editam regras de direito objetivamente válidas. Nesses, os Estados desempenham um papel semelhante ao do legislador.

Os “tratados-contratos” geram obrigação internacional de conduta na ordem internacional e não na ordem interna dos Es-

tados partes, que só pode ser exigida pelo outro ou outros Estados partes do tratado. Quem não é parte não pode exigir o seu cumprimento, tal qual acontece com os contratos, no direito civil das obrigações.

Denis Barbosa (1998, p. 87) afirma que os “destinatários das normas do TRIPS são os Estados membros da OMC. Nenhum direito subjetivo resulta para a parte privada, da vigência e aplicação do TRIPS”. E acrescenta, com muita propriedade: “assim, por expressa determinação do próprio TRIPS, cabe à legislação nacional dar corpo às normas prefiguradas no texto internacional. Não existem, no caso, normas uniformes, mas ‘padrões mínimos’ a serem seguidos pelas leis nacionais, sob pena de violação do Acordo – mas sem resultar, no caso de desatendimento, em violação de direito subjetivo privado”.

A essência contratual do TRIPS despenda desde logo em seu art. 1º (Natureza e Abrangência das Obrigações):

“1.1. Os Membros colocarão em vigor o disposto neste Acordo. Os Membros poderão, mas não estarão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida neste Acordo, desde que tal proteção não contrarie as disposições deste Acordo. Os Membros determinarão livremente a forma apropriada de implementar as disposições deste Acordo no âmbito de seus respectivos sistema e prática jurídicos”.

Os Estados partes do TRIPS assumiram, reciprocamente, o compromisso de implementar, em seus sistemas de direito nacional, os padrões mínimos de proteção fixados em comum. São livres para determinar a forma mais apropriada de cumprir esse compromisso de acordo com as regras vigentes em seus sistemas de direito e com a prática reinante. Caracterizará violação ao Acordo TRIPS se os Estados partes não o fizerem, se, ao fazerem, não observarem os padrões mínimos ou, se esses forem observados, houver descumprimento.

2.3.2. Os objetivos e alcance do TRIPS

2.3.2.1. Objetivos

Os objetivos do TRIPS, haja vista as duas preocupações principais – (a) completar as deficiências do sistema de proteção da OMPI e (b) vincular, definitivamente, os direitos de propriedade intelectual ao comércio internacional, são: “reduzir as distorções e obstáculos ao comércio internacional”, levando em conta “a necessidade de promover uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual” e “a necessidade de assegurar que as medidas e procedimentos destinados a fazê-los respeitar não se tornem, por sua vez, obstáculos ao comércio legítimo”⁹. Os Estados partes reconhecem como absolutamente necessário:

- a) a aplicação dos princípios básicos do GATT 1994 e dos acordos e convenções internacionais relevantes em matéria de propriedade intelectual;
- b) o estabelecimento de padrões e princípios adequados relativos à existência, abrangência e exercício de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio;
- c) o estabelecimento de meios eficazes e apropriados para a aplicação de normas de proteção de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio, levando em consideração as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos nacionais;
- d) o estabelecimento de procedimentos eficazes e expeditos para a prevenção e solução multilaterais de controvérsias entre os Governos” (Preâmbulo).

O TRIPS teve origem “na necessidade de se elaborar um arcabouço de princípios, regras e disciplinas multilaterais sobre o comércio de bens contrafeitos; na exigência premente de se fixar objetivos básicos de política pública dos sistemas nacionais

para a proteção da propriedade intelectual, inclusive os objetivos de desenvolvimento e tecnologia e, igualmente, nas necessidades especiais dos países de menor desenvolvimento relativo no que se refere à implementação interna de leis e regulamentos com a máxima flexibilidade, de forma a habilitá-los a criar uma base tecnológica sólida e viável” (Preâmbulo).

Conforme os objetivos do TRIPS, “a proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações” (art. 7^o).

Busca o TRIPS reduzir tensões entre os Estados partes por meio do compromisso para a solução de controvérsias sobre questões de propriedade intelectual relacionadas ao comércio, por meio de procedimentos multilaterais, descritos no art. 64 do Acordo TRIPS e no Anexo 2 do Acordo Geral.

O TRIPS visa à realização de um empreendimento comum, dirigido à promoção do interesse compartilhado. Suas metas estão traçadas em normas de cooperação mútua, consenso, prudência e lealdade.

2.3.2.2. Alcance ou abrangência

O art. 1.1. aponta o alcance do TRIPS:

- 1) o alcance das obrigações representam um *standard* mínimo: “os Membros poderão, mas não estarão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida neste Acordo”;
- 2) a obrigatoriedade de incorporação das disposições do Acordo nas legislações nacionais;
- 3) a liberdade de escolha da metodologia de implementação: “os Membros determinarão livremente a forma apropriada de implementar as disposições

deste Acordo no âmbito de seus respectivos sistemas e prática jurídicos”.

A) Os padrões mínimos de proteção

As disposições do TRIPS constituem padrões mínimos de proteção que devem ser adotados pelos Estados partes, em suas legislações nacionais.

Não se pode exigir dos Estados partes proteção aos direitos de propriedade intelectual mais ampla do que aquela prevista no Acordo. Qualquer controvérsia deve ser submetida ao procedimento de solução de controvérsias da OMC.

As disposições do Acordo não são autônomas e não podem ser aplicadas diretamente porque ditam os critérios mínimos de proteção e não o exato conteúdo desses direitos.

Sendo assim, o TRIPS não constitui uma lei uniforme, porque muitas áreas ficaram em aberto, por exemplo, a matéria patenteável (art. 27, 3 “d”)¹⁰, os períodos de transição conferidos aos países em desenvolvimento (art. 65, 2)¹¹ e de menor desenvolvimento relativo (art. 66)¹².

B) A incorporação nos direitos internos

Os Estados membros devem incorporar as regras do Acordo em suas legislações, observados, para os países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo, os períodos de transição estabelecidos.

Muitos países, sobretudo os desenvolvidos, têm ratificado o TRIPS e, pelo seu caráter “não executório” ou *no self executing*, adotado leis para incorporar as disposições do Acordo em suas legislações. Nos Estados Unidos, foi sancionada uma lei especial para incorporar o TRIPS ao seu direito interno, em 1994. A União Européia ratificou o TRIPS e a Comissão Européia declarou que as disposições do Acordo não são “por sua natureza suscetíveis de serem invocadas pelos particulares na Comunidade ou frente aos tribunais dos países membros”¹³, razão pela qual a Comissão modificou as normas preexistentes em matéria de marcas¹⁴ e de circuitos integrados¹⁵.

Em 1994, o Canadá, o Japão e a Austrália modificaram suas leis para adaptá-las ao TRIPS.

Os países latino-americanos, mesmo dentro do período de transição, já começaram a se adaptar às disposições do TRIPS, entre eles Argentina, Brasil e Comunidade Andina.

C) Os métodos de incorporação aos direitos internos

Os Estados partes têm liberdade para escolher a forma apropriada para implementar as disposições do Acordo, desde que respeitados os padrões mínimos de proteção, podendo prover proteção mais ampla. A metodologia a ser seguida por cada Estado, na implementação do TRIPS, é aquela descrita em seu próprio sistema de direito¹⁶.

O art. 1.2. determina o que se entende por propriedade intelectual: direito do autor e direitos conexos, marcas, indicações geográficas, desenhos industriais, patentes, topografia de circuitos integrados e proteção de informação confidencial.

O art. 13 (Limitações e Exceções) prevê que “os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito”.

2.3.3. Os princípios gerais do TRIPS

2.3.3.1. O princípio do Single Undertaking

Esse é um princípio fundamental para entendermos a lógica do sistema da OMC.

O princípio do *single undertaking* está expresso no art. 2º, incisos 2 e 3, da Ata Final da Rodada do Uruguai, isto é, do Acordo Constitutivo da OMC:

“2. 2 – Os acordos e os instrumentos legais conexos incluídos nos Anexos 1, 2 e 3 (denominados a seguir de ‘Acordos Comerciais Multilaterais’) formam parte integrante do presente Acordo e obrigam a todos os Membros.

2. 3 – Os acordos e os instrumentos legais conexos incluídos no Anexo 4 (denominados a seguir de ‘Acordos Comerciais Plurilaterais’) também formam parte do presente Acordo para os Membros que os tenham aceite e são obrigatórios para estes. Os Acordos Comerciais Plurilaterais não criam obrigações nem direitos para os Membros que não os tenham aceiteado”.

Do que se conclui que não é possível aderir a apenas parte dos Acordos, sob pena de quebrar seu equilíbrio e lógica estrutural, exceção feita aos “Acordos Comerciais Plurilaterais”, do Anexo 4.

Desse princípio decorre a unidade do sistema, razão pela qual chamávamos atenção para o fato de que o TRIPS deve ser examinado dentro da estrutura da OMC.

Segundo o princípio do *single undertaking* o TRIPS não admite reservas.

2.3.3.2. O princípio do tratamento nacional

O princípio do “tratamento nacional” e o princípio “da nação mais favorecida” já integravam o esquema estrutural do GATT – 1947 (arts. I e III) e se mantiveram na estrutura da OMC, atingindo todos os seus acordos constitutivos.

De acordo com o art. 3,1 do TRIPS (Tratamento Nacional), “cada Membro concederá aos nacionais dos demais Membros tratamento não menos favorável que o outorgado a seus próprios nacionais com relação à proteção¹⁷ da propriedade intelectual, salvo as exceções já previstas, respectivamente, na Convenção de Paris (1967), na Convenção de Berna (1971), na Convenção de Roma e no Tratado sobre a Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados. No que concerne a artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e organizações de radiodifusão, essa obrigação se aplica apenas aos direitos previstos neste Acordo. Todo Membro que faça uso das possibilidades previstas no Artigo 6 da Convenção de Berna e no parágrafo 1.b, do Artigo 16 da

Convenção de Roma, fará uma notificação, de acordo com aquelas disposições, ao Conselho para TRIPS”.

Os Estados partes também poderão fazer uso dessas exceções “em relação a procedimentos judiciais e administrativos, inclusive a designação de um endereço de serviço ou nomeação de um agente em sua área de jurisdição, somente quando tais exceções sejam necessárias para assegurar o cumprimento de leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições deste Acordo e quando tais práticas não sejam aplicadas de maneira que poderiam constituir restrição disfarçada ao comércio” (art. 3.2).

2.3.3.3. O princípio da nação mais favorecida

Esse princípio, que faz parte da história do GATT – 1947 (art. I: Tratamento Geral de Nação mais Favorecida), é um dos pilares sobre o qual se apóia a OMC. No Acordo TRIPS, esse princípio está previsto no art. 4º, o qual determina que, com relação à proteção da propriedade intelectual, “toda vantagem, privilégio ou imunidade que um Membro conceda aos nacionais de qualquer outro país será outorgado imediata e incondicionalmente aos nacionais de todos os demais Membros”. Está isenta dessa obrigação toda vantagem, favorecimento, privilégio ou imunidade concedida por um Membro que

- a) resulte de acordos internacionais sobre assistência judicial ou sobre aplicação em geral da lei e não limitados em particular à proteção da propriedade intelectual;
- b) tenha sido outorgada em conformidade com as disposições da Convenção de Berna (1971) ou da Convenção de Roma que autorizam a concessão de tratamento em função do tratamento concedido em outro país e não do tratamento nacional;
- c) seja relativa aos direitos de artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e organizações de radiodifusão não previstos neste Acordo;

d) resultem de acordos internacionais relativos à proteção da propriedade intelectual que tenham entrado em vigor antes da entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, desde que esses acordos sejam notificados ao Conselho para TRIPS e não constituam discriminação arbitrária ou injustificável contra nacionais dos demais Membros (art. 4º).

O campo de aplicação desse artigo é bastante amplo: todas as vantagens, favorecimentos, privilégios e imunidades que um Estado parte conceda aos nacionais de outro Estado parte serão automática e incondicionalmente estendidas aos nacionais dos demais Estados partes.

É importante observar que as obrigações decorrentes dos princípios do “tratamento nacional” e “da nação mais favorecida” (arts. 3º e 4º) “*não se aplicam aos procedimentos previstos em acordos multilaterais concluídos sob os auspícios da OMPI relativos à obtenção e manutenção dos direitos de propriedade intelectual*” (art. 5º).

2.3.3.4. O princípio do esgotamento internacional dos direitos (exaustão)

Conforme o princípio do “esgotamento internacional dos direitos ou exaustão de direitos”, o direito de exclusão comercial do titular do direito de propriedade intelectual se esgota (exaure, termina) no momento em que ele introduz o produto patenteado no comércio ou consente que isso seja feito por terceiro.

Ao realizar a primeira comercialização, o direito do titular se esgota de tal forma que os produtos introduzidos no comércio poderão ser objeto de atos, ulteriores e sucessivos, de comercialização, de acordo com o regime de liberdade de comércio. O titular da marca não mais poderá proibir ou restringir que terceiros comercializem, ulteriormente, produtos com a tal marca, o que se denomina “vendas paralelas” ou “distribuições paralelas”.

O esgotamento pode ser “nacional” e “internacional”.

O esgotamento “nacional” ocorre quando a exaustão dos direitos do titular se limita ao livre comércio interno de um Estado. Se o titular do direito de propriedade intelectual colocou no comércio nacional seu produto, não pode impedir a sua ulterior comercialização.

Com o esgotamento internacional acontece o mesmo, porém, com repercussões maiores. Se o produto for comercializado pela primeira vez pelo titular do direito de propriedade intelectual, ou com o seu consentimento, em qualquer lugar do mundo, estarão livres as importações e ulteriores vendas paralelas desse produto no Estado importador em que a marca tenha sido registrada.

Existe ainda o esgotamento “supranacional”, que acontece no âmbito do Mercado Comum Europeu.

Contudo, o que nos interessa aqui é o “esgotamento internacional”.

O art. 6º do Acordo TRIPS estabelece: “Para os propósitos de solução de controvérsias no marco deste Acordo, e sem prejuízo do disposto nos Artigos 3 e 4, nada neste Acordo será utilizado para tratar da questão da exaustão dos direitos de propriedade intelectual”.

Durante as negociações da Rodada do Uruguai, pretendeu-se dar a esse artigo uma redação mais explícita. Não obstante, parece claro que sua intenção é reconhecer ao legislador nacional a plena liberdade para prover ou excluir o esgotamento dos direitos de propriedade intelectual no seu corpo legislativo interno, respeitados os limites impostos pelo próprio Acordo TRIPS.

O princípio do esgotamento internacional já constava no GATT – 1947, parágrafos 1º e 4º do art. III (Tratamento Nacional no Tocante à Tributação e Regulamentação Internas). De acordo com esses dispositivos, os produtos do território de uma parte contratante não podem receber da lei nacional sobre propriedade intelectual tratamento menos favorável que o outorgado aos produtos similares de origem nacional, evitan-

do uma proteção discriminatória do produto nacional. Se, aos produtos nacionais, aplica-se o esgotamento nacional, ao produto importado deve-se aplicar o princípio do esgotamento internacional, nas mesmas condições, desde que introduzidos no mercado da parte exportadora pelo titular do direito de propriedade intelectual, ou com o seu consentimento.

O art. 6º do TRIPS admite a possibilidade do esgotamento internacional dos direitos, isto é, a possibilidade de importar legalmente um produto protegido por direitos de propriedade intelectual, desde que tenha sido introduzido, no mercado de qualquer outro país, pelo seu titular, ou com o seu consentimento.

A possibilidade de “importações paralelas” faz parte da lógica do sistema da OMC. Como afirmou Tomás de las Heras Lorenzo (1994, p. 477), “a exclusão do esgotamento internacional suporia uma distorção no sistema do GATT e um passo atrás na liberdade do comércio internacional”.

Afirma Correa (1998, p. 48-49) que “o reconhecimento do princípio do esgotamento internacional do Acordo TRIPS pode ser visto como um reflexo lógico da globalização da economia em nível nacional. Esta solução é conveniente para assegurar a competitividade das empresas locais, que podem estar em desvantagem se se vêem obrigadas a comprar exclusivamente de distribuidores que aplicam preços mais altos que os vigentes em outro país”.

A exaustão nacional no Brasil consta no art. 43, IV, e a exaustão internacional, no art. 188, II, da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996.

O art. 42 da referida lei brasileira determina que “a patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: I – produto objeto de patente; II – processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado...”. A exaustão nacional aparece no art. 43: “O disposto no artigo anterior não se aplica... IV – a produto fabri-

cado 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”.

A exaustão internacional aparece no art. 188: “Comete crime contra registro de desenho industrial quem: ... II – importa produto que incorpore desenho industrial registrado no País, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular ou com seu consentimento”.

2.3.3.5. O princípio da transparência

O princípio da “transparência” é essencial na estrutura da OMC e no Acordo TRIPS. Pelo art. 63, os Estados partes se comprometem a publicar, ou a tornar públicos, as leis e regulamentos finais de aplicação relativos à matéria objeto do Acordo, de tal forma que os governos e os titulares dos direitos de propriedade intelectual deles tomem conhecimento. Impõe o princípio da transparência que os acordos relativos à matéria objeto do Acordo TRIPS que estejam em vigor entre o governo ou uma agência governamental de um membro e o governo ou agência governamental de um outro membro também sejam publicados.

Tem um papel importante na transparência da conduta das partes contratantes o “Conselho para TRIPS” (“Conselho dos Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio”). Sua função é a de supervisionar a aplicação do Acordo “e, em particular, o cumprimento, por parte dos Membros, das obrigações por eles estabelecidas, e lhes oferecerá a oportunidade de efetuar consultas sobre questões relativas aos aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio”. O Conselho “se desincumbirá de outras atribuições que lhe forem confiadas pelos Membros e, em particular, lhes prestará qualquer assistência solicitada no contexto de procedimentos de solução de controvérsias” (art. 68).

As partes contratantes se comprometem a notificar o Conselho para TRIPS das leis e regulamentos referidos acima, de forma a assisti-lo em suas funções. O Conselho tentará minimizar o ônus dos membros em dar cumprimento a essa obrigação e poderá até dispensá-los disso, se concluir com a OMPI entendimento sobre o estabelecimento de um registro comum. O mesmo poderá acontecer relativamente às obrigações do Acordo TRIPS derivadas das disposições do art. 6 da Convenção de Paris (1967) (art. 63, 2 do TRIPS).

2.3.3.6. *O princípio da cooperação internacional*

A OMC tem suas bases no direito internacional da cooperação, cuja finalidade principal é a promoção do interesse comum por meio de normas de cooperação mútua. A cooperação é a pedra de toque em todos os Acordos que constituem a Organização, inclusive o TRIPS.

A cooperação pode ser interna e externa.

A cooperação “interna” se realiza no âmbito da OMC, isto é, entre seus membros. No TRIPS, o princípio da cooperação aparece no Preâmbulo, e se consagra, definitivamente, no art. 69 (Cooperação Internacional):

“Os Membros concordam em cooperar entre si com o objetivo de eliminar o comércio internacional de bens que violem direitos de propriedade intelectual. Para este fim, estabelecerão pontos de contato em suas respectivas administrações nacionais, delas darão notificação e estarão prontos a intercambiar informações sobre o comércio de bens infratores. Promoverão, em particular, o intercâmbio de informações e a cooperação entre as autoridades alfandegárias no que tange ao comércio de bens com marca contrafeita e bens pirateados”.

Dentro do princípio geral de cooperação, o art. 67 enfatiza o aspecto técnico da assistência mútua:

“A fim de facilitar a aplicação do presente Acordo, os países desenvolvidos Membros, a pedido, e em termos e condições mutuamente acordados, prestarão cooperação técnica e financeira aos países em desenvolvimento Membros e de menor desenvolvimento relativo Membros. Essa cooperação incluirá assistência técnica na elaboração de leis e regulamentos sobre proteção e aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, bem como sobre a prevenção de seu abuso, e incluirá apoio ao estabelecimento e fortalecimento dos escritórios e agências nacionais competentes nesses assuntos, inclusive na formação de pessoal”.

No campo da assistência mútua, entre as partes contratantes, os países desenvolvidos concederão “incentivos a empresas e instituições de seus territórios com o objetivo de promover e estimular a transferência de tecnologia aos países de menor desenvolvimento relativo Membros, a fim de habilitá-los a estabelecer uma base tecnológica sólida e viável” (art. 66, 2).

A cooperação internacional ou “externa” é a que se estabelece entre o TRIPS e a OMPI e outras organizações internacionais relevantes na proteção dos direitos de propriedade intelectual. Não poderia ser diferente já que a proposta do TRIPS é somar-se aos acordos preexistentes sobre a matéria, estabelecendo relações de cooperação e assistência contínua com outras organizações.

O art. 68, parte final do Acordo, estabelece: “O Conselho para TRIPS poderá consultar e buscar informações de qualquer fonte que considerar adequada. Em consulta com a OMPI, o Conselho deverá buscar estabelecer, no prazo de um ano a partir de sua primeira reunião, os arranjos apropriados para a cooperação com os órgãos daquela Organização”.

O futuro vai definir e selar as bases dessas relações de cooperação, tanto *interna corporis* quanto entre as organizações.

2.3.3.7. O princípio da interação entre os tratados internacionais sobre a matéria

O TRIPS não pretende cancelar o passado e recomeçar a tarefa de proteção dos direitos de propriedade intelectual. Como herdeiro da história, reconhece o valor dos documentos que o antecederam. O art. 2º (Convenções Sobre Propriedade Intelectual) sela esse compromisso:

“1 – Com relação às Partes II, III e IV deste Acordo, os Membros cumprirão o disposto nos Artigos 1 a 12 e 19, da Convenção de Paris (1967).

2 – Nada nas Partes I a IV deste Acordo derrogará as obrigações existentes que os Membros possam ter entre si, em virtude da Convenção de Paris, da Convenção de Berna, da Convenção de Roma e do Tratado Sobre a Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados”.

Alguns autores questionam as relações entre a Convenção de Paris e o TRIPS.

Uma corrente sustenta que as obrigações, assumidas na Convenção de Paris, prevalecem com o Acordo TRIPS, uma vez que mantidas e reafirmadas no art. 2º. Outra sustenta que vários são os princípios de direito internacional público contrários a essa tese, entre eles, o princípio *lex posterior derogat priori*, isto é, quando os tratados têm disposições contraditórias e os signatários são os mesmos, prevalece o último tratado.

Para Otto Licks (1998, p. 628), “ainda que muito sedutora pela sua excelência, a tese de que a Convenção de Paris prevalece sobre o TRIPS merece considerações adicionais”. Isso porque, Licks parece basear-se no texto adotado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, que, citado por ele, estabelece que: “1 – Um tratado bilateral ou multilateral, ou qualquer disposição de um tratado, é nulo, se sua execução envolve a ruptura de uma obrigação de tratado previamente assumida por uma ou mais partes contratantes; ... 4 – A regra formulada nos parágrafos 1 e 2 não se aplica a

subseqüentes tratados multilaterais, que participam de um grau de generalidade que lhes dá o caráter de atos legislativos e alcançam propriamente todos os membros da comunidade internacional ou devem ser considerados como tendo sido concluídos no interesse internacional...”.

Há um equívoco na argumentação de Licks. O Acordo TRIPS não propõe uma ruptura com a Convenção de Paris, nem é um “tratado-normativo” mas “contratual”.

As obrigações contratadas na Convenção de Paris prevalecem sobre o TRIPS, haja vista que foram mantidas e reafirmadas em seu art. 2º. Os tratados não se excluem, contradizem ou disputam a primazia de regular relações jurídicas, mas se somam e completam e, na dúvida, prevalece o bom senso¹⁸.

Ambos os documentos representam a proteção atual dos direitos de propriedade intelectual, suas relações são de interação, não de “conflito”, porque estamos no contexto do direito internacional de cooperação e não de coexistência, em que são comuns os conflitos entre fontes.

O TRIPS é dirigido aos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio internacional, enquanto a Convenção de Paris não tem essa pretensão.

2.3.3.8. O princípio da interpretação evolutiva

Uma das principais características do TRIPS é a dinamicidade. A interpretação das suas cláusulas pode mudar de acordo com a evolução do tema. Como observou Otto Licks (1998, p. 625), “a grande diferença de infra-estrutura constitucional, legal, e de disponibilidade de corpo técnico qualificado em cada um dos membros do Acordo também contribuirá para a pluralidade de entendimentos. Ademais, o estudo do TRIPS por internacionalistas também contribuirá de forma importante para a interpretação das cláusulas do Acordo”.

Como evitar as diferentes interpretações?

Cada Estado, ao incorporar as regras do TRIPS, fá-lo com base no seu próprio siste-

ma de direito e realidade econômica, social, cultural, etc. Contudo, a observância dos princípios básicos do Acordo assim como as decisões proferidas pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (OSC) serviram de lastro comum para a interpretação.

Em síntese, o Acordo TRIPS estabelece os padrões mínimos de proteção a serem observados pelos Estados partes, os quais se comprometem a incorporá-los, submetendo-se às sanções previstas no Acordo.

O Acordo não é auto-executável (*no self-executing*) e deve ser incorporado pelos Estados partes em suas legislações nacionais, por mecanismos próprios, haja vista a liberdade deixada pelo Acordo, tanto no que diz respeito às normas substantivas quanto as de procedimento.

O Acordo TRIPS se baseia nas principais convenções internacionais sobre a matéria, mantendo com todas elas uma relação de colaboração e complementaridade, introduzindo princípios como o da “nação mais favorecida”, “esgotamento internacional dos direitos”, e *single undertaking*, entre outros.

3. Solução de controvérsias

A) Mecanismos de solução

De acordo com o art. 64, a solução de controvérsias do TRIPS é regida pelos arts. XXII e XXIII do GATT, desenvolvidos e aplicados nos Entendimentos Relativos às Normas e Procedimentos Sobre Solução de Controvérsias, previstos no Anexo 2, do Acordo Constitutivo da OMC. Esse Anexo 2 adotou o *Dispute Settlement Body (DSB)*, ou “Órgão de Solução de Controvérsias” (OSC), que se traduz num mecanismo mais eficaz para a solução de controvérsias do que o do GATT.

O Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC substituiu o Conselho Geral do GATT, e dele fazem parte todos os Membros da OMC. O OSC traz vários elementos novos e importantes sobre os quais já nos debruçamos no livro “O direito internacio-

nal da propriedade intelectual”, citado na nota n.1, razão pela qual não nos vamos repetir aqui.

4. Os efeitos do TRIPS

4.1. Os efeitos do TRIPS no direito internacional de proteção dos direitos de propriedade intelectual pós-uniões de Paris e de Berna

A proteção e o reconhecimento dos direitos de propriedade intelectual estão ligados ao direito internacional público e privado.

Com a OMC-TRIPS, a construção jurídica sobre a matéria adquiriu novos contornos e atingiu sua maturidade em nova perspectiva econômica internacional.

O TRIPS, como parte integrante do Acordo Constitutivo da OMC, trouxe princípios novos como o *single undertaking*, “transparência”, “cooperação internacional”, “interação entre tratados internacionais” e “interpretação evolutiva”.

O TRIPS fixou “padrões mínimos” relativos à existência, alcance e exercício dos direitos de propriedade intelectual. Dotou o regime internacional de proteção desses direitos de um “mecanismo de prevenção e solução de controvérsias”. O Estado parte pode, mediante notificação ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (OSC), solicitar uma consulta a outro Estado parte. Caso não resolva a controvérsia, pode ser constituído um Painel (ou Grupo Especial) com a incumbência de examinar a questão. Da decisão do Painel, cabe recurso ao Órgão de Apelação. Estão previstas sanções, autorizadas pelo OSC, contra o Estado membro que não cumprir as decisões do Painel e do Órgão de Apelação.

O TRIPS dotou a legislação internacional elaborada pela OMPI, e mesmo antes dela, de defesa e ataque, na medida em que se somou aos instrumentos internacionais preexistentes sobre a matéria e, ao mesmo tempo, acrescentou dados novos.

O TRIPS trouxe o que faltava, estabelecendo mecanismos de consulta e fiscalização (vigilância) dos “padrões mínimos” internacionais exigidos e garantindo a observância desses “padrões” nos direitos dos Estados partes.

4.2. *As implicações institucionais decorrentes das relações entre o TRIPS e a OMPI*

A OMPI administra as Uniões de Paris e de Berna, bem como os tratados internacionais de propriedade intelectual. Seu processo decisório se baseia no princípio da igualdade de votos entre os Estados partes. Inexiste órgão ou mecanismo com competência para verificar o cumprimento por parte dos Estados das normas que se encontram sob a sua guarda e nela inexistente um sistema de sanção oponível aos Estados inadimplentes. A OMPI continua-se ocupando da harmonização legislativa do direito de propriedade intelectual, enquanto o TRIPS, dos aspectos comerciais internacionais relacionados com a matéria.

Pode parecer que o TRIPS teria ensejado o conflito de regras entre tratados sucessivos ou concorrentes. Contudo, isso não acontece, porque suas regras não são incompatíveis com as das Convenções preexistentes, antes, completa-as.

Charles Rousseau (1958, p. 24-548) observa que “a interpretação dos tratados internacionais tem a sua própria lógica, que às vezes se afasta daquela dos contratos do direito privado”. Razão pela qual, “é muito interessante a adaptação do trabalho de interpretação à natureza das disposições convencionais em causa”. O direito internacional “apresenta características específicas em razão da forma particular que reveste a elaboração das normas jurídicas nas relações entre Estados”.

Nas relações entre o TRIPS e as convenções anteriores devem prevalecer as regras de bom senso e a lógica jurídica. Como disse Rousseau (1958, p. 500-501), “a interpretação dos tratados é um trabalho de arte jurídica e não uma operação mecânica que coloca em funcionamento um conjunto de

receitas ou de diretivas que o juiz – pois é principalmente a ele que se leva o problema – deverá aplicar de maneira sistemática”.

O princípio fundamental dessa interpretação deve ser a vontade dos Estados partes, que, no caso do TRIPS, não é revogar ou excluir as convenções anteriores, mas acrescentar-lhes elementos novos.

Como observou o professor Miguel Reale (198-?, p. 17-23), no início dos anos 80, “a Convenção de Paris não representa um direito uniforme, ela marca uma diretriz no sentido de um direito uniforme. Eu diria numa expressão filosófico-matemática que a internacionalização das normas de direito industrial é o infinito de uma constante exigência jurídica. Nós marchamos cada vez mais para a uniformização das regras que disciplinam a matéria de direito industrial, mas não podemos pretender que isso se realize já”. Segundo ele, “a disparidade entre os diversos países leva a muitas incompreensões, a reclamações reiteradas, perturbando o campo das relações internacionais”.

A constante exigência jurídica de que nos fala Reale deu origem ao TRIPS (DREYFUSS; LOWENFELD, 1997, p. 275-367; NETANANEL, 1997, p. 441-503).

O TRIPS pode consultar e buscar informações com a OMPI, o que demonstra o trabalho de parceria e cooperação constantes na proteção dos direitos de propriedade intelectual.

Em Genebra, em 22 de dezembro de 1995, foi celebrado o “Acordo entre a OMPI e a OMC” com vistas a estabelecer uma relação de apoio mútuo. O Acordo formula as regras de cooperação institucional entre as duas Organizações, no que diz respeito ao acesso a leis e regulamentos da OMPI pelos Estados membros da OMC e seus nacionais, bem como estabelece os princípios básicos da assistência técnico-jurídica e cooperação técnica.

O TRIPS não pode prescindir do trabalho da OMPI, haja vista a preocupação constante dessa Organização com os tratados que estão sob a sua responsabilidade e seu programa, intensificado nos anos 90, de as-

sistência técnico-jurídica aos países em desenvolvimento, pelo qual os ajuda a se introduzirem no sistema de proteção da propriedade intelectual ou a aperfeiçoarem aquele que já possuem.

A OMPI continua estimulando as atividades de criação dos indivíduos e das empresas, facilitando a aquisição de técnicas e obras literárias e artísticas estrangeiras, assim como o acesso à informação científica e técnica contida nas patentes.

A OMPI continua a ser o *principal centro internacional de promoção dos direitos de propriedade intelectual*, papel que lhe está assegurado na História e agora reforçado pela colaboração do Conselho para TRIPS.

4.3. Os efeitos do TRIPS no Brasil

No Brasil, as normas do TRIPS geram dois tipos de efeitos: *externos* e *internos*.

Os efeitos *externos* ou *internacionais* estão relacionados às obrigações assumidas na OMC e aos seus Estados membros. Os efeitos *internos* referem-se à entrada em vigor no direito brasileiro e executoriedade no Brasil. Tanto os efeitos *externos* quanto os *internos* ficaram, no TRIPS, condicionados a um prazo para que suas regras entrassem em vigor.

Vejamos isso melhor.

4.3.1. O regime transitório especial do TRIPS para os Estados partes em desenvolvimento

A Parte VI do TRIPS (arts. 65, 66 e 67) é dedicada às Disposições Transitórias, que trazem dois elementos importantes: (a) o grau de desenvolvimento econômico dos Estados partes e (b) a matéria objeto das disposições do Acordo.

Diante da importância da combinação desses dois elementos, o TRIPS estabelece três tipos de “Regimes Transitórios”: um “Geral” e dois “Especiais” em favor de certas categorias de Estados partes.

1) Regime transitório geral

Previsto no art. 65.1, beneficia a todos os Estados partes do Acordo. Nenhuma das obrigações contidas no Acordo TRIPS será exigível aos Esta-

dos partes antes de transcorrido um prazo *geral de um ano* após a data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.

2) Regime transitório especial para os Estados partes em desenvolvimento

Os Estados partes em desenvolvimento podem-se beneficiar de um *período transitório adicional de quatro anos*, exceção feita aos arts. 3, 4 e 5 do Acordo TRIPS. O total do período transitório especial para essa categoria de Estados partes é de cinco anos, os quais resultam do período transitório geral de um ano, mais quatro anos do período transitório especial (art. 65.2).

As disposições que não podem ser excepcionadas, dos arts. 3, 4 e 5, referem-se aos princípios do “tratamento nacional”, do “tratamento de nação mais favorecida” e aos “acordos multilaterais concluídos sob os auspícios da OMPI relativos à obtenção e manutenção dos direitos de propriedade intelectual”.

Os países em desenvolvimento podem obter um prazo adicional de cinco anos para aplicar as normas sobre patentes de produtos, contidas na Seção 5 da Parte II do Acordo, aos setores tecnológicos que não protegiam em seu território na data geral de aplicação do Acordo (art. 65.4).

Os Estados partes em processo de transformação de economia de planejamento centralizado para mercado e de livre empresa, realizando reforma estrutural de seu sistema de propriedade intelectual, enfrentando problemas especiais na preparação e implementação de leis e regulamentos de propriedade intelectual, poderão também se beneficiar de um prazo adicional de quatro anos, exceção feita aos arts. 3, 4, e 5 do TRIPS. Esses países, portanto, beneficiar-se-ão também de um período transitório de cin-

co anos (quatro anos do período transitório especial e um ano do período transitório geral), conforme o disposto no art. 65.3.

O parágrafo 5 do art. 65 estabelece que um “Membro que se utilize do prazo de transição previsto nos parágrafos 1, 2, 3 e 4 assegurará que quaisquer modificações nas suas legislações, regulamentos e prática feitas durante esse prazo não resultem em um menor grau de consistência com as disposições do presente Acordo”.

3) Regime transitório especial para os Estados de menor desenvolvimento relativo membros

Os Estados menos adiantados, em virtude de suas limitações econômicas, financeiras e administrativas e necessidade de flexibilidade para estabelecer base tecnológica viável, não estão obrigados a aplicar as disposições do Acordo, exceção feita aos arts. 3, 4 e 5, *durante um prazo de dez anos* contados a partir da data de aplicação estabelecida no art. 65.1 (Regime Transitório Geral de um ano).

Esse período pode ser prorrogado mediante pedido fundamentado, feito pelo Estado interessado, ao Conselho para TRIPS (art.66.1).

Diante da natureza complexa das disposições do TRIPS e seus efeitos nas legislações dos Estados partes, foram necessários dispositivos de direito intertemporal para definir o início da vigência do Acordo, considerando as especificidades de certos países.

As disposições que fixam os “Regimes Transitórios” são essenciais uma vez que não só o TRIPS como o Acordo Constitutivo da OMC afetam a vida econômica dos Estados membros, os quais precisam de um período razoável de tempo para adequar suas legislações internas às obrigações internacionalmente assumidas.

Apesar de o Decreto nº 1.355/94 declarar que “a Ata Final que incorpora os Resultados da Rodada do Uruguai entra em vigor para a República Federativa do Brasil

em 1º de janeiro de 1995”, tal não ocorreu por força do “Regime Transitório Especial” do art. 65.2 porque os efeitos *externos* e *internos* do TRIPS ficaram condicionados à passagem do tempo. Como observa Guido Soares (1995, p. 98-119), “até o momento do adimplemento dos termos para a entrada em vigor daquele ato internacional, não se pode cogitar de um conflito entre a legislação interna e o direito internacional de origem convencional”.

O período de transição se refere ao TRIPS, isto é, ao Anexo 1-C, porque todas as demais regras dos outros Acordos que compõem a Ata Final da Rodada do Uruguai se submetem às suas próprias disposições.

4.3.2. O TRIPS e a legislação brasileira de proteção da propriedade intelectual

Até o transcurso do prazo para a entrada em vigor do TRIPS (1º.1.2000), no Brasil, não se levantava a possibilidade de conflito entre as disposições daquele Acordo e a nossa legislação interna.

O período de transição é e foi, em nosso caso, importante porque o TRIPS afeta não só o universo legislativo dos Estados partes no que diz respeito aos direitos de propriedade intelectual, como também outros setores.

Como é sabido, os Estados partes do TRIPS não estão obrigados a prover, em suas legislações internas, proteção mais ampla que a exigida pelo Acordo e têm a liberdade de determinar a forma apropriada de implementar as regras do TRIPS em seus sistemas e prática jurídicos¹⁹.

Dando cumprimento ao disposto no TRIPS, e de acordo com o sistema brasileiro de aprovação de tratados internacionais (*treaty-making power*), o Congresso Nacional aprovou o Acordo Constitutivo da OMC, por meio do Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, promulgado pelo Decreto Presidencial nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, e publicado no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 1994.

Logo após começou no Brasil o movimento de revisão da legislação sobre proprieda-

de intelectual e novas leis sobre a matéria foram editadas que, com pequenas exceções, observam os padrões mínimos de proteção do TRIPS.

4.3.2.1. Os efeitos do TRIPS após o decurso do período de transição

Quando o Congresso Nacional aprovou o Acordo Constitutivo da OMC, o TRIPS foi incorporado à legislação brasileira juntamente com o mecanismo que dilata a sua entrada em vigor. Contudo, mesmo dentro desse período, como vimos acima, o Brasil procurou, e tem procurado, adaptar suas disposições de direito interno aos padrões internacionais do Acordo.

Até o momento do transcurso do período de transição e, conseqüentemente, da entrada em vigor do TRIPS no Brasil (1º.1.2000), não ocorreram conflitos entre a legislação interna e as regras do Acordo.

O que pode acontecer transcorrido o período de transição? As regras de direito interno brasileiro, incompatíveis com o TRIPS, estão *ipso facto* revogadas?

Os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ser considerados como leis e produzem os mesmos efeitos destas sobre as demais²⁰. Do que se deduz que ocorreria a revogação das leis internas brasileiras pelo TRIPS em conformidade do princípio *lex posterior derogat priori*.

Entretanto, isso não ocorre, pois o TRIPS é um “tratado-contrato” e não “tratado-lei”. Suas normas se destinam aos Estados-partes e não aos indivíduos que não recebem, imediatamente, nenhum direito subjetivo com a entrada em vigor do TRIPS.

Hoje, transcorrido o período de transição, se houver discrepâncias entre a legislação nacional e o TRIPS, caberá ao legislador nacional dar corpo às disposições do Acordo (o que já vem fazendo), adaptar o direito interno aos padrões fixados pelo TRIPS, sob pena de, não o fazendo, o Brasil violar o Acordo e, conseqüentemente, ficar sujeito a responder perante o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

O TRIPS é uma norma especial, um acordo sobre aspectos de propriedade intelectual no campo do comércio internacional. Daí decorre a sua natureza especial, inclusive no que diz respeito aos direitos de propriedade intelectual.

Notas

¹ Estudo mais aprofundado sobre a matéria fizemos no livro: *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

² No Brasil, foi promulgada pelo Decreto nº 75.541, de 31 de março de 1975, publicada no Diário Oficial da União, 2 abr. 1975.

³ Em 28 de setembro de 1979, o texto da Convenção foi emendado.

⁴ TRIPS – *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* integra o “Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio (OMC)”, como seu ANEXO 1C. O TRIPS, nos países de língua latina, é conhecida pela sigla “ADIPIIC – Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio”. Cf. Decreto Presidencial nº 1355, de 30 de dezembro de 1994.

⁵ Sobre as atividades das empresas transnacionais, são valiosas as lições de BAPTISTA (1987).

⁶ Para aprofundar o estudo da história das negociações da Rodada do Uruguai e seus resultados, Cf. Lafer (1998); Gervais [19-?]; Khavand (1995); Messerlin (1995); Rainelli (2002); Cerviño; Prada[19-?]; Zuccherino; Mitelman (1997); Flory (1995); Costa (1996); são oportunos, também, os resultados do “Colloque de Nice” sobre *La réorganisation mondiale des échanges: Problèmes juridiques*, publicados pela Société Française Pour le Droit International, 1996.

⁷ Cf. “Meeting of Negotiating Group of 16 and 22 October”, In *GATT DOC. MTN.GNG/TRIPS/3 (nov.18, 1991)*.

⁸ Sobre a diferença entre os *executive agreements* e os “tratados internacionais”, são importantes as lições de Medeiros (1995).

⁹ Preâmbulo do TRIPS.

¹⁰ Art. 27 (“Matéria Patenteável”)... “3) Os Membros também podem considerar como não patenteáveis: ... (b) plantas e animais, exceto microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema *sui generis* efi-

caz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC”.

¹¹ Art. 65 (“Disposições Transitórias”) “1 – Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2, 3 e 4, nenhum Membro estará obrigado a aplicar as disposições do presente Acordo antes de transcorrido um prazo geral de um ano após a data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC”. “2 – Um país em desenvolvimento Membro tem direito a postergar a data de aplicação das disposições do presente Acordo, estabelecida no parágrafo 1, por um prazo de quatro anos, com exceção dos artigos 3, 4 e 5”.

¹² Art. 66 (“Países de Menor Desenvolvimento Relativo Membros”) “1 – Em virtude de suas necessidades e requisitos especiais, de suas limitações econômicas, financeiras e administrativas e de sua necessidade de flexibilidade para estabelecer uma base tecnológica viável, os países de menor desenvolvimento relativo Membros não estarão obrigados a aplicar as disposições do presente Acordo, com exceção dos Artigos 3, 4, e 5, durante um prazo de dez anos contados a partir da data de aplicação estabelecida no parágrafo 1 do Artigo 65. O Conselho para TRIPS, quando receber um pedido devidamente fundamentado de um país de menor desenvolvimento relativo Membro, concederá prorrogação desse prazo”.

O art. 3º se refere ao princípio do tratamento nacional, o art. 4º ao princípio da nação mais favorecida e o art. 5º aos acordos multilaterais concluídos sob os auspícios da OMPI.

¹³ Reg. 94/800/EC. O Tribunal de Justiça da União Européia expôs as razões da não auto-executoriedade dos Acordos do GATT, no *leading case* “International Fruit”.

¹⁴ Reg. 40/94.

¹⁵ Reg. 94/824.

¹⁶ Sobre os métodos de incorporação dos tratados aos direitos internos, Cf. Medeiros (1995).

¹⁷ A *proteção* aqui compreende os aspectos que afetem a existência, obtenção, abrangência, manutenção e aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, bem como os aspectos relativos ao exercício dos direitos de propriedade intelectual de que trata especificamente o Acordo TRIPS.

¹⁸ Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969, art. 30 (“Aplicação de Tratados Sucessivos Sobre o Mesmo Assunto”): ... 2 – Quando um tratado estipular que está subordinado a um tratado anterior ou posterior ou que não deve ser considerado incompatível com esse outro tratado, as disposições deste último prevalecerão. 3 – Quando todas as partes no tratado anterior são igualmente

partes no tratado posterior, sem que o tratado anterior tenha cessado de vigorar ou sem que a sua aplicação tenha sido suspensa em virtude do artigo 59, o tratado anterior só se aplica na medida em que suas disposições sejam compatíveis com as do tratado posterior. 4 – Quando as partes no tratado posterior não incluírem todas as partes no tratado anterior: a) nas relações entre os Estados partes nos dois tratados, aplicam-se as regras do parágrafo 3; b) nas relações entre um Estado parte nos dois tratados e um Estado parte apenas em um desses tratados, o tratado em que os dois Estados são partes rege seus direitos e obrigações recíprocos”(…). Art. 59 (“Extinção ou Suspensão da Execução de um Tratado em Virtude da Conclusão de Tratado Posterior”), “1 – Considera-se extinto um tratado quando todas as suas partes concluírem um tratado posterior sobre o mesmo assunto e: a) resultar do tratado posterior ou ficar estabelecido por outra forma que a intenção das partes é regular o assunto por este tratado; ou b) as disposições do tratado posterior forem de tal modo incompatíveis com as do tratado anterior que os dois tratados não possam ser aplicados ao mesmo tempo. 2 – A execução do tratado anterior é considerada apenas suspensa quando se depreender do tratado posterior ou estiver estabelecido de outra forma que essa era a intenção das partes”.

¹⁹ Conforme o art. 1 do TRIPS (“Disposições Gerais e Princípios Básicos”).

²⁰ Sobre as relações dos tratados internacionais e o direito interno, recomendamos: RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Rio de Janeiro, n. 45-46, dez./jan. 1967; REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984; BAPTISTA, Luiz Olavo. Inserção dos tratados no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 132, ano 33, out./dez. 1996, p. 71-80; RODAS, João Grandino. *A publicidade dos tratados internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

Bibliografia

ACTUS du Colloque de Nice. *La réorganisation mondiale des échanges: problèmes juridiques*. Société Française Pour le Droit International, Paris: Pedone, 1996.

BAPTISTA, Luiz Olavo. A nova lei e o TRIPS. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, Rio de Janeiro, p. 14-18. Edição publicada como anais do XVI Seminário Nacional de Propriedade Intelectual ocorrido em São Paulo em 1996.

- _____. *Empresa transnacional e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- BARBOSA, Denis. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. v. 1.
- CASELLA, Paulo; MERCADANTE, Araminta (Org.). O acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual. In: *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio*. São Paulo: LTr, 1998. p. 627.
- CERVIÑO, Alberto; PRADA, Cerro. *GATT y propiedad industrial*. [S. l.: s. n.], [19-?].
- CORREA, C. M. *Acuerdo TRIPS: régimen internacional de la propiedad intelectual*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998. p. 28-29.
- COSTA, Lígia. *OMC: manual prático da rodada do Uruguai*. São Paulo: Saraiva, 1996, 174 p.
- DREYFUSS, Rochelle Cooper; LOWENFELD, Andreas F. Two achievements of the Uruguay round: putting TRIPS and dispute settlement together. *Virginia Journal of International Law*, Virginia, v. 37, n. 2, 1997, p. 275-367. Edição do Symposium Intellectual Property Law in the International Market Place.
- URUGUAY ROUND (1987-1994). Trade Negotiations Committee. *"The Dunkel draft" from the GATT Secretariat: draft final act embodying the results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, 20 December 1991. Buffalo, N.Y.: W.S. Hein, 1992.
- FLORY, Thiébaud. *La communauté européenne et le GATT: évaluation des accords du cycle d'Uruguay*. Rennes: Apogée, 1995.
- GERVAIS, Daniel. *The TRIPS agreement: drafting history and analysis*. [S. l.: s. n.], [19-?].
- KHAVAND, Fereydoun A. *Le nouvel ordre commercial mondial: du GATT à l' OMC*. Paris: Nathan, 1995.
- LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- LORENZO, Tomas de Las Heras. *El agotamiento del derecho de marca*. Madrid: Montecorvo, 1994. p. 477.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Frabis, 1995.
- MESSERLIN, Patrick. *La nouvelle Organisation Mondiale du Commerce*. Paris: Dunod, 1995.
- NETANEL, Neil W. The next round: The impact of the WIPO copyright treaty on TRIPS dispute settlement. *Virginia Journal of International Law*, Virginia, v. 37, n. 2, p. 441-503, 1997. Edição do Symposium Intellectual Property Law in the International Market Place.
- RAINELLI, Michel. *L' Organisation Mondiale du Commerce*. Paris: La Découverte, 2002. 122 p.
- REALE, Miguel. Aplicação da convenção de Paris no Brasil. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, Rio de Janeiro, p. 17-23, 1982. Edição publicada como anais no II Seminário Nacional de Propriedade Industrial ocorrido no Rio de Janeiro em 1982.
- ROSSEAU, Charles. Principes de droit international public. *Recueil des Cours*, Leyde, v. 93, p. 24-548, 1958.
- SOARES, Guido. O Tratamento da propriedade intelectual no sistema da Organização Mundial do Comércio: uma descrição geral do acordo TRIPS. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 98-119, out. 1995.
- URUGUAY ROUND (1987-1994). Trade Negotiations Committee. *"The Dunkel draft" from the GATT Secretariat: draft final act embodying the results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, 20 December 1991. Buffalo, N.Y.: W.S. Hein, 1992.
- ZUCCHERINO, Daniel; MITELMAN, Carlos. *Marcas y patentes en el GATT: régimen legal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

A obrigatoriedade do tratado na ordem interna

Mirtô Fraga

Sumário

1. Situação constitucional da matéria. 1.1. A aprovação pelo Legislativo. 1.2. A promulgação pelo Executivo. 2. A posição da jurisprudência. 3. Conclusão.

A característica instabilidade das instituições políticas da América Latina, como não podia deixar de ser, atingiu, também, o Brasil que, desde sua independência até os dias atuais, teve sua organização político-jurídica determinada por sete Constituições e uma Emenda nº 1, de 1969, que quase pode ser considerada uma nova Carta, tais foram o número e o alcance das reformas por ela instituídas.

Apesar do número excessivamente alto das Constituições que regeram e têm regido o País, em cento e cinquenta e seis anos de independência, não obstante a baixa média da sua vigência — sobretudo se se reportar apenas ao período republicano —, verificar-se-á que pouca, ou nenhuma, foi a evolução, no que respeita ao disciplinamento das relações entre o direito interno e o Direito Internacional, salvo, é verdade, um avanço na Constituição de 1988: vejam-se, por exemplo, arts. 4º, 5º, §§ 1º e 2º.

Aqui, após negociado e assinado pelo Poder Executivo, o tratado deve ser aprovado pelo Poder Legislativo, podendo, então, ser ratificado por aquele e os instrumentos de ratificação são trocados (tratados bilaterais) ou depositados perante o depositário.

Após a sua conclusão, é promulgado pelo Presidente da República, por intermédio de decreto, publicado no Diário Oficial da União. Não se pode concluir que o Brasil adota uma ou outra forma de tornar obrigatório o tratado, sem uma análise do que dispõe, a respeito do assunto, a Lei Maior. A promulgação mesma do tratado, a necessidade ou a dispensa dessa providência, o valor que lhe deve ser atribuído e a própria aprovação do tratado pelo Poder Legislativo devem, também, ser estudados à luz dos comandos constitucionais, para, então, concluir-se, ou não, pela obrigatoriedade de aplicação da norma convencional, na ordem interna. Este trabalho será subdividido em duas partes: a primeira estudará a situação constitucional do problema e a segunda, a posição do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista sua jurisprudência.

1. Situação constitucional da matéria

A Constituição Imperial de 1824 nada dispunha sobre a aplicação de tratado pelo Poder Judiciário. Aliás, foi de todas as nossas Cartas a que menos referência fez aos atos internacionais. Ao Imperador competia a representação do Estado, podendo celebrar tratados que só, excepcionalmente, deveriam receber aprovação legislativa.

A primeira Constituição Republicana, promulgada em 24/02/1891, outorgava competência ao Supremo Tribunal Federal para “julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos juízes e tribunais federais” (art. 59, 2), aos quais competia conhecer das “ações movidas por estrangeiros e fundadas (...) em convenções ou tratados da União com outras nações” (art. 60, “f”). Ao Supremo Tribunal Federal competia, ainda, conhecer do recurso interposto de sentença, em última instância, da justiça do Estado Membro, quando se questionasse “sobre a validade, ou a aplicação, de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado” fosse “contra ela” (art. 59, § 1º, “a”).

As Constituições posteriores mantiveram orientação semelhante, com pequenas modificações. Assim, competia ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros tribunais¹, quando a decisão recorrida: a) fosse contra a letra de tratado ou lei federal (Const. de 1934², 1937 e 1946); b) negasse vigência de tratado ou lei federal (Const. de 1967), na redação primitiva e na resultante da Emenda nº 1/69, sobre cuja aplicação se haja questionado (Const. de 1934 e 1937). De igual forma, a Constituição de 1988 confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros tribunais quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (art. 102, III, “b”). Relativamente à competência da Justiça Federal para processar e julgar as causas fundadas em tratado firmado pelo Brasil, as Constituições de 1937 e 1946 nada dispunham, uma vez que não mantiveram a Justiça Federal, reorganizada, posteriormente, com o Ato Institucional nº 2, de 27/10/1965, que, entre outras providências, deu nova redação ao art. 105. A Constituição de 1988 outorgou competência aos Juízes federais para julgar causas: a) entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil (art. 109, II); b) as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (art. 109, III). Ao Superior Tribunal de Justiça, o constituinte de 1987-1988 conferiu competência para julgar, em recurso ordinário, as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, Município ou pessoa domiciliada ou residente no País (art. 105, II, “c”), e, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios, quando a decisão recorrida contrariar

tratado ou lei federal ou negar-lhe vigência (art. 105, III, “a”).

Todas as nossas Constituições republicanas fazem referência à aplicação de tratado *pelos* tribunais. Em conseqüência, pergunta-se: adotou o Brasil a teoria da incorporação imediata do Direito Internacional convencional no direito interno? Há necessidade de atos legislativos que integrem, no sistema jurídico brasileiro, a matéria contida no tratado? Ou, em outras palavras, após o tratado, há necessidade de lei, de um ato típico do Poder Legislativo, dispondo sobre o assunto, objeto do compromisso firmado? Em suma, o Poder Judiciário brasileiro aplica o tratado ou aplica disposição legislativa interna?

A resposta a tais indagações requer uma prévia análise sobre questões diversas.

O tratado não se confunde com a lei — é um ponto pacífico na doutrina e na jurisprudência. Têm eles processos de elaboração diversos e, para a conclusão do primeiro, indispensável se torna a vontade concordante de, pelo menos, um outro Estado. A lei emana de fonte interna, dos Poderes Legislativo e Executivo — lei no sentido restrito —, destinando-se a aplicação interna, embora possa incidir sobre fatos ocorridos externamente. O tratado é a exteriorização da vontade concordante de dois ou mais Estados. Se, a princípio, destinava-se a regular, apenas, as relações interestatais, hoje, sua finalidade específica, muitas vezes, é, justamente, regular as relações individuais no âmbito interno de cada Estado co-contratante, isto é, estabelecer uma legislação uniforme a respeito de determinado assunto, uniforme, ainda que só em relação aos dois co-contratantes, se não se tratar de ato multilateral.

Fazendo expressa referência à aplicação da norma convencional pelos tribunais, as nossas Constituições, implicitamente, determinam a sua aplicação sem a exigência de uma lei que disponha sobre a mesma matéria nele contida. Se outro fosse o entendimento, diversa seria a disposição constitu-

cional. Ter-se-ia estabelecido, expressamente, a competência do Poder Legislativo para elaborar leis sobre os *tratados regularmente concluídos* pelo Poder Executivo. Mas, ao Congresso compete, apenas, aprová-los.

Para melhor explanação, subdividir-se-á este trabalho em duas partes, abordando-se a aprovação legislativa e o decreto de promulgação do Executivo.

1.1. A aprovação pelo Legislativo

No Brasil, apesar do pequeno número de dispositivos constitucionais sobre os atos que obrigam, internacionalmente, o Estado, a questão não apresenta a dificuldade que se observa nos Estados Unidos da América, onde o tratado é aprovado, apenas, pelo Senado. Aqui, as Constituições Republicanas sempre exigiram a aquiescência das duas Casas para que o acordo consubstanciado no tratado pudesse ser concluído. Emprega-se, neste trabalho, o vocábulo *tratado* no sentido amplo, compreendendo a convenção, o pacto, o acordo, enfim, qualquer ajuste internacional.

Aprovando o tratado assinado pelo Executivo, o Congresso dá seu assentimento para que se conclua o ato internacional, ao mesmo tempo que exterioriza, é evidente, sua aquiescência à matéria nele contida. A *aprovação* do tratado obedece *quase* ao mesmo processo de tramitação das leis, dele divergindo em dois pontos: por não comportar emendas; por ser promulgada pelo Presidente do Senado³, sem necessidade de sanção do Presidente da República. A aprovação é feita por Decreto Legislativo. Embora tal ato se compreenda no processo legislativo⁴, não tem ele o condão de transformar o acordo *assinado* pelo Executivo em norma a ser observada, quer na órbita interna, quer na internacional. Se é da competência exclusiva⁵ do Congresso Nacional “*resolver definitivamente* sobre os tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, não se pode, entretanto, dar à expressão, em grifo, valor acima de seu real

alcance. Constitucionalmente, o Executivo só pode *concluir*, vale dizer *ratificar* o tratado, ou a ele aderir, mediante prévia autorização do Congresso. Pode, todavia, assiná-lo, celebrá-lo *ad referendum* do Poder Legislativo. Concedida a aprovação, não fica, porém, o Chefe do Executivo obrigado à sua ratificação. É que a palavra final, aí, deverá ser do Presidente da República a quem compete, como órgão representativo do Estado, nas relações internacionais, celebrar tratado, obrigando o Brasil (Const. 1988, art. 84, VIII). A manifestação do Congresso só é definitiva se concluir por negar aprovação ao texto⁶, quando, então, o Presidente da República estará impedido de concluir o acordo, não podendo, pois, ratificá-lo. Em síntese, “resolver definitivamente sobre tratados, acordos...” compreende a competência do Congresso para (a) autorizar (aprovar) a conclusão do tratado (isto é, sua ratificação pelo Executivo) ou (b) negar autorização para que o ato internacional (bi ou multilateral) seja concluído. Por dever de justiça, devo registrar que parece ter sido Rezek (“As relações...”) o primeiro autor brasileiro a perceber, com nitidez, o verdadeiro significado da expressão “resolver definitivamente sobre tratados...”. Isso aconteceu há mais de um quarto de século. Depois dele, e seguindo suas pegadas, esta autora⁷, em 1978. Depois vieram, entre os mais renomados, Grandino Rodas em 1980 e 1991 e Cachapuz de Medeiros em 1995. Outros autores, até hoje, ainda não apreenderam o alcance do citado dispositivo (MAGALHÃES, 2000).

A intervenção do Legislativo, na conclusão de tratado, opera-se, sobretudo, na função fiscalizadora que ele exerce sobre os atos do Executivo. E, embora, ao autorizar a ratificação, esteja, também, dando sua aquiescência à matéria contida no ato internacional, não há, nessa aprovação, uma atividade legislativa capaz de gerar uma norma interna e, menos ainda, de transformar o tratado em direito interno a ser aplicado pelo Tribunal. Isso só acontece com a promulga-

ção, data em que, geralmente, entra em vigor⁸ na *ordem interna*, como veremos mais adiante. A *aprovação do Legislativo* é, apenas, uma etapa, *uma fase do processo de formação do ato internacional*. Ela é um requisito de validade, sem o qual a ratificação não produzirá o efeito de obrigar o Estado internacionalmente; mas, também, como adiante será demonstrado, tem outra característica. Embora siga quase o mesmo processo destinado a gerar a lei, o decreto-legislativo, que aprova o tratado, não pode ser a ela equiparado. A lei, em sentido estrito, é ato conjunto do Legislativo e do Executivo, isto é, exige a participação de ambos os Poderes, para converter-se em norma obrigatória depois de publicada. O decreto-legislativo se distingue da lei (a) pela matéria; (b) por concluir-se com a aprovação, não sendo suscetível nem de sanção, nem de veto; (c) por ser promulgado pelo Presidente do Senado (C.F., 1988, arts. 48, 49, I, c.c. RI/SF, art. 213, II, RI/CD, art. 109, II). Já era assim na Constituição anterior (art. 59, § 6º e 44, I, C.F./67, com a Emenda nº 1/69, art. 48, c.c. arts. 49, I, e 65).

Na América Latina (cf. REZEK, 1970, p. 70-71), três são as formas pelas quais o Poder Legislativo aprova o tratado assinado pelo Executivo, para que este o possa ratificar: a) por uma lei – projeto do Executivo votado, primeiro, no Senado e, depois, na Câmara dos Deputados, com audiência da Comissão de Relações Exteriores (Chile, Colômbia e Venezuela); b) por uma simples resolução do Senado, ouvida, também, a Comissão de Relações Exteriores, exigindo-se maioria simples (México e Equador) ou dois terços dos votos dos senadores presentes (Estados Unidos da América); c) por um decreto legislativo (Brasil e Honduras).

Na vigência da Constituição de 1891, a aprovação do tratado se fazia por uma resolução do Congresso, sancionada por decreto do Presidente⁹. Isso porque, ao contrário do que hoje se observa, ao Chefe do Executivo Federal competia, privativamente, “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e

resoluções do Congresso; expedir decretos, instruções e regulamentos para a sua fiel execução” (art. 48, 1º).

Apesar da prática constatada, Accioly¹⁰ se refere ao Decreto Legislativo nº 4.750, de 17/11/1923, aprovando a adesão brasileira ao “Ajuste Relativo à Conservação ou Restabelecimento dos Direitos de Propriedade Industrial, Atingidos pela Guerra”. A adesão se verificara em 09/10/1920, *ad referendum* do Congresso Nacional, tornando-se definitiva após ser aprovada, aprovação essa que foi comunicada à legação suíça, no Rio de Janeiro, por nota de 22/11/1923. Houve engano do autor, eis que não se tratava de decreto legislativo, mas de decreto do Presidente da República, sancionando a resolução do Congresso, que aprovara o ajuste.

A Constituição de 1934 simplificou a aprovação do tratado ao estabelecer a sanção e a promulgação, apenas, para as leis (art. 56, 1º), assim entendidas aquelas que se enquadrassem no art. 39, nº 1. Ora, a aprovação do tratado pelo Congresso não se compreendia aí, mas no art. 40, alínea “a”, dispondo o seu parágrafo único que “as leis, decretos e resoluções do Poder Legislativo” seriam “promulgados e mandados publicar pelo Presidente da Câmara dos Deputados”, à qual competia o exercício do Poder Legislativo, com a colaboração do Senado Federal adstrita a certas matérias, entre as quais, a aprovação de tratados e convenções (art. 22 c.c. art. 91, I, “f”).

Com a implantação do Estado Novo, outorgou-se a Carta de 10/11/37, sobre a qual a análise será mais sumária, por não ter sido jamais cumprida. O Chefe de Estado acumulava as funções executivas e legislativas. Apesar disso, houve certa coerência relativamente à conclusão de tratado: após sua assinatura, era aprovado por decreto-lei e, em seguida, ratificado, sendo, posteriormente, promulgado por decreto. Digo certa coerência, porque o art. 180 outorgava ao Presidente da República o poder de “expedir decretos-leis sobre todas as

matérias da competência legislativa da União”, enquanto não se reunisse o Parlamento Nacional, eis que a dissolução de todos os órgãos federais, estaduais e municipais do Poder Legislativo havia sido decretada. Assim, pelo decreto-lei, o Presidente aprovava, como órgão legislativo, o tratado que ele, ou outrem em seu nome, assinara; em seguida, por meio de agentes do Executivo, ratificava-o, para, depois, como Chefe do Executivo, promulgá-lo por decreto¹¹.

Após o término da ditadura, com a Constituição de 1946, até o presente, a aprovação de tratado segue a prática da Constituição de 1934, com a promulgação do decreto legislativo pelo Presidente do Senado.

1.2. A promulgação pelo Executivo

Após a aprovação do Congresso, se ratificado, o acordo firmado entra, na data nele estipulada, em vigor na ordem internacional. No Brasil, entretanto, após a *conclusão* do ajuste, é ele promulgado pelo Chefe do Executivo, por meio de decreto. É o que se vem observando, desde 1826. *Expressa e taxativamente*, não houve, e não há, nenhum dispositivo constitucional determinando esse procedimento. Em 29 de agosto de 1825, Brasil e Portugal assinaram o *Tratado de Paz e Amizade*, reconhecendo o segundo a independência do primeiro. As ratificações ocorreram em 30 de agosto e 15 de novembro, respectivamente, por parte do Brasil e de Portugal. Em 10/04/1826, o Imperador promulgou, por decreto, o tratado, cujo texto com ele se publicou, com expressa ordem de ser observado e executado¹².

Apesar da prática adotada, alguns ajustes não foram promulgados. Entre outros, os seguintes (OLIVEIRA, 1912, v. 1, p. 101, 165-166, v. 2, p. 319; ACCIOLY, 1927, p. 77, 252, 255):

a) em 08/01/1826, *Tratado de Amizade, Navegação e Comércio entre Brasil e França*, ratificado pelo primeiro, mediante a Carta de Lei de 06/06/1826 e, pelo segundo, em 19/03/1826. Denunciado pelo Brasil em 13/04/1907;

b) em 12/10/1851, *Tratado de Subsídio*, assinado no Rio entre Brasil e Uruguai e ratificado, respectivamente, em 13/10/1851 e 04/11/1851, com troca de instrumentos em 11/11/1851;

c) em 23/10/1851, *Tratado de Comércio, Navegação e Limites*, assinado em Lima pelo Brasil e Peru, ratificado, respectivamente, em 18/03/1852 e 01/12/1851, com troca de instrumentos, em 18/10/1852;

d) em 12/10/1851, tratado firmado com o Uruguai, no Rio de Janeiro, para entrega recíproca de criminosos e desertores e para devolução de escravos. Ratificado pelo Brasil em 13/10/1851 e pelo Uruguai em 04/11/1851, com troca de instrumentos em 11/11/1851. Denunciado pelo Brasil em 15/05/1903;

e) em 12/10/1851, *Tratado de Limites*, com o Uruguai; ratificação por este em 04/11/1851 e pelo Brasil, em 13/10/1851; troca de instrumentos em 11/11/1851;

f) em 03/12/1903, *Convenção Sanitária Internacional*, multilateral, assinada em Paris, com aprovação sancionada pelo Decreto nº 1308, de 28/12/1904, etc.

É verdade que tais tratados são muito antigos, assinados, alguns deles, logo após a independência, quando não havia, então, estrutura alguma para estabelecer-se um processo uniforme. Desses atos mencionados, muitos foram cumpridos durante mais de cinquenta anos; o primeiro, por oitenta e um anos. E naquela época já se adotava a técnica de promulgação por decreto do Executivo. Esse decreto, com o texto do tratado em apenso, integrava, como hoje, a *Coleção das Leis*.

Pensa-se que a promulgação por decreto foi, apenas, uma prática adotada na vigência da Constituição de 1891 e seguida até hoje, sem nenhum amparo na Lei Maior. Entendo, porém, de forma diversa. Na ordem jurídica brasileira, há normas que emanam, apenas, dos órgãos internos, mas há, também, regras que, entendidas, comumente, só de Direito Internacional, exigem, para sua conclusão, além da vontade concordan-

te de, pelo menos, um Estado, a colaboração dos mesmos órgãos legislativos. Em outras palavras, duas são as fontes de direito no nosso sistema jurídico positivo: (a) os tratados, convenções ou ajustes internacionais e (b) os atos legislativos – seja na forma ou na matéria – internos. Quando a Constituição de 1891 outorgou ao Presidente da República a competência para *promulgar leis*, bem como as resoluções do Congresso Nacional e, ainda, expedir decretos para sua fiel execução, referia-se ela, certamente, à *lei*, no sentido amplo de *fonte positiva de direito*. De outra forma, como entender-se pudesse o Executivo expedir regulamento para execução de um tratado ou, como hoje, também, de um decreto-lei? No sentido estrito, lei é o ato normativo elaborado pelo Poder Legislativo, com a sanção do Executivo. No sentido amplo, é toda norma capaz de gerar direitos e obrigações, é fonte positiva de direito gerada pelo processo próprio estabelecido. A *promulgação* não integra o processo legislativo, sendo-lhe *posterior*. Ela é o atestado de que uma norma existe, tendo sido cumpridas as formalidades exigidas para que fosse concluída. Quando, por exemplo, o Presidente sanciona um projeto de lei aprovado pelo Legislativo, completa-se, por esse ato, sua elaboração, devendo ser a lei promulgada e publicada. A promulgação nesse caso não é expressamente mencionada na publicação. Se, porém, a sanção é tácita, com o silêncio do Executivo, no prazo determinado, o projeto se converte automaticamente em lei, da mesma forma quando ocorre a rejeição pelo Legislativo do veto presidencial. Nesses dois casos, porém, há necessidade de promulgação expressa, uma vez que, aí, não há prova de autenticidade do ato normativo. É o que se promulga já é lei – sentido amplo – antes mesmo da promulgação. (V. Const. 1824, arts. 101, § 3º; 102, § 12; 68 e 69).

Em abono à afirmativa de que as Constituições brasileiras, quando se referem à promulgação de *lei*, fazem-no emprestando a este vocábulo o sentido amplo de *fonte posi-*

tiva de direito, que não se completa apenas com sanção presidencial, cito o § 6º do art. 59, da Carta de 1967, com redação da Emenda nº 1/69 e outras posteriores – e os correspondentes, das anteriores – em que se expressa que “nos casos do artigo 44, após a aprovação final, a *lei* será promulgada pelo Presidente do Senado Federal”. Ora, o art. 44 se refere a matéria de competência *exclusiva* do Congresso Nacional e não comporta sanção ou veto; em consequência, não se trata de lei no sentido estrito. Da mesma forma, a Constituição atual, de 1988, no art. 48, *caput*, confere ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, atribuições para dispor sobre todas as matérias de competência da União, mas dispensa a sanção, isto é, a colaboração do Executivo, em determinados casos, entre os quais a aprovação de tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Parece ser esse, também, o entendimento de Rezek ao afirmar que, até 1934, a aprovação do tratado, no Brasil, se fazia por “uma lei que devia ser sancionada pelo Presidente, por meio de um decreto, antes da ratificação e procedimentos ulteriores, aí contido o decreto de promulgação” (REZEK, 1973, p. 70-71). Se o texto da Constituição de 1891 (art. 37, § 3º c.c. art. 48, 1º) e a prática mostraram que a aprovação se fazia por resolução do Congresso, sancionada por decreto presidencial, a interpretação a ser dada à palavra *lei*, seja na transcrição supra, seja no próximo texto constitucional, deve ser ampla e não restrita.

Tenho, portanto, como certo, que a *promulgação do tratado por decreto não é mera prática brasileira, encontrando, pois, arrimo em comando constitucional*.

E qual o valor dessa promulgação? Terá o decreto o poder de transformar, em norma interna, o que se convencionou no ato internacional? Aplicar-se-á, em consequência, direito interno em vez de Direito Internacional? Entendo que não. O decreto de promulgação é o *atestado* de existência de uma re-

gra jurídica, regularmente concluída, em obediência ao processo específico, instituído na Lei Maior. Se a promulgação não integra o processo legislativo (RUSSOMANO, 1976, p. 138-139; SILVA, 1964, p. 217-218; FERREIRA FILHO, 1970, p. 122-123, 1968, p. 213-214), se, ao contrário, ela lhe é posterior – o que se promulga já é lei –, não se pode, logicamente, afirmar que o tratado promulgado por decreto do Executivo deixa, no âmbito interno do Estado, de ser Direito Internacional, para ser disposição legislativa interna. O que acontece é o seguinte: assinado o tratado, aprovado pelo Legislativo, ratificado pelo Executivo, ele passa, conforme o que se estabeleceu no seu próprio texto, a vigorar na órbita internacional. Os indivíduos, porém, para acatá-lo e os Tribunais para aplicá-lo precisam ter conhecimento de que ele existe. Pela promulgação, o Chefe do Poder Executivo apenas declara, atesta, solenemente, que foram cumpridas as formalidades exigidas para que o ato normativo se completasse. Mas, como afirma José Afonso da Silva (1964, p. 217-218), *fazer saber* que há uma norma jurídica pouco adiantaria se não se divulgasse tal comunicação. Isso se faz com a publicação. E como é ela que dá conhecimento a todos da existência da norma recém-formulada, e como só se é obrigado à norma que se conhece (a publicação faz presumir conhecimento), o tratado só é obrigatório a partir da data de inserção, no Diário Oficial da União, do decreto de promulgação, contendo em apenso o tratado.

Uma vez publicado, com o decreto, o tratado deve ser observado pelos particulares e aplicado pelos Tribunais. Na afirmativa de Rousseau (19--?, p. 403), o tratado é obrigatório, em virtude de ratificação; executório, em face da promulgação; aplicável, em consequência da publicação.

Após as providências supracitadas, as normas contidas no ajuste são aplicadas como Direito Internacional e não direito interno, sem necessidade de qualquer providência legislativa, dispondo, em outra nor-

ma, sobre a matéria do tratado. A promulgação não transforma o Direito Internacional em direito interno. Daí por que nossas Constituições sempre se referiram à aplicação do *tratado* pelos tribunais. A Lei Maior reconhece, ao lado das leis — sentido estrito —, outras fontes de direito: o decreto-lei antes da Constituição de 1988; a medida provisória (com a Constituição atual); o tratado; a própria emenda constitucional, que não é lei, no sentido mais estrito, entre outras. Os processos de elaboração dessas fontes de direito são estabelecidos pela própria Carta, divergindo uns dos outros, pelo menos em alguns pontos. A medida provisória (e, antes dela, o decreto-lei) e o decreto legislativo são atos próprios, respectivamente, do Executivo e do Legislativo e não precisam ser promulgados. A lei, no sentido estrito, exige a participação de ambos. Se essa participação não se evidencia (sanção tácita e rejeição de veto), é necessário que se ateste o cumprimento das exigências constitucionais, mediante promulgação. Da mesma forma, no que se refere ao tratado, embora existente, completamente concluído, encerrada sua elaboração, deve-se atestar o preenchimento das condições constitucionais: a aprovação legislativa, a ratificação, a troca dos instrumentos que o consubstanciam. Como fonte de direito que é, como lei no sentido amplo, deve ser promulgado e publicada essa promulgação, como determina o art. 81, III, da Constituição, por exemplo, de modo expresso, taxativo, de 1969, com redação da EC nº 1/69 (e os correspondentes, das anteriores).

Cumpridas as exigências da Lei Maior, o tratado, se for auto-executório, deve ser, imediatamente, aplicado. Caso contrário, também em obediência a comando constitucional, será preciso expedir regulamento para sua fiel execução.

A respeito do assunto, em parecer que mereceu a aprovação do Chefe da Nação, Adroaldo Mesquita da Costa (1968, p. 8420-8428), então Consultor-Geral da República, analisa a questão, relativamente às Conven-

ções de Genebra sobre as Leis Uniformes. Lembra ele a discussão travada na Assembleia Constituinte, que promulgou a Constituição de 1946, em torno do art. 165, § 2º do projeto, segundo o qual “os Tratados e Convenções que celebrar na forma dessa Constituição passarão a fazer parte da legislação interna”. Procurou, como constituinte, demonstrar a inutilidade do dispositivo: o art. 35, I, do projeto (que se converteu no art. 66, I, da Carta) estabelecia a competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver, definitivamente, sobre os tratados e convenções firmados pelo Presidente da República e o art. 40 (que se converteu no art. 71, com a competência do Presidente do Senado para a promulgação) era expresso no sentido de que, nos casos do art. 35, o processo legislativo se considerava encerrado, com a aprovação da *lei* (no sentido amplo, por tratar-se de decreto legislativo), que deveria ser promulgada pelo Presidente da Casa onde teve início. Com esses dispositivos, entendeu Adroaldo Mesquita da Costa que a simples promulgação pelo Legislativo incorporava o tratado no sistema jurídico interno, eis que as duas Casas do Congresso sobre ele se haviam manifestado. E, na verdade, conseguiu a rejeição do artigo criticado. Discordo, entretanto, da conclusão final do ex-Consultor. A promulgação pelo Legislativo não encerra o processo de elaboração do ajuste internacional. Uma coisa é o decreto legislativo promulgando a decisão do Congresso, que aprova o tratado e autoriza, em última análise, sua ratificação pelo Executivo. A promulgação, aí referida, encerra uma das fases de formação do tratado¹³, que se conclui com a troca dos instrumentos de ratificação. A promulgação, que confere força executória ao acordo entre Estados, é feita pelo Presidente da República. Este atesta o cumprimento das formalidades exigidas, dando conhecimento a todos da existência da norma jurídica recém-concluída¹⁴.

A doutrina, na sua grande parte (ACCIO-OLY, 1956, p. 49; 199-?, p. 30-33; MELLO, p.

103; REBELO, 199-?, p. 69-71; SILVA, 199-?, p. 50-59), admite que o tratado se torna obrigatório, no âmbito interno, pela promulgação. Autores (CASTRO, 1956. p. 132; entre outros) há, porém, que, assim não entendem.

A discussão foi reavivada quando da promulgação das Convenções de Genebra sobre as Leis Uniformes. Enquanto alguns (COSTA, 1968, p. 8420-8428; MERCADO JUNIOR, 1966, p. 115-132; BARRETO FILHO, 1967, p. 7-16; REQUIÃO, 1971, p. 13-28) admitiam sua plena vigência, outros (BATALHA, 1961, p. 32; CAMPARATO, 1968, p. 48-57) não as consideraram fonte de direito, entendendo-as, quando muito, como normas programáticas.

Entre os autores que negaram vigência interna às Leis Uniformes, destaco Whitaker (1967, p. 7), cujo pensamento, abaixo transcrito, merece algumas observações.

“A competência para tal aprovação, segundo a Constituição vigente, era *exclusiva* do Congresso Nacional (art. 66), e o decreto que a promulgou foi, por isso, assinado pelo Vice-Presidente do Senado, em exercício, Camilo Nogueira da Gama, em 08 de setembro de 1964. Com este Decreto, cumpriram-se todas as formalidades constitucionais para ‘adoção’ do Convênio de Genebra, isto é, para sua conversão em lei, e votada regularmente pelo Congresso Nacional.

Apesar, porém, desta evidência, o Presidente da República, em 24 de janeiro de 1966, promulgou de novo o que já estava promulgado e, assim, como Chefe do Poder Executivo, atribuiu a este o direito de julgar ato próprio, usurpando função *exclusiva* do Poder Legislativo.

Decreto expedido por Poder incompetente é decreto nulo, incapaz de qualquer efeito prático. Conseqüentemente, o que está em vigor é unicamente o decreto do Congresso aprovando o Convênio para sua *adoção*, isto é, para sua transformação em lei,

com as correções por ele próprio permitidas e inserção na Lei Uniforme de dispositivos essenciais que nela faltam, como, por exemplo, o da anulação das letras extraviadas, de óbvia importância prática.”

Não tem razão o autor. A aprovação pelo Legislativo ocorreu na vigência da Constituição de 1946 e, em face dela, deve ser analisada a questão, embora, nesse particular, não haja divergência, nem nas anteriores (à exceção da Carta de 1937), nem nas posteriores.

Dessa forma, se ao Congresso Nacional competia “*resolver definitivamente* sobre os tratados e convenções celebrados pelo Presidente da República”, a expressão em grifo não pode ter alcance superior ao previsto no contexto da Lei Maior. A interpretação não pode ser isolada, devendo expressar não a literalidade individualizada de um dispositivo, mas, apenas, o que nele, realmente, contém-se, respeitando-se, nessa interpretação, outros comandos, sem o que impossível será descobrir-se o espírito do todo. A exegese, tão-somente literal, leva muitas vezes ao absurdo, a um conflito intransponível. Em conseqüência, a expressão em debate deve ser entendida em termos, conforme a orientação de Rezek, já exposta.

O tratado comporta diversas fases, para sua formação, e, além delas, outras complementares: a) negociação, concluída com a assinatura; b) aprovação pelo Congresso, encerrada com o decreto legislativo; c) ratificação, efetivada com a troca dos instrumentos que a consubstanciam; d) promulgação, pelo Presidente da República e e) publicação. Com a simples concordância do Congresso, completa-se, apenas, uma das fases de sua elaboração. O decreto-legislativo é autorização ao Executivo para *concluir* o acordo e é a aquiescência do Congresso à matéria nele contida. O Presidente do Senado promulgou, por meio do decreto legislativo, apenas a *aprovação*, pelas duas Casas, dos textos das Convenções.

Assim, é incorreto dizer que o Presidente da República “promulgou de novo o que já estava promulgado”. Após a aprovação do Legislativo, cumpridas as demais formalidades (ratificação, troca de instrumentos, depósito desses instrumentos), competia ao Chefe do Executivo promulgar as Convenções. Não usurpou nenhuma função nem atribuiu a si competência para julgar ato próprio. Expediu os decretos, no exercício de competência própria. Conseqüentemente, não se trata de atos praticados por Poder incompetente.

O decreto-legislativo, sem o decreto de promulgação do Presidente da República, após as demais formalidades (ratificação ...), nenhum valor normativo possui, nesse caso, segundo a corrente predominante no Brasil. Não é necessário que o Poder Legislativo elabore novo ato, uma lei, repetindo o texto do tratado para que ele passe a ter vigência na ordem interna. De acordo com nosso Direito, no Brasil, basta o decreto do Chefe do Poder Executivo promulgando o tratado.

Em conclusão, no Brasil, o tratado, regularmente concluído, é fonte de direito, e deve, como qualquer fonte positiva, ser promulgado pelo Poder competente, no caso, o Executivo, publicando-se, em seguida, essa promulgação para conhecimento de todos, após o que será obrigatório. Os tribunais, ao aplicar disposições convencionais, aplicam o próprio tratado e não um ato legislativo interno.

2. A posição da jurisprudência

O Supremo Tribunal Federal tem entendido ser necessária a promulgação para que o tratado tenha força executória na ordem interna. O decreto do Presidente da República atestando a existência da nova regra e o cumprimento das formalidades requeridas para que ela se concluísse, com a ordem de ser cumprida tão inteiramente como nela se contém, confere-lhe força executória, e a publicação exige sua observância por todos: Governo, particulares, Judiciário.

A questão não comportava discussão, por ser pacífica. E, em muitos julgamentos, o Pretório Excelso não analisou o problema, limitando-se a deixar expresso que o tratado fora promulgado por decreto do Presidente da República.

Assim, no julgamento do Recurso de Habeas-Corpus nº 2.280, de 1905¹⁵, impetrado por Fernando Mendes de Almeida Junior, a favor de Luigi Vicenzo Giovannetti, visando a impedir que se efetivasse sua extradição, já concedida pelo Governo Brasileiro à Itália, por duas vezes, o Supremo Tribunal Federal se referiu à promulgação do tratado celebrado pelos dois países:

“Considerando, pois, que convém verificar se a extradição, de que se trata, é concedida na forma estabelecida pelo tratado entre o Brasil e a Itália, *aprovado* pelo Dec. nº 5.274 de 3 de maio de 1873...” (grifo da transcrição).

A palavra em grifo foi empregada na sessão de 07/06/1905, certamente por descuido, e na sessão de 14 seguinte, usou-se a terminologia adequada:

“Considerando que a requisição da prisão foi feita por via diplomática e nos precisos termos do Tratado existente entre o Brasil e o Reino da Itália, *promulgado* pelo Decreto nº 5.274 de 3 de maio de 1873, ainda em vigor...” (grifo da transcrição).

E, em geral, assim tem sido a orientação da Corte Suprema: a referência a certo tratado é seguida do decreto de promulgação. Em um ou outro caso, porém, em seus votos, os Ministros fazem menção expressa à exigência da promulgação. Nesse sentido, o Ministro Philadelpho Azevedo, no julgamento da Apelação Cível nº 7.872¹⁶:

“Entre nós, a formação dos tratados, após a fase precontratual, das negociações, se assemelha à das leis, *exigindo pronunciamiento do Poder Legislativo, promulgação e publicação*, sujeita esta às normas gerais para a vigência”. (os grifos não são da transcrição).

Recentemente, porém, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou, direta e expressamente, sobre a matéria, em julgamento em que se cogitava da aplicabilidade imediata ou não da *Lei Uniforme sobre o Cheque*, adotada pela Convenção de Genebra. O assunto, que já encontrara quase pacífica solução, voltou à baila, em decorrência da própria designação do ato internacional: *Convenção para Adoção de uma Lei Uniforme em Matéria de Cheque*. Teria, em conseqüência, aplicação imediata, com a promulgação? Ou o objetivo não teria sido, justamente, obrigar cada Estado signatário a editar uma norma interna, uma lei que seguisse a orientação traçada na Convenção a fim de que houvesse uniformidade, em matéria de cheque, na legislação dos co-contratantes?

No julgamento do R.E. nº 71.154¹⁷, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, decidiu, em acórdão unânime, pela primeira solução, estando, assim, redigida a ementa:

“Lei Uniforme sobre o Cheque, adotada pela Convenção de Genebra. Aprovada essa Convenção pelo Congresso Nacional, e *regularmente promulgada*, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (grifos da transcrição)

Em seu voto, o relator, Ministro Oswaldo Trigueiro, apreciou a questão e, embora sob certos aspectos tenha feito afirmativas das quais discordo, oportuna se torna a transcrição de certos trechos, a respeito da matéria em exame:

“... Essa Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional, sob a vigência da Constituição de 1946, mediante a D. leg. 54, de 08/09/64, e promulgada pelo D. 57.595, de 07/01/66.

Os que entendem que essa incorporação depende ainda de legislação especial acentuam que, no sistema brasileiro, lei só se revoga por outra lei, e que as nossas Constituições ja-

mais consagraram norma pertinente à imediata eficácia dos tratados, celebrados pelo Brasil, quando colidentes com o direito interno.

Para esse efeito, sem dúvida, inexistente regra constitucional expressa. Penso, todavia, que o princípio está implícito no contexto da lei maior.”

E depois de referir-se ao art. 64, I, da Constituição de 1946, reproduzido na de 1967, no seu texto original (art. 47, I) e no resultante da Emenda nº 1, de 17/10/1969, prossegue:

“Não me parece curial que o Brasil firme um tratado, que esse tratado seja aprovado definitivamente pelo Congresso Nacional, que em seguida seja promulgado e, apesar de tudo isso, sua *validade*¹⁸ ainda fique dependendo de novo ato do Poder Legislativo. A prevalecer esse critério, o tratado, *após sua ratificação*, vigoraria, apenas, no plano internacional, porém não no âmbito de direito interno, o que colocaria o Brasil na privilegiada posição de poder exigir a observância do pactuado pelas outras partes contratantes, sem ficar sujeito à obrigação recíproca.”¹⁹ (grifos da transcrição).

Entendeu o Ministro, e nesse ponto concordo, que se poderia opor objeção ponderável se a aprovação estivesse confiada a outro órgão que não o Congresso Nacional. Mas, se ela é atribuída ao mesmo órgão encarregado da elaboração das leis, não se justificaria, como não se justifica que, após aprovar, de maneira solene, os termos do tratado, veja-se o Congresso Nacional no imperativo de “confirmá-los, repetitivamente, em novo diploma legal”. Para ele, “a aprovação dos tratados obedece ao mesmo processo de elaboração da lei, com a observância de idênticas formalidades de tramitação”, conquanto se dispense a sanção presidencial, que julga desnecessária, por considerar que, ao submeter o tratado à aprovação legislativa, o Presidente terá, obviamente, expressado seu assentimento.

A aquiescência manifestada a esse entendimento é apenas parcial. A aprovação do tratado não segue o *mesmo* processo de elaboração da lei. No nosso sistema jurídico positivo, diversas são as fontes de direito e distintos, embora semelhantes, os processos de sua respectiva formação. A palavra *lei* empregada em diversos dispositivos constitucionais deve ser entendida no sentido amplo de fonte de direito. No mesmo art. 59, § 6º, da Constituição com sua redação atual, ou nos correspondentes das anteriores, em que se dispensa a sanção presidencial na aprovação do tratado, faz-se idêntica dispensa para a conclusão, também, de outras fontes. A verdade é que, nos vários processos de elaboração das fontes do direito, há alguns pontos, algumas etapas comuns. Depois, não se me afigura válido concluir que, pelo fato de o Presidente enviar ao Congresso o tratado para aprovação, sua concordância é óbvia e, portanto, desnecessária. Se verdadeira, a conclusão deveria ser extensiva à lei, cujo projeto fosse de sua iniciativa e que nenhuma emenda sofresse por parte dos congressistas. Razões posteriores podem determinar a não ratificação do tratado e a negativa de sanção ao projeto de iniciativa do próprio Chefe da Nação. Não há a sanção quando se dá a aprovação de um tratado, simplesmente porque a Constituição a dispensa, da mesma forma que para outros casos. O assentimento presidencial, no processo de elaboração da lei em sentido estrito, é a etapa final, segundo a Lei Maior na sua redação atual, como também na originária de 1967 ou, ainda, na de 1946. E como o tratado não se completa com a aprovação, como não é lei em sentido estrito, segue-se que, pelo sistema vigente, não se verifica, nesse caso, a sanção presidencial.

Em seu voto, o Ministro Oswaldo Trigueiro analisou, ainda, a obrigatoriedade de aplicação da norma convencional pelos Tribunais:

“Por outro lado, a Constituição inclui, na competência do Supremo Tribunal Federal, a atribuição de jul-

gar, mediante recurso extraordinário, causas oriundas da instância inferior, quando a decisão for contrária à letra de tratado ou lei federal.

A meu ver, essa norma consagra a vigência dos tratados, independentemente de lei especial. Porque, se essa vigência dependesse de lei, a referência a tratado, no dispositivo constitucional, seria de todo ociosa. Por outras palavras, a Constituição prevê a negativa de vigência da lei e a negativa de vigência do tratado, exigido, para a validade deste a aprovação pelo Congresso, porém não sua reprodução formal em texto da legislação interna”²⁰.

Em conseqüência, se não há necessidade de ato legislativo dispondo sobre a mesma matéria contida no tratado, se a norma convencional, pela promulgação, não se transforma em interna, ganhando, apenas, força executória, os tribunais, ao aplicar disposições convencionais promulgadas pelo Presidente da República, estão aplicando o tratado, a norma internacional e não a interna.

Antes, porém, da decisão do Tribunal Pleno, no R.E. nº 71.154, a Primeira Turma já havia, expressamente, admitido a plena vigência das Leis Uniformes, no julgamento do R.E. nº 69.873/71²¹.

“Cambial – Cheques – Aplicação da Lei Uniforme de Genebra.

I – As disposições concluídas em Genebra a 7 de junho de 1.930 e 19 de março de 1.931, aprovadas pelo Decreto Legislativo nº 54, de 8 de setembro de 1.964, e *promulgadas* pelo D. 57.595 e 57.663, de 7 e 24 de janeiro de 1.966, respectivamente, com as reservas ali consignadas, *estão em vigor e sua eficácia não se restringe aos atos de caráter internacional, senão que alcança, igualmente, as relações de direito interno.*” (grifos da transcrição).

Em julgamento proferido em 1977, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plená-

ria, confirmou, nessa parte, o acórdão proferido no R.E. nº 71.154. Trecho da ementa está assim redigido:

“... 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 Dec.-lei nº 427/69, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título...”²² (grifos da transcrição).

No julgamento desse R.E. nº 80.004, o Ministro Cunha Peixoto foi o único dissidente, para, na matéria que ora se examina, negar vigência à Lei Uniforme. Fundamentou seu voto no ensinamento, entre outros, de Amilcar de Castro, já citado, segundo o qual o tratado, sendo ato internacional, só obriga o povo como bloco, vale dizer, obriga externamente o Estado, a sociedade política como um todo, devendo, para impor-se aos particulares e ser aplicado pelos Tribunais, seguir um procedimento especial de adaptação do direito nacional, denominado *ordem de execução*, que será a fonte formal do Direito Internacional Privado.

Não tinha razão o Ministro, ao buscar em Amilcar de Castro apoio para negar vigência à Lei Uniforme. O que é o decreto de promulgação senão a ordem de execução? E, nesse particular, discordo do autor citado, por entender que, em nosso sistema jurídico, a ordem de execução se consubstancia em um decreto do Poder Executivo, promulgando o tratado, conferindo-lhe força executória, depois de atestar sua autenticidade. E se o que se promulga já é norma jurídica, segue-se que não houve transformação. Aliás, a ordem de execução se exige não só para o tratado, mas para toda fonte positiva de direito, para a lei, no sentido amplo, que deve ser promulgada, regra geral, pelo Executivo, em obediência a comando constitucional.

Entretanto, sem dúvida alguma, a base essencial do seu voto foi o artigo de José Maria Whitacker, já amplamente analisado, pelo qual o Ministro concluiu que “só por equívoco” o Pretório Excelso “entendeu estar em vigor o texto da Lei Uniforme”.

Na jurisprudência, portanto, apesar de alguns votos isolados, é pacífico o entendimento segundo o qual, após sua promulgação, o tratado passa a ter vigência na ordem interna, devendo ser aplicado pelos Tribunais. Antes mesmo de o declarar, expressamente, no R.E. nº 71.154, o Supremo Tribunal Federal já havia, de maneira mais ou menos indireta, admitido a vigência das Leis Uniformes, após os decretos que as promulgaram²³. Esse entendimento foi mantido em decisões posteriores²⁴, inclusive após a Constituição de 1988²⁵. Veja-se, por exemplo, a ementa no Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8.279-4, publicado no DJ de 10/8/2000:

Agravo Reg. em Carta Rogatória nº 8.279-4

República da Argentina, Relator: Min. Celso de Mello.

D.J. 10/8/2002.

“EMENTA: MERCOSUL – CARTA ROGATÓRIA PASSIVA – DENEGAÇÃO DE EXEQUATUR – PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES (OURO PRETO/MG) – INAPLICABILIDADE, POR RAZÕES DE ORDEM CIRCUNSTANCIAL – ATO INTERNACIONAL CUJO CICLO DE INCORPORAÇÃO, AO DIREITO INTERNO DO BRASIL, AINDA NÃO SE ACHAVA CONCLUÍDO À DATA DA DECISÃO DENEGATÓRIA DO EXEQUATUR, PROFERIDA PELO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL, O DIREITO COMUNITÁRIO E O DIREITO NACIONAL DO BRASIL – PRINCÍPIOS DO EFEITO DIRETO E DA APLICABILIDADE IMEDIATA – AUSÊNCIA DE SUA PREVISÃO NO SISTEMA CONS-

TITUCIONAL BRASILEIRO – INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA GERAL DE RECEPÇÃO PLENA E AUTOMÁTICA DE ATOS INTERNACIONAIS, MESMO DAQUELES FUNDADOS EM TRATADOS DE INTEGRAÇÃO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

A RECEPÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DOS ACORDOS CELEBRADOS NO ÂMBITO DO MERCOSUL ESTÁ SUJEITA À DISCIPLINA FIXADA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

– A recepção de acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL está sujeita à mesma disciplina constitucional que rege o processo de incorporação. À ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral. É, pois, na Constituição da República, e não em instrumentos normativos de caráter internacional, que reside a definição do iter procedimental pertinente à transposição, para o plano do direito positivo interno do Brasil, dos tratados, convenções ou acordos – inclusive daqueles celebrados no contexto regional do MERCOSUL – concluídos pelo Estado brasileiro. *Precedente: ADI 1.480-DF*, Rel. Min. Celso de Mello.

– Embora desejável a adoção de mecanismos constitucionais diferenciados, cuja instituição privilegie o processo de recepção dos atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL, esse é um tema que depende, essencialmente, quanto à sua solução, de reforma do texto da Constituição brasileira, reclamando, em conseqüência, modificações de jure constituendo. Enquanto não sobrevier essa necessária reforma constitucional, a questão da vigência doméstica dos acordos celebrados sob a égide do MERCOSUL continuará su-

jeita ao mesmo tratamento normativo que a Constituição brasileira dispensa aos tratados internacionais em geral.

PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DE CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DE TRATADOS DE INTEGRAÇÃO (MERCOSUL).

– A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então — e somente então —, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. *Precedentes.*

O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NÃO CONSAGRA O PRINCÍPIO DO EFEITO DIRETO E NEM O POSTULADO DA APLICABILIDADE IMEDIATA DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.

– A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata.

Isso significa, de jure constituto, que, enquanto não se concluir o ciclo de sua

transposição, *para o direito interno*, os tratados internacionais e os acordos de integração, *além de não poderem ser invocados, desde logo*, pelos particulares, *no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados*, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (*postulado da aplicabilidade imediata*).

– *O princípio do efeito direto* (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e *o postulado da aplicabilidade imediata* (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) *trazem* diretrizes que *não se acham* consagradas e *nem positivadas* no texto da Constituição da República, motivo pelo qual tais princípios *não podem ser invocados* para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de *qualquer* convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, *enquanto* não se concluírem os *diversos* ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema de direito interno do Brasil. Magistério da *doutrina*.

– *Sob a égide* do modelo constitucional brasileiro, *mesmo* cuidando-se de tratados de integração, *ainda* subsistem os *clássicos* mecanismos institucionais de *recepção* das convenções internacionais em geral, *não bastando*, para afastá-los, a existência da norma inscrita no *art. 4º, parágrafo único*, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido *não torna dispensável* a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, *para a ordem jurídica* doméstica, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL.”

3. Conclusão

Do que foi dito, pode-se concluir que o tratado entra em vigor, na esfera internacional, com a troca de instrumentos de ratificação, com o depósito desses instrumentos. Mas só vale na ordem interna, isto é, só obriga e só pode ser invocado, no território brasileiro, após a sua promulgação pelo Presidente da República.

A promulgação é, pode-se dizer, o atestado de que foram cumpridas todas as formalidades necessárias para a formação do ato internacional. É a notícia que se dá a todos de que existe mais uma norma em vigor e que ela deve ser cumprida e observada por todos. A promulgação confere força executória ao tratado. Mas, para fazer saber a todos, é necessário que o decreto de promulgação seja publicado: é a publicação que torna conhecido o tratado e só com ela sua observância se faz obrigatória.

Notas

¹ As Constituições de 1934 e 1937 se referiam, apenas, às justiças locais, ao passo que as de 1946 e de 1967, no texto originário, mencionavam “outros tribunais ou juízes”.

² O Supremo Tribunal foi denominado “Corte Suprema”.

³ Const. 1988, art. 48, *caput*, c.c. art. 49, I, e arts. 61, 64, 65. Observe-se a redação do art. 65: “O projeto de lei (no caso, projeto de decreto legislativo, com início na Câmara dos Deputados, na forma do art. 64), aprovado por uma Casa, será revisado pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação (no caso, à promulgação pelo Presidente da Casa, na forma do art. 48, *caput*), se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar”.

⁴ Art. 59, VI, Constituição Federal de 1988.

⁵ Art. 44, I, Const. Fed. de 1967, com Emenda nº 1/69. Aliás, as Constituições Republicanas de 1934 (art. 40, “a”), de 1946 (art. 66, I) e de 1967 (art. 47, I), no seu texto originário, empregavam a expressão “competência exclusiva”, enquanto a de 1891 (art. 34, nº 12) usava outra: “Compete privativamente”. A primeira indica os casos em que a competência do Poder Legislativo *exclui* a do Executivo, que não participa do ato. A segunda, “privativamente”, na Constituição de 1891, não excluía

a participação do Executivo: a aprovação deveria ser sancionada (art. 48, 1º). A Constituição de 1988 (art. 49, I) confere competência exclusiva ao Congresso Nacional, para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. Nos termos do art. 48, caput, o Executivo não participa do processo legislativo, isto é, o Presidente não sanciona a lei (sentido amplo; aqui, o decreto legislativo), que é, então, promulgada pelo Presidente do Senado Federal (Regimento Interno do Senado, Resolução nº 93, de 1970, art. 48, XXVIII — exemplar publicado em 1999, com texto editado de conformidade com a Resolução nº 18, de 1989, e consolidado com as alterações decorrentes de resoluções posteriores, até 1998).

⁶ Cf. Rezek (1973, p. 110-112). O autor se refere ainda a casos em que a própria ratificação se perde no vazio, frustrando-se a decisão definitiva interna, por exemplo, se um tratado bilateral for ratificado por só uma das partes.

⁷ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. 1978. 170 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília. Publicado sem alterações em 1997 pela Editora Forense. Dissertação de Mestrado elaborada em 1978, depositada em cópia xerográfica na Biblioteca da Universidade de Brasília e na Secretaria do Curso de Mestrado em Direito e distribuída, em cópia de igual espécie, para poucos conhecidos, entre eles, João Grandino Rodas, que por ela se interessaram. Soube que estudantes de outras Universidades também obtiveram cópia. Repete-se: o trabalho foi elaborado em 1978, mas só veio a ser publicado, sem qualquer alteração em 1997, pela FORENSE. Deste trabalho, em exemplar xerografado, muitos autores se serviram sem citar a fonte, numa atitude desleal e até criminoso. Basta ler os mais recentes e ter-se-á a comprovação. Para citar só um exemplo, creio ter sido esta autora a primeira a analisar o RE 80.004, ainda em 1978. Ao seguirem o mesmo raciocínio, a mesma metodologia e os mesmos exemplos que empreguei, esquecem-se de dar-me os créditos..., chegando absurdamente a, aliás, transcrever, sem aspas e sem indicar a fonte, trechos inteiros. Rezek, orientador da dissertação, ao escrever o seu ‘Direito dos Tratados’, como não poderia deixar de ser, agiu de forma oposta: telefonou-me avisando que estava citando o trabalho e queria saber se já havia sido publicado para indicar a fonte correta. Na resposta negativa, citou a dissertação como trabalho universitário, ainda não publicado. A saudosa professora Anna Maria Villela sempre me cobrava a publicação da análise da jurisprudência da Corte Suprema, procedimento comum na Europa, mas desconhecido no Brasil. Segundo ela, teria sido eu a primeira a

analisar, voto por voto, as manifestações dos Ministros do STF.

⁸ A Convenção sobre Igualdade de Direitos entre Brasileiros e Portugueses, fugindo à regra, entrou em vigor em 22/04/1972, mas, em 12/04/1972, já havia sido promulgada pelo Dec. nº 70.391, e em 18/04/1972, regulamentada pelo Dec. nº 70.436.

⁹ Por exemplo: a “Convenção para a Adaptação à Guerra Marítima dos Princípios das Convenções de Genebra de 22 de Agosto de 1864”. Cf. Accioly (1927, p. 49), onde estão os dados: “O Congresso Nacional, em resolução de 29 de Dezembro de 1906, autorizou a adesão do Brasil. Essa autorização foi sancionada pelo decreto nº 1.633, de 3 de Janeiro de 1907, e a adesão se efectuou a 25 de Fevereiro do mesmo anno”. Não consta, porém, o decreto de promulgação; o mesmo ocorrendo quanto à “Convenção Relativa a Leis e Usos da Guerra Terrestre” (p. 46-47). Em relação à “Convenção para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas”, os dados são mais completos, constando o decreto de promulgação (p. 151-155). Os tratados de extradição firmados pelo Brasil com o Uruguai, o Peru, o Paraguai foram todos aprovados por resolução do Congresso, sancionada por decreto (respectivamente, Dec. nºs 3.607, de 13/12/1918; 4.236, de 04/01/1921 e 4.612, de 29/11/1922), com posterior promulgação (respectivamente, Dec. nºs 17.572, de 30/11/1926; 15.506, de 31/05/1922; 16.925, de 27/05/1925); cf.: *Coleção de Atos Internacionais*, nºs-841, 840 e 814.

¹⁰ ACCIOLY (1927, p. 31-33); *Leis do Brasil* (1923, v. 1, p. 179-180, 1924, v. 2, p. 454-457).

¹¹ Assim, por exemplo, o “Tratado de Extradicação” e “Protocolos Adicionais”, entre o Brasil e o México, foram assinados no Rio de Janeiro, em 28/12/1933 e 18/09/1935, respectivamente; aprovados pelo Dec.-lei nº 28, de 30/11/1937; ratificados pelo Brasil em 30/11/1937, e pelo México em 18/01/1938; instrumentos de ratificação trocados no México em 23/02/1938; promulgados pelo Dec. nº 2.535, de 22/03/1938, publicado no D.O.U. de 02/04/1938; cf.: *Coleção de Atos Internacionais*, 1975, nº 125. Igualmente, os tratados de extradição, firmados pelo Brasil com a Colômbia, a Venezuela e a Bolívia; cf.: *Coleção de Atos Internacionais*, respectivamente, 1941, nº 168; 1975, nº 160; 1942, nº 187.

¹² “Decreto de 10/04/1826 – Manda observar o tratado de reconhecimento da Independência entre o Brasil e Portugal – Achando-se mutuamente ratificado o Tratado assinado nesta côrte aos 29 de Agosto do anno proximo passado pelos meus Plenipotenciarios e o do Senhor D. João VI, Rei de Portugal e Algarves, meu augusto pai, mediante o qual pondo-se o desejo termo à guerra que infelizmente se fizera necessaria entre os dous Estados, foi justamente reconhecida a plena independencia da

Nação Brasileira, e a suprema dignidade, a que fui elevado pela unanime aclamação dos povos, com a cathegoria de Imperador Constitucional, e Seu Defensor Perpetuo: Hei por bom ordenar que se dê ao dito Tratado a mais exacta observancia e execução, como convém a santidade dos Tratados celebrados entre as nações independentes, e à inviolável boa fé, com que são firmados. O Visconde de Inhambupe de Cima, do Meu Conselho de Estado, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios Estrangeiros, o tenha assim entendido, e faça executar, expedindo as devidas participações e exemplares impressos para as estações competentes desta Côrte e Provincias do Império, com as ordens mais positivas para que se cumpram e guardem como nelle se contém. Palacio do Rio de Janeiro em 10 de abril de 1826, 5º da Independência e do Império. Com a rubrica de Sua Magestade Imperial. Visconde de Inhambupe.”

¹³ Três são as *etapas de formação do tratado*, facilmente extraídas, por exemplo, da Constituição de 1967, c/ EC nº 1/69: a) a negociação, pelo Executivo, concluindo com a assinatura *ad referendum* do Legislativo (art. 81, X); b) a discussão, pelo Congresso, que se conclui com a aprovação, promulgada pelo Presidente do Senado, mediante decreto legislativo (art. 59, § 6º); c) a ratificação, concluída com a troca dos instrumentos que a consubstanciam (art. 81, X, c.c. art. 44, I). Etapas complementares, como ocorre a outras normas, verificam-se na promulgação do tratado (art. 81, III) e na publicação dessa promulgação. Na Constituição atual, de 1988, os dispositivos aplicáveis são: a) art. 84, VIII; b) art. 48, *caput*, e art. 49, I; c) art. 84, VIII, e art. 49, I.; Etapas posteriores: promulgação e publicação, art. 84, IV.

¹⁴ A redação do decreto tem seguido essa sistemática: “DECRETO Nº 41.909, de 29 de JULHO de 1957. Promulga o Tratado de Extradicação *firmado*, no Rio de Janeiro, a 6 de maio de 1953, entre o Brasil e a Bélgica. O Presidente da República: *Havendo o Congresso Nacional aprovado* pelo Decreto Legislativo nº 26, de 19 de junho de 1956, o Tratado de Extradicação, firmado, no Rio de Janeiro, a 6 de maio de 1953, entre o Brasil e a Bélgica; e havendo sido *ratificado*, pelo Brasil, por Carta de 12 de março de 1957; e tendo sido efetuada, em Bruxelas, a 14 de junho de 1957, a *troca dos respectivos Instrumentos de ratificação*; DECRETA que o mencionado Tratado, apenso por cópia ao presente Decreto, seja *executado e cumprido* tão inteiramente como nele se contém. Rio de Janeiro, em 29 de julho de 1957, 136º da Independência e 69º da República, Juscelino Kubitschek. José Carlos de Macedo Soares”. Publ. no D.O. de 1º/8/1957.

¹⁵ RHC nº 2.280-DF, relator Min. Lúcio de Mendonça, em 14/06/1905, *O DIREITO*, 98/243.

¹⁶ Ap. Civ. nº 7.872-RS, relator Min. Philadelpho Azevedo, em 11/10/1943, Arquivo Judiciário, 69/13.

¹⁷ R.E. nº 71.154-PR, relator Min. Oswaldo Trigueiro, Trib. Pleno, em 04/08/1971, R.T.J. 58/70.

¹⁸ Não se trata, evidentemente, da validade do tratado, mas de sua eficácia, na ordem interna.

¹⁹ Houve, aí, equívoco na conclusão, a julgar pelas premissas, nas afirmações anteriores. Na realidade, a ratificação do tratado, sem outras formalidades complementares, não autoriza a conclusão pela sua executoriedade na ordem interna; para esse efeito, o tratado deve ser promulgado. Na apreciação do Ministro, o Brasil não estaria em situação privilegiada. Internacionalmente, o tratado foi concluído e sua observância poderia ser exigida, nas mesmas condições em que o Brasil a exigisse dos outros contratantes. Se o Brasil pudesse se eximir do compromisso firmado, os outros Estados podê-lo-iam, também, se não houvessem incorporado a norma convencional ao seu direito interno. Em consequência, a suposta posição privilegiada do Brasil se perderia no vazio.

²⁰ Trecho do voto proferido no R.E. nº 72.154-PR, R.T.J. 58/70, p. 71-72.

²¹ R.E. nº 69.873-PE, relator Min. Amaral Santos, Primeira Turma, ac. unânime, em 11/11/1971, R.T.J. 60/468; também, admitindo a vigência da Lei Uniforme sobre Nota Promissória o R.E. nº 66.501-MT, relator Min. Djaci Falcão, Primeira Turma, ac. unânime, em 14/12/1971, R.T.J. 62/69.

²² R.E. nº 80.004-SE, relator Min. Xavier de Albuquerque, Tribunal Pleno em 01/06/1977, R.T.J. 83/809.

²³ Por exemplo: R.E. nº 58.713-RS, relator Min. Hermes Lima, Terceira Turma, ac. unânime, em 30/09/1966, R.T.J. 39/540; C.J. nº 4.663-SP, relator Min. Eloy da Rocha, Terceira Turma, ac. unânime em 17/05/1968, R.T.J. 48/76.

²⁴ R.E. nº 80.171-GB, relator Min. Cordeiro Guerra, Segunda Turma, ac. unânime em 21/03/1975, R.T.J. 74/568; R.E. nº 80.856-SP, relator Min. Cordeiro Guerra, ac. unânime, em 11/04/1975, R.T.J. 74/298 e Juriscível S.T.F. 30/241; R.E. nº 82.583-SP, relator Min. Thompson Flores, Segunda Turma, ac. unânime, em 17/02/1976, D.J. de 24/09/1976, p. 8.292; R.E. nº 80.183-SP, relator Min. Leitão de Abreu, Segunda Turma, ac. unânime, em 24/09/1976; R.E. nº 84.502, relator Min. Moreira Alves, ac. unânime, em 01/10/1976, R.T.J. 80/645; R.E. nº 83.437-SP, relator Min. Moreira Alves, Segunda Turma, ac. unânime, em 27/08/1976, D.J. de 08/10/1976, p. 8.743, etc.

²⁵ Por ex.: PPE Nº 194, D.J. 4/7/1997; Ementário STF 1863-01, p. 27 e seguintes; AGRCR nº 8.279-4, D.J. 10/8/2000; Ementário STF 1999-1, p. 42 e seguintes.

Bibliografia

- ACCIOLY, Hildebrando. A ratificação e a promulgação dos tratados em face da constituição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 126, p. 30-33, nov./dez. 1949.
- _____. *Actos internacionais vigentes no Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1927.
- _____. *Tratado de direito internacional público*. 2. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 1956. v. 1.
- BARRETO FILHO, Oscar. Novos institutos do direito comercial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 56, n. 382, p. 7-16, 1967.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado elementar de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. v. 1.
- CAMPARATO, Fábio Konder. Vigência das Convenções de Genebra sobre Letras de Câmbio, Promissórias e Cheques. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 57, n. 390, p. 48-57, 1968.
- CASTRO, Amilcar de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 1.
- COSTA, Adroaldo Mesquita da. Parecer n° 5.831/68. *Diário Oficial*, Brasília, p. 8420-8428, 26 set. 1968.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1970.
- _____. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. [S. l.]: Livraria do Advogado, 2000.
- MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, [1970?]. v. 1.
- MERCADO JUNIOR, Antônio. *Nova lei cambial e nova lei do cheque*. São Paulo: Saraiva, 1966.
- OLIVEIRA, José Manoel Cardoso de. *Actos diplomáticos do Brasil*. Rio de Janeiro: Tipografia Jornal do Comércio, 1912. v. 1 e 2.
- REBELO, Edgardo de Castro. Convenção internacional: limitação da responsabilidade dos proprietários de navios, Parecer. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 59, n. 199, p. 69-71, 1962.
- REQUIÃO, Rubens. Cambial: invalidade de lei que exige seu registro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*, São Paulo, nova série, n. 1, p. 13-28, 1971.
- REZEK, José Francisco. As relações internacionais na Constituição da primeira República. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, n. 126, p. 107-112, 1973.
- _____. *La conduite des relations internationales dans le droit constitutionnel latinoaméricain*. Paris, 1970. Thèse (Doctorales) – Université de Paris, Dactylo-Sorbonne.
- ROUSSEAU, Charles. *Principes généraux du droit international public*. Paris: A. Pedone, 1944. t. 1.
- RUSSOMANO, Rosah. *Dos Poderes Legislativo e Executivo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.
- SILVA, Carlos Medeiros da. As atribuições constitucionais do Poder Executivo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 31, p. 50-59, 1953.
- SILVA, José Afonso da. *Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.
- WHITAKER, José Maria. Unificação do direito cambial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 56, n. 381, p. 7, 1967.

Princípios jurídicos e esperança de uma futura “autoridade pública universal”

Pierangelo Catalano

Sumário

1. Origem e desenvolvimento dos *Seminários “Roma-Brasília”*. 2. Alguns elementos da unidade “Roma-Brasília”: migrações e direito. “Roma Americana” e direito romano (José da Silva Lisboa e Abelardo Lobo). 3. Os Romanos na História do Futuro (Padre Vieira). 4. “... uma Roma melhor, porque lavada em sangue negro e sangue índio” (Darcy Ribeiro). 5. Latini-dade não é um conceito racial: “*omnis uno ore Latinos*” (Virgílio). 6. Identidade latina e resistência. Direito e cultura. 7. O problema da dívida externa: vigência dos princípios gerais do direito.

1. Origem e desenvolvimento dos Seminários “Roma-Brasília”

A partir de 1980, com a celebração do XX aniversário de Brasília, o trabalho da Associação de Estudos Sociais Latino-americanos foi caracterizado pela reflexão sobre “os laços profundos que unem as cidades de Brasília e Roma”, segundo as palavras da mensagem do Prefeito de Roma, Luigi Petroselli.

Em maio de 1982, o Vice-prefeito de Roma Pierluigi Severi, ao entregar uma reprodução da Loba do Capitólio ao Centro de Direito Romano e Sistemas Jurídicos da Universidade de Brasília, recordou “o nexo entre a independência da América Latina e os valores da tradição romana”, mesmo “de frente aos riscos de um insidioso neocolonialismo”; foram então pronunciados na-

turalmente os nomes de Giuseppe e Anita Garibaldi.

Os Seminários “Roma-Brasília” são organizados pela ASSLA em colaboração com a Universidade de Brasília, graças à participação do CNR – Consiglio Nazionale delle Ricerche (também no quadro do acordo com o correspondente CNPq do Brasil) e sob os auspícios do Governo do Distrito Federal.

Os Seminários sublinham a unidade das duas cidades. Esses tiveram início em 1984 com um relatório sobre *Roma na tradição brasileira*, do presidente do Instituto Histórico Geográfico Brasileiro prof. Pedro Calmon. O Seminário de 1985, organizado por ocasião do 25º aniversário da inauguração de Brasília, realizou-se no Capitólio e na Universidade de Roma “La Sapienza”, sob o patrocínio da Comuna de Roma. A partir de 1986, os Seminários “Roma-Brasília” ocorrem em Brasília, em agosto, por ocasião da festa de São João Bosco.

Os “laços profundos” entre Roma e Brasília podem ser vistos profeticamente, vividos politicamente, estudados cientificamente. Os nossos Seminários, iniciados em 1984, desejam percorrer o caminho de Roma a Brasília não excluindo nenhum desses três pontos de vista.

Os Seminários abordaram os seguintes temas: *A cultura romana e a sua influência no pensamento brasileiro: história, direito e literatura* (1984)¹; *Roma-Brasília: tradições e realidade das duas capitais* (1985)²; *Roma-Brasília: história das duas cidades* (1986); *Tradições jurídicas e legislações vigentes* (1987); *Roma-Brasília: centralização do poder e miscigenação das culturas* (1988); *Tradição jurídica romana e instituições indígenas* (1989)³; *Aspectos jurídicos da dívida externa dos países latino-americanos* (1990)⁴; *Direito latino-americano e sistema ecológico mundial* (1991)⁵; *Direito da integração: Tratado de Roma e Tratado de Asunción* (1992); *Formação e reforma das constituições* (1993); *Cidadania e integrações continentais* (1994); *Integrações continentais e informática jurídica* (1995); *Futuro do direito e direito ao futuro* (1996); *Direito e “História do Futuro”* (1997);

Latinidade e integrações jurídicas continentais (1998); *Identidade jurídica da América Latina e globalização* (1999); *Identidade latina e resistência. Direito e cultura no mundo contemporâneo* (2000); *Identidade jurídica da América Latina: integrações continentais e globalização* (2001).

2. Alguns elementos da unidade

“Roma-Brasília”: migrações e direito.

“Roma Americana” e direito romano
(José da Silva Lisboa e Abelardo Lobo)

Com a articulação dos trabalhos de 1984, foram indicados três elementos dos laços profundos que unem Roma e Brasília: migrações dos homens (e movimentos políticos), continuidade do direito (e modelos institucionais), concepção da *urbs* e da *civitas* (recordando a definição que Lúcio Costa deu de Brasília).

Em 1980, a ASSLA organizou um Seminário em Caracas, em colaboração com o Instituto de Altos Estudios de América Latina e a Fundación Bicentenario de Simón Bolívar, sobre *Migraciones latinas y formación de la Nación Latinoamericana*⁶; em 1985, organizou, em colaboração com a Universidade de São Paulo, um *Congresso euro-brasileiro sobre migrações* (programado por ocasião do 50º aniversário da Universidade de São Paulo)⁷.

Sobre os três elementos, procurou-se de novo um encontro interdisciplinar em 1986. Em tal ocasião, os estudos jurídicos (introduzidos em 1984 por um relatório do Ministro do Supremo Tribunal Federal José Carlos Moreira Alves sobre o Direito romano no Brasil) retomaram o seu curso: vale recordar o relatório de Piero Bellini, da Universidade de Roma “La Sapienza”, sobre *Poder universal do Pontífice Romano e a divisão do Atlântico*. Do ponto de vista da reflexão jurídica, podemos considerar no centro de tal evolução teórica o pensamento do grande jurista José da Silva Lisboa. No discurso de 27 de agosto de 1823 na Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do

Império do Brasil, concernente à instituição de cursos jurídicos, o futuro Visconde de Cairú afirmou, referindo-se ao Rio de Janeiro-Roma Americana: “Importa pois, que os que devem influir nas classes menos instruídas venham fazer estudos e firmar o espírito do nosso systema na Roma Americana”; tratava-se da instituição dos cursos jurídicos.

Justamente a ciência jurídica consente uma análise geral dos homens, do espaço e do tempo. Especialmente no Brasil, tornam-se evidentes os aspectos do espaço do sistema jurídico globalmente (e historicamente) considerado. Desenvolve-se o universalismo do “direito romano atual” de Savigny na obra genial de Teixeira de Freitas. Com Clóvis Beviláqua, a comparação jurídica supera as limitações eurocêntricas e vem identificar a individualidade do “grupo das legislações dos povos latino-americanos”; e, nesse caminho, o patriota Abelardo Lobo concebe a visão unitária do direito romano “desde as *leges regiae* até a formação do Direito Ibero-Americano”⁸.

3. Os Romanos na História do Futuro (Padre Vieira)

As raízes da idéia da “Roma americana” estão no pensamento do jesuíta Antonio Vieira, defensor dos índios no século XVII.

Segundo Antonio Vieira, o nome “Romanos” compreendia, desde a antigüidade, também Espanhóis e Portugueses, que ele considerava, aliás, como “fortíssimos” entre os Romanos:

“Os Portugueses e todos os Espanhóis se podem e devem entender debaixo do nome de Romanos, no sentido desta profecia, porque Espanha e Portugal foram colónias dos Romanos, e parte não só do Império, senão do Povo Romano, e verdadeiros cidadãos romanos; ao que não obstava serem de diferente nação, como se vê em São Paulo, que sendo hebreu, ape-

lou para o César alegando que era cidadão romano e que só no Tribunal de César podia ser julgado. Além de que muitos Portugueses eram filhos e netos de Romanos como muitos Romanos de Portugueses, pela união e comércio destas duas nações, assim em Portugal, onde viviam os presídios romanos, como nas guerras dos mesmos Romanos, onde os Portugueses iam servir e merecer debaixo de suas bandeiras. E posto que qualquer destas razões e muito mais todas juntas são bastantes para que sem impropriedade se possa entender os Portugueses debaixo do nome de Romanos, o fundamento principal sólido e certo desta interpretação é ser esta a mente e sentido em que falaram os mesmos Profetas[...]

Destes Reinos de que se compunha o Império Romano, aqueles homens que eram os mais fortes e valentes de todos não se contentaram só com as terras dos outros impérios, mas intentaram discorrer e passear toda a redondeza da Terra. Estes foram os Espanhóis, e entre os Espanhóis, muito particularmente os Portugueses; porque a conquista dos mares e terras do Oriente, pela distância remotíssima das terras, pela dificuldade de navegações, pela diferença dos climas, pelo valor e potência das nações que se conquistaram, foi empresa de muito valor, resolução e esforço que a dos Castelhanos. Assim que, considerando todo o corpo do Império Romano e todas as suas empresas, os fortes dos Romanos foram os Cipiões, os Pompeus, os Césares, os Augustos; os fortíssimos foram os Espanhóis, e entre esses Espanhóis os fortíssimos foram os Portugueses”⁹.

Diante da Inquisição, o Padre Vieira esclareceu que a teoria do “Quinto Império” não negava a eternidade do Império Romano:

“Supõe-se que este império há-de ser com extinção do romano. Nem eu tal digo, nem é necessária tal suposição”¹⁰;

“Ihe parece que o Império de que trata, se há de começar com a extinção do de Alemanha, que de presente, tem nome de Romano, na casa de Áustria; mas que o tal Quinto império por qualquer modo que seja há de ser sempre não só Católico Romano, mas o mais católico que houve”¹¹.

4. “... uma Roma melhor, porque lavada em sangue negro e sangue índio” (Darcy Ribeiro)

Em 1987, Darcy Ribeiro escreve (em um artigo publicado na Itália, intitulado *Siamo noi i neo-romani*):

“Roma, incarnata in ‘lusitanità’, nelle Americhe si vesti di carne india e di carne negra per costruire questa enorme latinità, formata oggi da quattrocento milioni di latino-americani e che nell’anno duemila conterà seicento milioni. Si tratta di un blocco paragonabile solo a quello slavo, a quello cinese, al neo-britannico. Direi che questo blocco è migliore degli altri, perché è formato da gente di più razze, che sommano i talenti più profondi dell’umanità, oltre che i difetti”¹².

Darcy Ribeiro retomou e ampliou o tema no livro sobre a formação do povo brasileiro¹³ e na carta enviada às “autoridades de Roma” em ocasião da entrega do Prêmio “Roma-Brasília” em 17 de dezembro de 1996:

“...Eu sou o que vem de volta. Saí de Roma há 2000 anos, nos ofícios de soldado e de romanizador da Europa. Por 1500 anos acampeei na Ibéria, latinizando a gente bárbara de lá. Foi tarefa dura. Tanto fazê-los entender e falar latim, com suas bocas estranhas que o deformaram bastante, como, e sobretudo, mantê-los latinizados. Sucessivas invasões lá foram ter, querendo

do ali assentar-se permanentemente. Principalmente as árabes, que tomaram e mantiveram o poder por um milênio, tido fazendo para desfazer nossa obra de latinização. Resistimos. Vencemos. Há 500 anos atravessei o mar grosso nas naus lusitanas e vim ter aqui nas terras selvagens do Brasil. O desafio se repetiu, maior ainda. Agora se tratava de latinizar os índios bravos da floresta, tantíssimos, os negros, milhões deles que trouxemos da África, outros europeus e gentes orientais de fala truncada, que tivemos também que domesticar. Somos hoje um povo só, a Nova Roma. Unido pela língua, pela cultura e pela destinação como maior das províncias neolatinas. Somos nós que representaremos a tradição romana no concerto dos povos dos próximos séculos e milênios. Nós o faremos simultaneamente com a tarefa maior de nos modernizarmos, de dominarmos as mais avançadas ciências e técnicas para realizar, em grandeza, nosso destino de futura civilização latina, morena e tropical. Orgulhosa de ser a Nova Roma, uma Roma melhor, porque lavada em sangue negro e sangue índio”.¹⁴

5. *Latinidade não é um conceito racial: “omnis uno ore Latinos” (Virgílio)*

Desde 1977, quando se organizou em Roma um primeiro seminário sobre *Constitucionalismo Latino*¹⁵, e ainda mais depois do Seminário sobre *Migraciones latinas y formación de la Nación Latinoamericana*, organizado em Caracas pelo padre Gianfausto Rosoli, a ASSLA – Associazione di Studi Sociali Latinoamericani considera central em seus trabalhos o conceito de “latino”, como fator de união entre os povos dos dois lados do oceano.

Em época arcaica, Eneas mistura e une os imigrados da Ásia com os indígenas da Itália, sob o nome de “Latinos”: *omnis uno*

ore Latinos, canta o vate Virgílio no último livro da *Eneida*. Durante a idade dos reis e da antiga república, o *nomen Latinum* foi uma organização religiosa, política e militar, com o centro no Lácio, a qual poderiam pertencer povos de distinta origem étnica, até que o “direito latino” (*ius Latii*) se estendeu também fora da península itálica¹⁶. Assim a “Latinidade”, nas suas várias formas, converteu-se em uma possível etapa (para povos e indivíduos) até a Cidadania romana, concebida, depois da constituição do imperador Antonino Caracalla, e mais ainda com a concepção cristã de Império, do imperador Justiniano, como Cidadania universal.

6. Identidade latina e resistência. Direito e cultura

Estamos hoje diante do fenômeno econômico e principalmente financeiro da globalização, isto é, diante da forma mais recente do “imperialismo internacional do dinheiro”, segundo as palavras do Pontífice Romano Pio XI (encíclica *Quadragesimo anno*, n. 109), retomadas por Paulo VI (*Populorum progressio*, n. 26); cfr. na encíclica de João Paulo II *Sollicitudo rei socialis*, n. 35-37, a expressão “estructuras de pecado”.

Diante da globalização, que marginaliza a maior parte dos homens e dos povos, os juristas devem reafirmar os princípios gerais do direito. Esses princípios são expressados com força na tradição jurídica hispano-americana e luso-brasileira: respeito pela vida desde a concepção, igualdade dos direitos civis dos estrangeiros, princípio da *bona fides* no comércio internacional, *favor debitoris*.

Tudo isso na espera de uma futura *publica auctoritas universalis*, segundo a constituição da Igreja católica *Gaudium et spes* (n. 82).

7. O problema da dívida externa: vigência dos princípios gerais do direito

Muitos povos, e em particular aqueles latino-americanos, estão sujeitos a uma nova

“escravidão”: a “escravidão” do devedor levado até a morte (política e, no que concerne às suas partes economicamente mais fracas, também física) por mecanismo capitalista que não conhece os tradicionais limites religiosos, morais e jurídicos postos à usura.

O *favor debitoris* e os tradicionais limites jurídicos postos à usura, no que tange ao direito (desde a antiga República romana até o direito latino-americano), estão evidenciados já em estudos do prof. José Carlos Moreira Alves¹⁷, o ex-presidente do Supremo Tribunal Federal. Ele deu início a uma obra que eu definiria de reconstrução da memória histórica dos juristas. Essa reconstrução tem sido vigorosamente prosseguida pela ASSLA a partir do Seminário “Roma-Brasília” de 1990¹⁸. Também sobre essas conclusões baseou-se a citada *XI Conferência Interparlamentar Comunidade Européia-América Latina* de maio de 1993, que adotou entre outros o seguinte acordo: “*Pedir a los Estados miembros que estudien la propuesta de que la Asamblea de las Naciones Unidas solicite a la Corte Internacional de Justicia de la Haya un dictamen que clarifique y estudie el marco ético y jurídico, que debe regular los términos de los préstamos internacionales*” (ponto 26 da Ata Final).

O Grupo de Trabajo de Jurisprudencia do CEISAL tem trabalhado intensamente em colaboração com o Conselho Consultivo do Parlamento Latino-americano, presidido pelo saudoso professor André Franco Montoro¹⁹.

Na mesma linha, o Parlamento Latino-americano organizou, em Caracas, dois seminários sobre *El fin del Milenio y la deuda externa*: I Seminário de 16 a 17 de agosto de 1996 e II Seminário de 10 a 12 de julho de 1997.

Na Itália, além do parecer do CNEL-Consiglio Nazionale dell’Economia e del Lavoro, concernente à dívida externa dos países do Mediterrâneo (de 27 de junho de 1997), cumpre ressaltar duas tomadas de posição: uma eclesiástica e outra política.

Seguindo a linha da Pontificia Comissão “Iustitia et Pax” e com base na doutrina do Doutor da Igreja S. Alfonso Maria de’ Liguori, a Diocese de Cerreto Sannita-Telesse-Sant’Agata dei Goti difundiu uma *Declaração sobre usura e dívida externa*, preparada por um grupo internacional de juristas e moralistas²⁰. Essa linha foi assumida no ano 2000 pela Unione Giuristi Cattolici Italiani.

O tema da dívida externa foi amplamente tratado em uma sessão organizada no âmbito da XVII Conferência Nacional da OAB (Rio de Janeiro, 1999)²¹.

Por outro lado, a Câmara dos Deputados italiana, em 27 de maio 1998, aprovou (com só dois votos contrários) uma “Mozione”, apresentada pelo deputado Salvatore Cherchi, concernente à solicitação de um parecer consultivo da Corte Internacional de Justicia da Haya. No ano 2000 (ano do Jubileu), o Parlamento italiano aprovou a Lei nº 209 de 25 de julho de 2000, com unanimidade no Senado da República, relativa às “Misure per la riduzione del debito estero dei Paesi a più basso reddito e maggiormente indebitati”. Ressaltamos em particular o artigo 7, que, seguindo a linha do Parlamento Latino-americano e da “Mozione Cherchi”, dispõe: “*O Governo, no âmbito das instituições internacionais competentes, propõe o avio dos procedimentos necessários para um pedido de parecer à Corte Internacional de Justiça sobre a coerência entre as regras internacionais que disciplinam a dívida externa dos Países em via de desenvolvimento e o quadro dos princípios gerais do direito e dos direitos do homem e dos povos*”.

Essa Lei italiana foi acolhida favoravelmente nas reuniões organizadas pelo Parlamento Latino-americano, entre 2000 e 2001, em Montevidéu, São Paulo e Caracas.

Notas

¹ Ver *Roma-Brasília. Storia e istituzioni*, CNR-Consiglio Nazionale delle Ricerche, Progetto “Italia-America Latina”, Ricerche giuridiche e politiche, “Rendiconti I/1”, Roma 1989.

² Ver *Roma-Brasília: tradizione giuridica e realtà delle due capitali*, CNR... , “Rendiconti I/2”, Roma 1990.

³ Ver *Tradizione giuridica romana e istituzioni indigene del Brasile*, CNR... , “Rendiconti VIII”, Sassari 1993.

⁴ Ver *Principi generali del diritto e iniquità nei rapporti obbligatori. Aspetti giuridici del debito internazionale dei paesi latinoamericani*, CNR... , “Materiali VII/1”, Sassari 1991.

⁵ Ver *Diritto latinoamericano e sistema ecologico mondiale*, CNR... , “Rendiconti VI”, Sassari 1992.

⁶ Ver *Migraciones latinas y formación de la Nación Latinoamericana*, Instituto de Altos Estudios de América Latina, Universidad Simón Bolívar, Caracas 1984.

⁷ Ver *Emigrazioni europee e popolo brasiliano*, a cura di Gianfausto Rosoli, Centro Studi Emigrazioni, Roma 1987.

⁸ A. Lobo, *Curso de Direito Romano*, III, Rio de Janeiro 1931, p. 201.

⁹ A. Vieira, *História do Futuro*, introdução, atualização do texto e notas por M.L. Carvalhão Buescu, 2ª edição, Lisboa, pp. 271 ss.

¹⁰ Vedi A. Vieira, *Defesa do livro intitulado “Quinto Império”*, in Id. *Obras escolhidas*, com prefácio e notas de A. Sérgio e H. Cidade, VI, Lisboa 1952, pp. 124 ss.

¹¹ Vedi *Os autos do processo de Vieira na Inquisição*, edição, transcrição, glossário e notas de A.F. Muhana, São Paulo 1995, pp. 63 ss.

¹² D. Ribeiro, “Siamo noi i neo-romani”, em *L’illustrazione italiana*, N.S., CXV/44 (luglio 1987) p. 48.

¹³ D. Ribeiro, *O povo brasileiro. A formação e o sentido do Brasil*, 2ª ed., São Paulo 1995, pp. 453 ss.: “Com efeito, alguns soldados romanos...”.

¹⁴ D. Ribeiro, “Saudações às autoridades de Roma e a Pierangelo Catalano”, carta agora publicada em *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 3/1997, pp. 337 s.

¹⁵ O primeiro seminário foi dirigido pelo professor Giuseppe Chiarelli, presidente emérito da Corte Constitucional da República italiana: cfr. *Quaderni Latinoamericani*, 3-6 (1979), pp. 382 s. Outros encontros se organizaram em maio de 1978 (ibid., pp. 389 s.) e em maio de 1980.

¹⁶ Cfr. P. Catalano, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I, Torino 1965.

¹⁷ A partir da relação apresentada no VI Congresso Latino-americano de Direito Roma (Mérida, Venezuela, agosto 1987) e da Conferência feita em 10 de maio de 1989 no Centro di Studi Latino-Americani da II Università di Roma “Tor Vergata”, e retomada no Seminário “Roma-Brasília” 1990, publicada no volume *Principi generali del diritto e iniquità nei rapporti obbligatori. Aspetti giuridici del debi-*

to internazionale dei Paesi latinoamericani (Progetto Italia-America Latina, Ricerche giuridiche e politiche, Materiali VII/1), Consiglio Nazionale delle Ricerche, Sassari 1991.; reeditado em *Debito internazionale e principi generali del diritto*, a cura di S. Schipani ("Roma e America". Collana di studi giuridici latinoamericani, 8), ed. Cedam, Padova 1995, págs 77 ss., e em *Notícia do Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Nova Série, n. 3, 1º semestre de 1997, págs. 109 ss.

¹⁸ Ver os dois volumes *Principi generali del diritto e iniquità nei rapporti obbligatori. Aspetti giuridici del debito internazionale dei Paesi latinoamericani* (Progetto Italia-America Latina, Ricerche giuridiche e politiche, Materiali VII, 1-2), Consiglio Nazionale delle Ricerche, Sassari 1991-Roma 1992; e também *Debito internazionale, principi generali del diritto, Corte internazionale di Giustizia*, Atti del Seminario giuridico internazionale 5-7 marzo 1992, Libreria Editrice Vaticana-Libreria Editrice Lateranense, Roma 1993; *Debito internazionale. Principi generali del diritto*, cit.; *Il debito internazionale* (Atti del II Convegno 25-27 maggio 1995), Collana *Utrumque Ius*, Pontificia Università Lateranense, a cura di D. Andrés Gutiérrez e S. Schipani, Roma 1998.

¹⁹ As conclusões da XII Conferência interparlamentar União Européia-América Latina (Bruxelas, 19-23 de junho de 1995) reconfirmam a posição da XI Conferência, no ponto 27 da *Ata Final*: "Reafirma la resolución de la XI Conferencia Interparlamentaria CE/América Latina (Acta Final, apartado 26), relativa a los problemas generados por la deuda externa latinoamericana. Igualmente y ba-

sándose en el análisis del origen de ésta, introducido ya por el dictamen aprobado per el Comité Económico y Social de la Comunidad Europea en 1985 (Doc. CES 931/85 CAL/DM., apartado 7), en el enfoque del Parlamento Latinoamericano y en el análisis jurídico de diversas entidades académicas y científicas, pide a los Estados miembros de los Parlamentos que tomen las iniciativas oportunas, buscando el apoyo de otros países del mundo, a fin de que la Asamblea General de las Naciones Unidas solicite a la Corte Internacional de Justicia de La Haya un dictamen consultivo que permita afrontar el problema de la deuda externa conforme a los principios generales del derecho internacional contemporáneo (Estatuto de la Corte, art. 38 c)".

²⁰ Ver *Diritto alla vita e debito estero*, aos cuidados de P. Catalano, ESI-Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1997; Id., "A proposito della Carta di S. Agata dei Goti *Dichiarazione su usura e debito internazionale*", in *Studia Moralia*, XXXVI/1, june/junio 1998, pp. 285 ss. ; ver também P.M. Mazzola, "Praticamente usura", em *Nigrizia*, Anno 116, n. 4, aprile 1998, pp. 22-24; e ainda os artigos do Secretário da Congregazione per la Dottrina della Fede T. Bertone, "Un amore preferenziale", em *30 giorni*, a. 14, n. 10 (outubro 1996), p. 49 s.; e do presidente do Celam-Consejo Episcopal Latinoamericano O. Rodriguez Maradiaga, "Ubbidisco a chi li paga", em *30 giorni*, a. 14, n. 11 (novembro 1996), p. 46 s.

²¹ Ver Ordem dos Advogados do Brasil, *Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados "Justiça: realidade e utopia"*, volume II, OAB – Conselho Federal, Brasília 2000, pp. 1579 ss.

Venda do ascendente ao descendente. A revogação da Súmula 494 do STF

Roberto Rosas

Anna Maria Villela colocou em sua tese na Faculdade de Direito de Paris, em 1971, preciosa observação sobre a transmissão da herança no Direito brasileiro, a partir do art. 1572 do Código Civil, na adoção do princípio da *saisine*, isto é, *le mort saisit le vif*, em vernáculo, o morto é substituído pelo vivo. Logo, com a morte, abre-se a sucessão, e os herdeiros passam à disputa do cabível a cada um, ou a somente um, o acervo hereditário.

Tal exame é importante no discurso sobre o instituto da venda do ascendente ao descendente sem o consentimento dos demais descendentes. O tema ficou controvertido na doutrina, sobre as conseqüências, o prazo para a discussão, e a jurisprudência, e tomamos a maior, a do STF, já admitiu duas soluções, uma na Súmula 152, e atualmente na Súmula 494, e agora o novo Código Civil revoga a Súmula 494, ripristinando a Súmula 152 (art. 496).

O debate trava-se entre a caracterização de negócio nulo (Súmula 494) ou negócio anulável (Súmula 152 e novo C.C.), e o prazo para sua demanda – vinte anos (Súmula 494) ou quatro anos (Súmula 152).

Invoca-se Anna Maria Villela porque o socorro a seu trabalho leva-nos à nulidade, mas o início do prazo não é condizente na solução.

É necessária a digressão sobre o negócio jurídico realizado entre ascendente e descendente, para acentuar requisitos para a sua validade, entre eles a solenidade essen-

cial para sua validade (C.C. – 2002 – art. 166, V), bem como não pode haver o vício da simulação. No Código Civil (1916), o vício de simulação é anulável. No particular, o novo Código Civil considera nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistente se válido na substância e na forma (art. 167) e para caracterizá-lo quando houver aparência de transmissão de direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se transmitem (art. 167, § 1º, I).

No tema central, três correntes estabelecem soluções para a falta de consentimento dos demais descendentes na venda do ascendente ao descendente.

A ancianidade do tema, ainda agora, com soluções controvertidas, está na linguagem das Ordenações Filipinas, que, para a falta de consentimento de filhos e netos, diz – “e fazendo tal venda, ou troca, sem consentimento dos filhos, ou sem nossa expressa licença, será nenhuma e de nenhum efeito”. (Portugal, 1985, título 12). Portanto, quis essa legislação considerar sem efeito e, assim foi lido como nula a venda.

O assunto veio ao art. 1132 do Código Civil (1916): “os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consentam”.

Impede-se, nessa circunstância, a existência de doação inoficiosa do ascendente transferindo (gratuitamente) ao descendente, em lesão às legítimas, como autêntico adiantamento.

Cabe, ainda, a observação com a localização do citado dispositivo no capítulo das obrigações, e não das sucessões, e, portanto, a disputa é de negócio jurídico, e não de transmissão de bens, via sucessória.

O novo Código Civil expressa: “é anulável a venda de ascendente e descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante, expressamente, houverem consentido” (art. 496).

A doutrina dividiu-se nas conseqüências. Para Clóvis Beviláqua o negócio é nulo, porque a lei nega-lhe efeito (sem consen-

timento). Na mesma linha, Pontes de Miranda e Eduardo Espínola.

Mais recentemente, autores de expressão entenderam o negócio como anulável, porque não há interesse público, e assim, somente com provocação dos interessados, é possível a decretação da invalidade. Se o pai vende ao filho, sem consentimento dos outros filhos, esse negócio subsistirá se os outros não argüirem, e até poderão ratificá-lo. Assim estão Washington de Barros Monteiro, Caio Mário da Silva Pereira e Agostinho Alvim.

Assinale, também, na terceira corrente, a distinção entre venda direta (nula) e venda indireta, por interposta pessoa, simulação (anulável).

A jurisprudência do STF, em 1963, pacificou-se na Súmula 152, considerando a venda anulável, contado o prazo de quatro anos a partir da abertura da sucessão. Entendeu-se, portanto, que a venda era simulação (ou não, se realmente o pai vendesse ao filho, mediante prova do pagamento do preço), mas a invalidade somente poderia ocorrer após a morte do ascendente, no prazo de quatro anos, por ser vício da vontade. A *actio nata*, com a abertura da sucessão, significou solução expressiva, porque, a partir desse momento, haveria a transferência da propriedade (cf. VILLELA, 1971), e também a partir da abertura da sucessão, presume-se a ciência da transferência da propriedade, e até a sua existência.

Posteriormente, o STF revogou a Súmula 152, com a edição da Súmula 494, caracterizado o negócio como nulo, com prescrição em vinte anos, e *actio nata* da data de negócio (ROSAS, 2002, p. 224). Aqui, permite-se até em vida do ascendente, porque a disputa é em razão do negócio, e não da herança.

Estranhamente, esse debate só existe nos direitos brasileiro e português. O Código Civil Português considera anulável, após um ano do conhecimento da celebração do contrato (art. 877).

A jurisprudência do STJ, em média, adotou as duas Súmulas 494 (venda direta) e 152 (venda indireta).

Adotou-se a nulidade para ato de transferência de quotas sociais empresariais do pai ao filho, com prescrição vintenária, com a *actio nata* do ato de transferência. Portanto, aplicação da Súmula 494 (Resp. 208 521 – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – RT 778/230; no Resp. 151 935 foi feita excelente distinção entre venda direta e indireta – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – RT 763/179).

Em outras oportunidades, a Corte deu pela anulação, com interposta pessoa, com prazo de quatro anos, a contar da abertura da sucessão (Resp. 86 489 – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – RT Rev. STJ 90/275). Da mesma forma, em outro julgado, em que foi acentuada a anulação, porque a declaração de invalidade depende da iniciativa dos interessados, viável a confirmação, e valerá se provado o justo e real preço (Resp. 977-0 – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo – RT 717/259). Ainda em expressivo acórdão sobre o tema, a Corte deu pela anulação, mas dependente da demonstração da simulação. Se o preço não foi inferior, logo a venda foi boa (Resp. 74 135 – Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, RT 789/180).

Essa discussão não se aplica à doação do ascendente ao descendente, porque o texto legal trata de venda. Nesse caso, trata-se de adiantamento da legítima (Resp. 124220 – Rel. Min. César Asfor Rocha – RT 754/239 e Rev. STJ 107/281).

Em outra decisão, não foi exigida a prova da simulação, apenas a venda sem consentimento pressupõe a anulação (Resp. 84724 – Rel. Min. Waldemar Zveiter – RT 741/223).

Como observou Oliver Holmes, o direito não é só lógica, também experiência. Vejamos então, como ocorre na prática.

O pai vende ao filho pelo preço certo, pago, comprovado, até nas declarações de renda. Não há qualquer vício. Afinal, o pai pode vender ao filho, sem induzimento de doação inoficiosa, ou adiantamento da legítima disfarçada em prejuízo dos outros filhos.

O pai vende ao filho, com pagamento simulado, não ocorrido na realidade. Só pode se adiantamento da legítima. Logo, venda

direta, em autêntica fraude à legítima. Caso, portanto, de nulidade.

O pai, por interposta pessoa, vende ao filho, com pagamento simulado. Logo, há simulação com vício de vontade.

Juntando o art. 496 do CC – 2002, a Súmula 152 (anulável – quatro anos) e a Súmula 494 (nula – vinte anos), vamos à experiência do Direito.

Na verdade, a solução está na anulabilidade, porque depende de aprovação dos interessados, que não consentiram, e pode ser confirmada pelas partes (CC – 2002 – art. 172), e a invalidade deve ser pedida no prazo de quatro anos (CC – 2002 – art. 178), contado da abertura da sucessão. Por quê? E não do ato? Ora, nesse tipo de negócio, o seu esclarecimento, a sua exteriorização só é reclamada quando há a morte do ascendente vendedor, diante do inventário, da busca dos bens a inventariar. Somente a partir daí ocorre a legitimidade para a demanda, ao contrário da prescrição vintenária que permite a demanda, em vida, contra o ascendente vendedor. Essas observações são levadas em conta, com a experiência desse singular negócio da venda do ascendente sem o consentimento dos demais descendentes. Na linha da simulação, verifica-se qual o verdadeiro negócio concluído pelas partes e se verdadeiramente foi concluído. Para essa divagação, é necessário o exame da linha do Código de 1916 que enquadrava a simulação entre os vícios de vontade, e o novo adotou outro sistema, numa lição atual de Tullio Ascarelli (2001, p. 75) para o tema. Portanto, somente com a transmissão da herança, por força do *droit de saisine*, ocorrerá o direito à demanda, tudo isso deduzido da tese de Anna Maria Villela, acima citada.

Bibliografia

ASCARELLI, T. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001.

PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. v. 4.

ROSAS, R. *Direito sumular*: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 11. ed. rev. e atual. com referências ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2002.

VILLELA, A. M. *La transmisión d'herédité*: en droit brésilien et en droit français. 1971. Paris: Lib. Techniques, 1971. Publicado originalmente como tese de doutorado, Université de Paris, 1970.

Um continente à deriva

Rubens Ricupero

Sumário

1. Os caminhos do retrocesso. 2. Explosões de desespero. 3. Brasil, florão da América. 4. Nossa América e a dos outros. 5. Existe América Latina?

Pela primeira vez, ao que eu saiba, a América Latina arrebatou à África o troféu do pior desempenho econômico entre todas as regiões supostamente em desenvolvimento. Com taxas de 0,4%, em 2001, e - 1,1%, em 2002, os latino-americanos ficaram longe dos 2,7% - 2,5% dos africanos. Não que haja muito a celebrar nesses últimos resultados, que mal superam a taxa demográfica. Nem se pretende extrair do fato conclusões absurdas. Como, por exemplo, a de que, em termos absolutos ou relativos, a África teria deixado de ser, em quase todos os domínios, o continente por excelência da desventura: guerras externas ou civis, genocídio, fome, AIDS, concentração da maioria esmagadora das economias mais atrasadas, os pobres entre os pobres, em inglês "Least Developed Countries" ou Países Menos Avançados (33 em 49 – o único LDC nas Américas é o Haiti).

Tampouco se deve esquecer que, para o desastroso desempenho de 2002, concorreram alguns fatores excepcionais, dificilmente repetíveis em circunstâncias regulares. Entre eles, o colapso da economia argentina e, em grau menor, o da venezuelana. Feitas essas ressalvas, não há como escamotear a

extrema gravidade do sinal. Em primeiro lugar, porque o contraste é penoso com o período de 1946 a 1975, quando a América Latina crescia entre 6% a 7% ao ano, na liderança indisputada das regiões em desenvolvimento. Passamos depois a modesto lugar intermediário entre os asiáticos e os africanos, sempre, porém, mais próximos da comissão de frente. Dessa posição, começamos agora a escorregar para baixo. Não tanto devido aos duvidosos progressos africanos, mas porque o espetacular avanço chinês e asiático ameaça engolir e confundir dentro da mesma nuvem de poeira todo o pelotão dos que ficaram para trás. Na abertura da reunião da Comissão de Comércio da UNCTAD, em fevereiro de 2003, foi um tanto cabisbaixos que os latinos tiveram de escutar o discurso triunfalista com o qual o embaixador da Índia justificava o deslocamento em direção à Ásia do fulcro das atividades econômicas. Em 1940, dizia ele, o continente asiático representava 60% da população e só 19% do PIB mundiais; em 1995, essas porcentagens eram de 57% e 37%, respectivamente, e, em 2025, estima-se que serão de 55% e 51%.

A segunda razão para julgar inquietante a rabeira dos anos passados é que, em vez de incidente isolado e atípico, ela indica tendência à estagnação e ao declínio que dura já, com breve interrupção, quase dois decênios, uma geração. De fato, após perder a década de 1980, parecia, a princípio, que os anos 1990 nos tinham devolvido o crescimento, embora não mais com a aceleração de antes. A partir de 1997-98, no entanto, o vento voltou-nos a ser contrário. Desde então, tivemos cinco anos de taxa negativa de menos 0,3% em termos per capita. É isso que levou meu colega, José Antonio Ocampo, Diretor Executivo da CEPAL, a afirmar que, após a “década perdida” dos 80, acabamos de ter meia-década igualmente perdida. Quando se lembra que a mesma CEPAL calculava em 6%, no mínimo, a taxa média de expansão indispensável para recuperar o atraso social e tecnológico do continente,

pode-se medir a distância que afasta o sonho da realidade.

A confirmar que se trata bem de uma tendência geral, não de mero episódio extraordinário, há outro indício significativo. De uns anos para cá, não existem mais exceções, novos casos de crescimento rápido, como pareceram ser, em certos momentos, o Chile, a República Dominicana, o México, a Costa Rica. Os melhores desempenhos mal conseguem superar a módica taxa de 4%.

Como explicar o fenômeno? Em 2001-2002, algumas das causas foram conjunturais, ligadas à recessão americana e mundial, assim como à conseqüente queda nos preços das principais exportações latino-americanas. O que estaria, contudo, por trás do declínio do crescimento per capita que se registra a partir de 1997-98?

Ocampo, que foi ministro de Finanças da Colômbia e é um dos mais sólidos economistas latino-americanos, com especial competência em temas financeiros, não hesita no diagnóstico. A causa comum dessa tendência generalizada é a exacerbada instabilidade da economia internacional, sobretudo o comportamento dos mercados de capital. Em conseqüência da crise asiática de 1997, os fluxos financeiros internacionais sofreram forte contração e, após 1998, o pagamento de juros começou a ser maior do que a entrada de novos capitais. As transferências de recursos se tornaram novamente negativas, em termos líquidos. A região voltou a ser exportadora de capitais, com uma saída de US\$ 39 bilhões, no ano passado, nível que não se via desde os anos 80. Por algum tempo, o processo foi compensado pela entrada de investimentos diretos (para as privatizações, por exemplo), mas esse não é mais o caso. Em 2002, os investimentos diretos chegaram apenas à metade dos ingressados em 1999.

A turbulência e volatilidade dos mercados de capital tiveram, assim, efeitos devastadores para os latino-americanos, vítimas de crises sucessivas e encadeadas: Ásia, Rússia, Brasil, Argentina. O ajustamento ao

encolhimento de recursos tem sido invariavelmente tentado pela via da desvalorização e da recessão interna, com todas suas seqüelas: desemprego, acirramento dos conflitos, aumento da desigualdade. O pior é que, mesmo quando tem êxito, o ajustamento permite apenas recomeçar o ciclo infernal: aumento do endividamento, instabilidade, novas crises. Os mercados financeiros são imperfeitos e tendem, inelutavelmente, a subestimar ou a exagerar os riscos. Sem uma reforma profunda, que os países ricos recusam, o retorno a esses mercados é só o intervalo que precede a crise seguinte. Enquanto não se tirar a lição dessa verdade, o continente continuará duplamente à deriva. Primeiro, porque seu crescimento seguirá errático, ao sabor dos humores dos mercados em situação de guerra, tensão internacional e incerteza política extrema. Segundo, porque os dirigentes não logram vislumbrar alternativa e, resignando-se a flutuar aos ventos e tempestades, abandonaram há muito tempo até a veleidade de comandar seu próprio destino.

1. *Os caminhos do retrocesso*

Em meados dos anos 90, houve um momento de ilusões. Acreditou-se que o fim da hiperinflação traria um círculo virtuoso de crescimento sustentado, melhora social e governos democráticos eficientes e honestos. O sonho durou pouco e hoje acumulam-se os sinais de miséria e desemprego. Esses indícios são, sobretudo, evidentes na América do Sul, onde têm sido numerosos e em aumento os episódios de revolta suicida e sem esperança. Ontem na Argentina, no Equador, no Peru, hoje na Venezuela e na Bolívia, saques, motins, levantes espontâneos e desorganizados engordam as estatísticas dos miseráveis mortos pela polícia e pelo exército. Mais e mais nessas latitudes, governar é reprimir.

Cada um desses episódios tem um fator específico que o desencadeou. Aqui, foi o impacto, sobre os pobres, do aumento de

impostos; ali, a elevação da taxa da água, do preço do botijão de gás, do combustível, o congelamento das contas bancárias. Na Colômbia, em vez dos levantes esporádicos e fugazes, a violência já se instalou permanentemente, com armas e bagagens, sob a forma da guerrilha aliada ao narcotráfico. No Brasil, há pouca violência politicamente organizada, mas, em compensação, o padrão que se esboça evoca em alguns aspectos o colombiano, até para pior: criminalidade selvagem, que é uma forma de guerra civil, ao lado da indústria capitalista do narcotráfico, que coordena levantes em presídios e fecha o comércio e as escolas no Rio, de maneira que seria inimaginável em Bogotá.

O pano de fundo dessa desintegração progressiva do sistema político e dos laços de coesão social é o persistente fracasso das políticas econômicas para retomar o desenvolvimento que o continente conheceu antes da crise da “década perdida” dos 80. A verdade é que enganamos o mundo e a nós mesmos com a afirmação de que tínhamos saído da crise da dívida externa de 1982. É certo que, um após o outro, todos os países conseguiram ajustes com o FMI e, graças aos títulos Brady, fecharam acordos de reestruturação com os bancos privados. O que fizemos, no entanto, foi apenas trocar uma espécie de dívida por outra diferente, escapar de uma armadilha para tombar em nova pior, sair do pelourinho para ficar amarrado no tronco. Lembramos os personagens de “O Anjo Exterminador”, de Buñuel. Quando nos libertamos, enfim, do suplício invisível que nos impedia de cruzar uma porta escancarada, quando acorremos à igreja e celebramos um *Te Deum* pela libertação, descobrimos subitamente, ao tentar sair, que alguma força misteriosa não nos permitia de novo transpor os umbrais do templo

Presos na armadilha do mercado financeiro desde 1997, perdemos mais meia década, com um declínio acumulado de 2% na produção econômica per capita ao longo de cinco anos. Em conseqüência, é dos mais

inquietantes o “Panorama Social da América Latina” apresentado pela CEPAL para 2001-2002. Nos primeiros anos da década de 90, a economia crescia modestamente e as taxas de pobreza melhoravam um pouco. A sucessão de crises financeiras, a partir de 1997, primeiro freou esse movimento para invertê-lo em seguida. Em 2000, ano excepcional para a economia mundial, o índice de pobreza no continente era de 42,1% da população e o de indigência declinava para 17,8%. No ano seguinte, a pobreza subiu para 43% e a indigência para 18,6%, tendo havido aumentos da primeira em doze países e da segunda em catorze. As estimativas para 2002 são de que a porcentagem de pobres foi de 44% e a de indigentes, de quase 20%, uma pessoa de cada cinco, no ano passado. Em termos absolutos, isso significa que, em relação aos números de 2001, houve acréscimo de cerca de 7 milhões, dos quais 6 milhões extremamente pobres. É claro que essa é a experiência média do continente, bastante influenciada pelo desastre sem precedentes na Argentina. Feita essa ressalva, não há como ignorar que tais cifras marcam “uma considerável deterioração da situação social da região”, segundo declara o relatório. Para se ter uma idéia do que representam esses números em pessoas de carne e osso, com um rosto, um destino, sonhos e aspirações, basta dizer que em 2001 a América Latina abrigava 214,3 milhões de pobres, sendo 92,8 milhões classificados como indigentes, aos quais é necessário acrescentar os 7 milhões a mais daquele ano.

O mais desanimador é a alarmante dimensão de retrocesso escondida nessa tendência. De fato, as porcentagens atuais superam as que tínhamos antes do início da crise da dívida, em 1980. Naquele ano, o índice de pobreza era de 40,5% e hoje é de 44%, quase quatro pontos percentuais a mais, enquanto o de indigência era de 18,6% e agora é de 20%. Aprendi isso a primeira vez no “Panorama” de 1998 e fiquei tão espantado que o citei em vários discursos e artigos. Vejo pelo “Panorama” atual que não

conseguimos, após duas décadas, sequer voltar ao ponto em que estávamos ao iniciar-se a derrocada!

Não tenho prazer algum em chamar a atenção para um fracasso, que, afinal, é de todos. Diante, porém, do espetáculo de tantos dirigentes, um pouco por toda a parte, aferrados a quimeras, ostentando um falso sentimento de segurança, seria imperdoável calar. É preciso, ao contrário, clamar aos céus, oportuna e inoportunamente, como queria o Apóstolo Paulo, que certos aspectos (não todos) das políticas econômicas abraçadas por convicção ou impostas de fora são perversos e estão na raiz das explosões sociais que se sucedem. Com humildade e comedimento, reconhecendo que os governos estão em situação difícil e terão de ser ajudados a encontrar uma saída, é indispensável proclamar, ao mesmo tempo, que não é possível continuar assim: vinte anos de crise e retrocesso bastam para mostrar que esse é o caminho do desastre.

2. *Explosões de desespero*

Embora os desempenhos sociais variem e alguns países ou setores apresentem avanços, enquanto outros regridem, as análises demonstram que as diferenças preexistentes não bastaram para evitar que, de modo geral, a situação se deteriorasse na média do continente. Nenhum país é possivelmente mais diferente da Argentina do que o Equador. O Peru não se parece em quase nada à Venezuela. Nem esta última à Bolívia. Não obstante, todos eles conheceram recentemente episódios similares de levantes de massa, saques e violência espontânea. Em exemplo algum se detectou o dedo escondido dos quase extintos partidos comunistas, nem se repetiram acusações à subversão vinda de Cuba, ou se suspeitou de uma manipulação qualquer da parte de movimentos guerrilheiros. Todos, sem exceção, gozavam de governos eleitos em escrutínios tão democráticos e livres quanto podem ser nessas latitudes. Finalmente, quase todos, a Bolívia e a Vene-

zuela de 1990-91, a Argentina de Menem, o Peru de Fujimori, foram propostos, em algum momento, à admiração universal pela determinação com que teriam aplicado as reformas receitadas pela ortodoxia.

Como explicar a coincidência de desastres parecidos em países tão diferentes? Três fatores chamam a atenção em todas as autópsias: 1º) o papel decisivo da dívida, das crises financeiras e da dependência dos mercados externos, responsáveis na América Latina por quinze anos perdidos em vinte; 2º) a deterioração de quase dois pontos percentuais na taxa de pobreza da região, de 41,5% em 1980 para 44% em 2002, e de 1,5 ponto na de indigência, de 18,6% a 20% no mesmo período, resultado provavelmente sem precedente histórico; 3º) a pior crise de emprego do continente em trinta anos, segundo o “Labour Outlook 2002”, da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

De acordo com a CEPAL, o desemprego passou de 8,4% em 2001 para 9,1% no ano seguinte, a mais alta taxa jamais registrada. A OIT calculava, para o desemprego urbano, 9,4% em março de 2002 e projetava para o ano o índice de 9,8% (no estudo “Globalización y trabajo decente en las Américas”). Essa taxa equivalia a cerca de 18 milhões de pessoas. A deterioração começou em 1995 – não por acaso o ano da crise mexicana e início da série de crises – e agravou continuamente a taxa média, até então em torno de 6%.

Na Argentina, o desemprego saltou de 7,5% em 1990 para 17,4% em 2001 e era estimado em 21,5% nos primeiros nove meses de 2002. Para os demais países onde se acentuaram as perturbações, os índices pioraram sempre, entre 1990 e 2001: na Bolívia, de 7,2% a 8,5%; no Equador, de 6,1% para 10,4%; no Peru, de 8,3% a 9,2%; na Venezuela, de 11,0% a 13,5%, com projeção para 15,5% até setembro de 2002 (“Global Employment Trends, ILO, www.ilo.org/inform).

No continente, o desemprego urbano para as mulheres era 45% superior ao dos

homens e o dos jovens atingia quase o dobro. Retrato de uma semi-década perdida: em 1990, 63 milhões de trabalhadores urbanos, 45% da população economicamente ativa, não tinham emprego decente. Em 2002, essa cifra chegou a 93 milhões ou 50,5% da população. O pior é que sete de cada dez empregos criados nesse período se localizam no setor informal, em que apenas dois de cada dez empregados têm acesso a benefícios sociais. A desocupação não só cresce fisicamente, mas é acompanhada por maior vulnerabilidade social e privação de direitos trabalhistas.

O “Panorama Social” da CEPAL, 2001-02, assinala que mesmo os sinais encorajadores, os indicadores que justificam a esperança no longo prazo, são neutralizados pelo crescimento anêmico. Esse é o caso do salto impressionante, entre 1990 e 1999, no número de profissionais e técnicos qualificados. De um aumento de 32 milhões de indivíduos com idade de trabalhar, quase 8 milhões possuíam qualificação além do secundário. Sem embargo, até essa categoria mais “empregável” tem sido subutilizada ou desperdiçada devido ao déficit de crescimento. Entre o começo e o fim da década de 1990, não só se agravou a desocupação dos menos qualificados como igualmente a dos técnicos e profissionais, para os quais a taxa se elevou de 3,8% para 6,6%.

Já perdi a conta das vezes em que tomei um táxi no Brasil para descobrir que o motorista possuía curso superior. É o que diz em linguagem técnica o “Panorama Social” da CEPAL: no Brasil e no México, chega a mais da metade (58%) a porcentagem de técnicos e profissionais que trabalham no comércio ou em serviços pessoais (como táxis). De um total de 19 milhões da categoria, 4,5 milhões não conseguem trabalhar em suas especialidades. Um milhão estão desempregados. O restante trabalha em empregos com salários mais baixos do que se justificaria “com o investimento feito em sua educação, representando assim séria perda tanto em nível individual como coletivo”.

A explicação é que as economias da região não crescem o bastante para criar empregos que absorvam a rápida expansão na oferta de profissionais e técnicos (a baixa qualidade do ensino também influi). Vê-se pelo exemplo que a educação não é, por si só, panacéia para superar o subdesenvolvimento. Já deveríamos ter aprendido na radicalização dos anos 60 e 70 que, se não houver política macroeconômica capaz de impulsionar o crescimento e gerar emprego, a educação superior vai apenas produzir legiões de frustrados como os que engrossaram os movimentos guerrilheiros na Argentina e no Uruguai. A diferença é que, hoje, em lugar de pegar em armas, eles pegam o primeiro avião para levar aos EUA, ao Canadá, à Austrália seus talentos e o investimento efetuado em sua formação. Ao apresentar em Lima o documento da OIT, o diretor-geral da organização, o chileno Juan Somavia, aludiu aos acontecimentos na Argentina e comentou que estávamos lidando com populações desesperadas diante da situação de párias da globalização a que tinham chegado. Se a situação não for revertida, dizia ele, haverá explosões de pobreza, fome e desespero, que ameaçarão a estabilidade política, pondo em perigo a capacidade das sociedades latino-americanas de preservarem uma coexistência democrática. Longe de ser alarmista, meu amigo Somavia foi até moderado. Vendo o que se passa na Venezuela, na Colômbia, na Bolívia, não há como negar que as explosões já começaram e vão continuar. A dúvida é uma só: quem será o próximo?

3. *Brasil, florão da América*

Em matéria de desigualdade, não se nota divergência apreciável de padrões entre norte e sul da América Latina, em contraste com o que ocorre, por exemplo, na crescente dependência econômica e comercial em relação aos Estados Unidos. No livro sobre distribuição da renda na região, publicado pela CEPAL em 2001, o autor, Samuel A.

Morley, relaciona, como os países de maior desigualdade pelo grau e persistência, o Brasil, o Chile, a Guatemala, Honduras, o México e o Panamá, dois do sul e quatro do norte. Em outra passagem, assinala que “a desigualdade subiu abruptamente” (nos anos 1980) “nas maiores economias da região – Argentina, Brasil, Chile e México – e não mostrou nenhuma tendência a declinar após 1990”. O panorama é, portanto, uniforme, constante e deprimente.

Na mesma obra, afirma-se que, independentemente do método de medição, a América Latina tem, em média, a distribuição mais desigual do globo. Estudo de Deininger e Square para o Banco Mundial (1996) comparou os coeficientes *Gini* de desigualdade para 108 nações ao longo de 30 anos. Resultados: 1º) a distribuição na América Latina não é só a mais desigual, mas assim tem sido ao menos desde 1960 e, em realidade, desde que se começou a dispor de estatísticas sobre o assunto; 2º) no Oriente Médio e na África, as duas outras áreas com índices comparáveis, a desigualdade caiu substancialmente, enquanto na América Latina, após redução ligeira nos anos 1970, a desigualdade se agravou a partir dos anos 1980, sendo a única região na qual essa taxa permaneceu imobilizada, sem mudança, no elevado patamar inicial. A melhoria passageira coincidiu com o último período de crescimento firme e difundido por todo o continente, trinta anos atrás. As crises financeiras e suas seqüelas, após 1980, provocaram uma reversão e, em 1990, todos os indicadores haviam sofrido um retrocesso de três décadas; quase um terço do século 20 foi desperdiçado caminhando para trás justamente em um dos aspectos mais retrógrados da herança do passado.

O “Panorama Social” 2000-2001, da CEPAL, constata que, apesar dos inegáveis avanços como o aumento do gasto social e da preocupação com a distribuição, fracasamos em obter melhoria substancial nessa área, não existindo, tampouco, sinais promissores para crer que a situação mudará

significativamente no curto ou médio prazo. Dos 17 países analisados, só dois (Honduras e Uruguai) fecharam a década de 1990 com progresso em reduzir a desigualdade. Mesmo nas poucas economias que registraram crescimento satisfatório como a chilena, não se conseguiu diminuir o elevado grau de concentração e de disparidade social. É bom recordar que esse era o retrato do problema antes da crise na Argentina, Venezuela e Uruguai, as quais tiveram e continuam a ter devastadoras conseqüências em termos de recessão, desemprego e desigualdade.

Sem se aventurar no terreno da interpretação histórico-social, Morley limita-se a diagnosticar as causas imediatas da desigualdade. Primeiro, desequilíbrio educacional, que faz da América Latina o continente com o mais alto diferencial entre os dotados de educação superior e o resto. Enquanto a Ásia investiu em universalizar a educação primária e secundária, os latinos se resignaram à evasão escolar a partir do primário, utilizando o dinheiro poupado com o secundário a fim de expandir as universidades para as elites. Segundo, a região tem a distribuição de terra mais iníqua do mundo. Esse padrão, somado à expansão e ao êxodo de uma população rural sem qualificação, gera oferta excessiva de mão-de-obra de baixa produtividade, deprimindo os salários (quando há emprego).

O fator mais importante é o abismo que separa a renda média dos ricos dos demais degraus da pirâmide, muito maior do que nas demais regiões. Os ricos na América Latina são muito mais ricos em relação ao restante da população do que em outras partes. Os 10% no topo são responsáveis por dois terços a três quartos da desigualdade total na maioria dos países examinados. Existem, é claro, diferenças sensíveis entre a renda dos que estão no fundo do poço e os graus intermediários e superiores, mas essas diferenças são similares às de outros continentes. O que de fato singulariza a excepcionalidade latino-americana é a imen-

sa, incomensurável distância entre os *happy few* e o resto.

Em quase todos esses aspectos, é o Brasil espelho fiel da situação regional. O nosso país tem o duvidoso título de possuir a sociedade mais desigual no continente mais desigual do globo. O "Panorama" da CEPAL 2000-01 registra que o coeficiente *Gini* brasileiro (0,64) é o mais elevado de todos, seguido pelo da Bolívia, Nicarágua e Guatemala. Entre nós, a renda dos 10% mais ricos é 32 vezes maior que a dos 40% mais pobres, ao passo que essa relação para a região como um todo é em média de 19,3 vezes. Exceto na Costa Rica e no Uruguai, no resto da América Latina, os 10% mais ricos controlam por volta de 30% da renda, o que no Brasil sobe a 47,1%. Somos também o único país onde mais da metade da população, 54,8%, para ser preciso (1999), tem renda inferior a 50% da média.

É fácil continuar a alinhar dados desse tipo, mas o exercício seria supérfluo pois as conclusões são claras. Não é possível negar que, nos últimos vinte anos, as crises financeiras, as recessões e o crescimento errático ocasionaram retrocesso na luta contra a pobreza, a indigência, o desemprego e a desigualdade. Algo está errado com a receita. É preciso corrigi-la e, ao planejar reformas indispensáveis como a dos impostos e a do mercado de trabalho, evitar medidas que agravem ainda mais a desigualdade, como infelizmente aconteceu em países vizinhos, de acordo com as análises da CEPAL.

4. Nossa América e a dos outros

Uma das provas mais irrefutáveis de deterioração das perspectivas econômicas e de mobilidade social é quando um país ou uma região passam de pólo de atração de trabalhadores de fora para a situação de nações que exportam seu melhor capital, os recursos humanos. Quando as pessoas buscavam fugir em massa da Alemanha do Leste ou dos países comunistas da Europa, a propaganda ocidental dizia que elas esta-

vam votando com os pés. É isso que sucede agora na América Latina.

Semanas antes de morrer abandonado em Santa Marta, Simón Bolívar escrevia na véspera da partida para o exílio que “aquele que serve uma revolução ara no mar”. Além dessa frase célebre, deixou-nos o moribundo outra, por razões compreensíveis pouco citada, mas inconscientemente seguida por milhões e milhões de indivíduos: “Em nossa América, só há uma coisa a fazer: emigrar!”.

Nossa América, dizia o Libertador, para distingui-la da América deles, dos outros, a do Norte, na qual, para começar, os pais da pátria, Washington, Jefferson, morriam cobertos de honra, sem temor de serem escorraçados e proscritos, quando não assassinados, como Sucre. Desde o início, a que teve o melhor ponto de partida encarnou a idéia da terra da promessa, a que impressionou Tocqueville, serviu de modelo às falsas cópias dos demais e de pólo de atração às massas de trabalhadores da Irlanda, Alemanha, Itália, judeus da Europa oriental. A partir de meados do século 19, o sonho de “fazer a América” contagiou a outra metade e não faltaram imigrantes europeus, árabes, judeus, japoneses para ajudar a povoar as paragens meridionais. Esse movimento, do qual muitos no Brasil somos os herdeiros, estendeu-se até os primeiros anos após a 2ª Guerra Mundial. Desde então, o fluxo se estancou para depois inverter bruscamente de sentido, passando a fluir do sul para o norte, para a outra margem do Atlântico e do Pacífico. Como diz meu amigo Sérgio Danese, hoje “a América são eles”, isto é, os EUA, mas também a França, a Itália, a Espanha, a Inglaterra, o Japão, a Suíça, até o pequeno Portugal. A esperança de vida melhor mudou de lado e não há sinais de que tão cedo voltaremos a tê-la do nosso.

A Argentina é o exemplo mais dramático dessa reviravolta. Em termos relativos, nenhum país, mesmo os EUA, deve tanto aos imigrantes como a terra de promessa por excelência, a Argentina de 1880 a 1914.

Transformada agora em país de emigração, apesar de subpovoada, em vias de perder muitos de seus melhores talentos, a vizinha nação registra a cada ano balanços negativos mais altos entre partidas e chegadas. Os mexicanos começaram cedo, desde o início do século 20, a emigrar para os EUA, mas o movimento se acelerou enormemente nos últimos vinte anos. Em 1980, haviam sido oficialmente registrados nos EUA perto de 2 milhões e 200 mil mexicanos, cifra que saltou para 4,3 milhões, em 1990, e 7,5 milhões em 1998. Um caso extremo é o de Porto Rico, cuja população era de 3,8 milhões (1998), ao passo que outros 2,7 milhões, o equivalente a 70% do total, viviam nos EUA.

Aliás, esse é, ao lado do intercâmbio comercial, outro aspecto que diferencia nítida e crescentemente o norte em relação ao sul da América Latina. Tanto em matéria de exportações e importações, quanto na direção dos fluxos migratórios, o México, o Caribe, a América Central se caracterizam por um grau muito mais intenso de concentração nos Estados Unidos do que os mais distantes países sul-americanos. Em outras palavras, a integração das nações setentrionais com o espaço econômico norte-americano se faz não só por meio das trocas comerciais, mas também pela exportação de mão-de-obra. Para ter idéia de como se tem acentuado essa tendência, vale lembrar que, nos anos 1980, um terço da migração legal para os EUA provinha do Caribe, calculando-se, em nossos dias, que caribenhos e mexicanos respondem por 80% a 90% dos 8 milhões de clandestinos (54% mexicanos). O mesmo ocorre com a América Central: ao longo dos últimos 175 anos, cerca de 1,1 milhão de centro-americanos ingressaram como imigrantes nos EUA, dos quais 90% chegaram depois de 1980.

No sul, as partidas também se intensificam, mas as destinações são mais diversificadas, embora os EUA conservem a primazia. Os equatorianos que emigraram são 16% da população ativa, boa parte nos EUA,

constituindo, ao mesmo tempo, a principal mão-de-obra da agricultura do sul da Espanha. Estima-se que 2,2 milhões de peruanos tenham emigrado e cerca de 300 mil abandonem o país anualmente, muitos dirigindo-se igualmente à Espanha e a destinos latino-americanos. O Brasil, com mais de 2 milhões de nacionais no exterior, possui a originalidade de um forte contingente, talvez 250 mil, no Japão.

O fenômeno é mundial – 200 milhões emigram por ano – e traz benefícios inegáveis. A título individual, como instrumento de mobilidade social, encontra-se um bom exemplo no Secretário de Estado americano, Colin Powell, filho de jamaicanos. Para os EUA, sonho da maioria, as vantagens vão dos cérebros que enriquecem o Vale do Silício ao “exército de reserva” de mão-de-obra que possibilitou acelerar o crescimento, mantendo deprimidos os salários. Para os países exportadores de gente, além do alívio da pressão demográfica, a recompensa vem pelas remessas financeiras dos emigrados, equivalente em 2002 a US\$ 32 bilhões para a América Latina, 31% do total mundial, dos quais 78% vieram dos EUA. O México sozinho recebeu US\$ 10,5 bilhões, o dobro das exportações agrícolas, mais que o turismo e dois terços do petróleo. A América Central ganhou US\$ 5,5 bilhões; o Caribe, US\$ 5,45 bilhões; e os andinos, US\$ 5,4 bilhões. O BID, fonte dos dados sobre remessas (os relativos às migrações são da Organização Internacional para as Migrações), calcula que as remessas para o Brasil em 2001 foram de US\$ 2,6 bilhões, mas julga que a cifra está aquém da realidade.

É esse o panorama da nossa América, sobretudo depois de 1980. A deles, não apenas os EUA, mas o Canadá, a Austrália, oriundos do mesmo movimento de colonização, não precisa exportar gente. Essa diferença crucial basta para mostrar o que separa o êxito histórico da América do Norte e outros países como a Austrália da experiência frustrante da América Latina e do Caribe. Pode-se dizer o que se quiser para

valorizar os aspectos positivos e atenuar a amargura dessa evolução, mas é difícil ignorar o que relatava o “Clarín”, de Buenos Aires, sobre a atitude das pessoas no país onde era mais forte a tentação de emigrar. Em artigo sobre a mobilização popular após a crise argentina, dizia o jornal que a resposta mais freqüente à pergunta acerca do sentido dessa mobilização era simplesmente: “Porque não quero que meus filhos tenham que ir embora do nosso país!”.

5. Existe América Latina?

Após examinar o que vem acontecendo no continente em matéria de desempenho social, é tempo de tentar extrair algum sentido e encontrar explicações para as semelhanças e diferenças, medindo a importância de umas e outras.

Não se pretende aqui negar o óbvio: que, em termos de línguas, passado histórico, tradições culturais, problemas comuns, os povos da América Latina são menos diferentes entre si do que os da Ásia, Europa, África, onde às vezes um só país abriga cem idiomas e etnias distintas. A unidade básica não tem impedido, contudo, que se venha acentuando, nos últimos tempos, tendência à crescente diversificação entre o México, a América Central e o Caribe, de um lado, e a América do Sul, do outro. Para evitar repetir os nomes das regiões, falaremos simplesmente em norte e sul da América Latina.

A diferenciação vem-se fazendo mais nítida em dois setores fundamentais: o grau de instabilidade política e a dependência econômica e comercial em relação aos Estados Unidos. No primeiro caso, o norte aparece mais calmo, menos instável que o sul e essa mudança é recente. Até os anos 80, a América Central era o “homem doente” do continente, com o sandinismo no poder na Nicarágua, a guerrilha fortemente organizada em El Salvador e a guerra civil com tinturas de genocídio na Guatemala. No Caribe anglófono, a Jamaica de Michael

Manley era o foco das preocupações, embora as complicações aumentassem em Granada e outras ilhas. A República Dominicana se recuperava lentamente do longo reino de terror de Trujillo e da intervenção estrangeira de 1966; a tragédia haitiana provocava novas intervenções; a hostilidade não só de Washington, mas de outros governos contra Cuba, mantinha-se em nível perigoso. Completavam o quadro os temores americanos pela segurança do Canal do Panamá, devido à aproximação entre Noriega e Castro, bem como os sangrentos acontecimentos do Suriname, que, embora fisicamente na América do Sul, apresenta, como a Guiana, muitos traços caribenhos.

Lançando hoje o olhar a esse vasto espaço varrido pelos furacões, que se estende dos desertos mexicanos à “poeira de ilhas” do Caribe, o que se vê é uma placidez cálida, embalada por salsas e merengues, calipsos e reggae. O contraste não poderia ser maior com os roncões subterrâneos, as súbitas erupções antecipadoras de explosões vulcânicas, ao longo de todo o arco andino, da Venezuela à Colômbia, Bolívia, Peru, Equador até a Argentina ao sul. Pelo menos até agora, o fim da guerrilha na América Central aparentemente inaugurou fase de estabilidade menos precária do que a partida dos ditadores militares sul-americanos. Será ilusório, fugaz, um descompasso apenas entre norte e sul no eterno retorno do ciclo de turbulência?

À medida que se avança para o norte, aumenta, na mesma proporção, a intensidade da dependência econômica e comercial em relação aos EUA. O grupo mais setentrional – México, América Central, alguns caribenhos mas incluindo também a Colômbia e a Venezuela (devido ao petróleo) – encontra no mercado americano o destinatário de um máximo de 88% a um mínimo de 48% de suas exportações (a porcentagem das importações é parecida). Para o segundo grupo – Equador, Chile, Bolívia, Mercosul –, os EUA absorvem de 38%, no caso do Equador, até apenas 8%, no Paraguai, do

total das exportações (para o Brasil, tem oscilado nos últimos anos entre 24% e 19%). Os resultados são similares quando se examinam outros índices de dependência econômica: origem dos investimentos diretos, localização dos maiores credores da dívida, fontes de remessas financeiras de imigrantes, proveniência de turistas, etc.

A primeira conclusão dessa análise é que a geografia ainda conta e muito, apesar de tudo o que se diz sobre a globalização e seu suposto efeito de anular a distância. Não é novidade que, desde os primórdios coloniais, os ianques sempre dispensaram, para o bem e para o mal, atenção prioritária ao seu entorno físico imediato, boa parte do qual – da Flórida e Porto Rico à Louisiana, Texas, Califórnia – compraram, anexaram ou associaram. A doutrina Monroe, a política do “big stick”, as guerras contra o México e a Espanha, as repetidas intervenções e ocupações na Nicarágua, Haiti, Cuba, Panamá tiveram basicamente por cenário essas extensões terrestres e marítimas do norte. Nesse sentido, existe uma linha de continuidade histórica desse passado com o padrão recente. O “big stick” e as intervenções sobreviveram no apoio aos “contras”, nas operações clandestinas de financiamento e orientação ao combate musculoso da guerrilha, chegando diretamente ao uso da força em Granada e no Panamá. Mais ao sul, exceto em episódios como a queda de Allende e, em razão das drogas, a guerrilha colombiana, os métodos são mais sutis.

A mesma diferença de padrão se manifesta em matéria econômica. Compare-se, por exemplo, a ajuda pronta, maciça e eficaz com que se socorreu o México na crise da “tequila” com a indiferença e frieza diante das convulsões agônicas da Argentina. Se as invasões de Granada e Panamá constituem eco distante das intervenções dos “marines” e do “big stick”, a política da “boa vizinhança” ou a Aliança para o Progresso, versões mais benignas da política norte-americana, reaparecem na ALCA. Tampouco é surpresa que esta tenha come-

çado pelo México (NAFTA) e pelo Caribe (“Caribbean Basin Initiative”) e que as recentes ofertas tarifárias americanas nas negociações da ALCA estabeleçam uma sábia dosagem descendente, favorecendo primeiro os caribenhos, depois os centro-americanos (com os quais já estão negociando acordo separado), um pouco menos os andinos, para atingir, na rabeira, os sulistas. Nada mais lógico pela geografia e pela história.

A segunda e mais relevante conclusão é que a diversificação é real e crescente, mas é sobretudo de grau, não de essência. Ela se processa dentro do padrão comum, que é a dependência geral em relação aos EUA. O que dá unidade irreduzível à América Latina e ao Caribe é a forma de inserção no mundo. No passado, como colônias de exploração, fornecedoras de produtos primários aos mercados internacionais; no presente, como economias em larga medida ainda dependentes da exportação de “commodities” e da importação de poupança externa. Mesmo os êxitos, reais ou aparentes, como o

aumento das exportações mexicanas graças ao acordo do NAFTA, são relativos. Não só parcela expressiva dessas exportações provém das maquiladoras, em que é baixo o grau de valor agregado, como as indústrias exportadoras se concentram muito ao longo da fronteira norte, ameaçando agravar a polarização. Além disso, não houve melhora expressiva nos índices sociais.

Situando-se na área direta da afirmação da hegemonia americana, a região terá de redefinir o modo como se relaciona com os EUA, se quiser reformular em termos qualitativos sua inserção global. Basta atentar nos índices de pobreza, indigência, concentração de renda de expulsão de mão-de-obra, uniformemente insatisfatórios, para constatar que nenhum desses países teve pleno êxito em mudar o patamar qualitativo da inserção. É essa deficiência comum que permite continuar a afirmar, apesar da diferenciação, a fundamental unidade da América Latina como problema ainda à espera de solução.

O poder de celebrar tratados no direito positivo brasileiro

Salomão Almeida Barbosa

Sumário

1. Introdução. 1.1. Direito e Relações Internacionais. 1.2. Constituição e Relações Exteriores. 2. O Poder de celebrar tratados no direito positivo brasileiro. A prática brasileira e exemplos: a obra “O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro”, do Prof. Dr. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (1995). 2.1. A Constituição de 1824. 2.2. A Constituição de 1891. 2.3. As Constituições de 1934 a 1967: panorama geral. 2.4. A Constituição de 1988. 3. Jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. 3.1. A paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais. 3.2. O Pacto de São José da Costa Rica. 4. Conclusões.

1. Introdução

1.1. Direito e Relações Internacionais

O ex-chanceler Celso Lafer (apud DALLARI, 1994, p. 2-3) afirma que o Tratado de Westfália, de 1648, “representou a consolidação de uma ordem mundial constituída exclusivamente pelos governos de estados soberanos. Estes teriam liberdade absoluta para governar um espaço nacional – podendo entrar em acordos voluntários, tratados –, para regular as relações externas e intraconexões de variados tipos”. Assim, a *Lógica de Westfália*, para Celso Lafer, traduz governos soberanos e iguais, vale dizer, o equilíbrio mecânico do

poder está baseado na ação individual dos Estados, únicos atores da ação política, o que nos remete ao fundamento precípua do Direito Internacional Clássico: sistema de normas de mútua abstenção (DALLARI, 1994, p. 2-3).

Todavia, acentua o ex-chanceler a denominada *corrosão* dos paradigmas da *Lógica de Wesfália*, motivada, precipuamente, pela tensão entre a igualdade na teoria e a desigualdade de fato, o que se aprofunda, ainda mais, em razão de dois fenômenos que abalam o conceito tradicional de soberania: a necessidade da cooperação intergovernamental e o transnacionalismo, aqui entendido como aquele conjunto de relações que não transitam necessariamente pelos canais diplomáticos do Estado, mas que têm o poder de influir nas sociedades (LAFER, 1982, p. 71-83).

1.2. Constituição e Relações Exteriores

Registra ainda o Prof. Celso Lafer (apud DALLARI, 1994, p. 12-13) que “a teoria política, desde Kant, vê uma associação positiva entre a democracia no plano interno e um internacionalismo de vocação pacífica, guiado pelos princípios de coexistência e cooperação com os demais membros da sociedade internacional”. A análise da disciplina constitucional e jurídica do desenvolvimento das relações exteriores não deve prescindir, consoante o Prof. Pedro Dallari, das lições de Antonio Remiro Brotons (1984, p. 13), o qual, fundado em importantes teóricos da organização democrática do exercício do poder político (Locke, Rousseau e Tocqueville), diz que há uma tendência considerável de que os assuntos inerentes às relações exteriores, em face de suas características intrínsecas, são próprios da alçada de governo, entendido como Poder Executivo, e não do Parlamento ou do conjunto da população. Para tanto, Brotons (1984, p. 17) faz a distinção entre *função de Estado*, na qual há uma identificação dos interesses nacionais essenciais ou vitais, caracterizados por valores quase permanentes, e *função de go-*

verno, em que a realização, individualização e execução de interesses secundários podem ser pactuados sem menosprezo das referidas funções de Estado. Aliás, ao tratar da publicidade dos atos atinentes às relações exteriores do Estado, noticia Celso Lafer (1989, p. 36-46) que a diplomacia na Idade Moderna era atividade sigilosa; o segredo era instrumento normal do exercício do poder do príncipe (*ex parte principis*), daí a teoria da razão de Estado que permitia ao soberano estar acima do direito comum no interesse do bem público, com fundamento no *jus dominationis*.

A distinção de Brotons (1984, p. 93-103) tem o condão de ressaltar, como contraponto da perspectiva *administrativista*, a institucionalização, mormente pela via constitucional, de paradigmas e regras de procedimento que possibilitem o balizamento e o acompanhamento da política externa governamental por parte da sociedade. Nesse contexto, a constitucionalização de princípios das relações exteriores viabiliza o controle político da ação externa do Estado pelo Poder Legislativo e o controle jurídico pelo Poder Judiciário.

2. O Poder de celebrar tratados no direito positivo brasileiro. A prática brasileira e exemplos: a obra “O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro” do Prof. Dr. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (1995)

O tema objeto do presente trabalho não pode nem deve prescindir da excelente obra em epígrafe, do atual Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Prof. Dr. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, fruto de sua tese de doutorado, aprovada com distinção e louvor na Universidade de São Paulo em 1995. Aliás, o Prof. Dr. Luiz Olavo

Baptista, prefaciando citada obra, diz que ela “se tornará leitura obrigatória dos estudiosos do direito internacional, assim como do constitucional, e que não pode deixar de integrar as bibliotecas jurídicas bem compostas” (MEDEIROS, 1995, prefácio).

Sobre o assunto em tela, o Prof. Cachapuz de Medeiros (1995) desenvolve, na citada obra, importante histórico das Constituições brasileiras.

2.1. A Constituição de 1824

Notícia o Prof. Cachapuz de Medeiros (1995, p. 80-90) que a Constituição de 1824 repetiu, no que concerne à celebração dos tratados, os termos do Projeto do Conselho de Estado nomeado por D. Pedro I, sendo ainda certo que a aprovação pelo Legislativo somente ocorreria para os tratados concluídos em tempo de paz que envolvessem cessão ou troca de território do Império ou de suas possessões (art. 102, 7º e 8º).

Tem o seguinte teor o art. 102, 7º e 8º, da Constituição de 1824:

“Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado. Suas principais atribuições são:

(...)

7º Dirigir as negociações políticas com as Nações Estrangeiras.

8º Fazer tratados de aliança ofensiva e defensiva, de subsídio e comércio, levando-os, depois de concluídos, ao conhecimento da Assembléia Geral, quando o interesse e segurança do Estado o permitirem. Se os tratados concluídos em tempo de paz envolverem cessão ou troca de território do Império, ou de possessões a que o Império tenha direito, não serão ratificados sem terem sido aprovados pela Assembléia Geral”.

Houve reação do Parlamento ao *sistema de tratados* no Governo de D. Pedro I, sistema esse formado por acordos celebrados com potências estrangeiras que acarretavam

desvantagens globais e específicas para o Brasil. Nesse contexto – movimento reformista da Constituição de 1824 –, menciona o Prof. Cachapuz de Medeiros (1995, p. 94-96), entre outros, os projetos conhecidos como “Constituição de Pouso Alegre” (1833) e “Constituição da República Rio-Grandense” (1843, fruto de Assembléia Constituinte reunida na cidade de Alegrete-RS durante a Revolução Farroupilha).

2.2. A Constituição de 1891

Dispõem os arts. 34 e 48 da primeira Constituição republicana brasileira, *in verbis*:

“Art. 34. Compete privativamente ao Congresso Nacional:

(...)

12. Resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras.

Art. 48. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

16. Entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre *ad referendum* do Congresso, e aprovar os que os Estados celebrarem na conformidade do artigo 65, submetendo-os, quando cumprir, à autoridade do Congresso”.

Consoante lição de Afonso Arinos de Melo Franco (1957, p. 263), são equivalentes as expressões *resolver definitivamente*, mantida até hoje na Constituição brasileira, e *ad referendum*. Todavia, informa o Prof. Cachapuz de Medeiros (1995, p. 117) que a expressão *resolver definitivamente* tem sido considerada inadequada, uma vez que a decisão efetivamente definitiva cabe ao Presidente da República, que poderá ou não ratificar os tratados internacionais, sendo certo que, para o ex-chanceler e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal José Francisco Rezek (1973, p. 110-111), a aprovação legislativa traduz simplesmente ausência de oposição ao tratado internacional pelo Congresso Nacional, incumbindo ao Chefe de

Estado, a partir desse ponto, a decisão verdadeiramente definitiva.

Ainda sobre o contexto histórico da Constituição republicana de 1891, registra o diplomata João Hermes Pereira de Araújo (1958, p. 330) que Rui Barbosa, em 19.6.1893, em artigo publicado no *Jornal do Brasil*, noticiou que a Lei nº 11, de 30.9.1892, do Estado do Amazonas, “aprovava” o Tratado de Navegação do Rio Javari e seus afluentes celebrado pelo “Governo federal com a República do Peru” em 10.10.1891. É bem provável que esse seja o primeiro exemplo da denominada *paradiplomacia* na história constitucional republicana brasileira.

Finalmente, João Hermes P. de Araújo (1958, p. 333-334) também destaca que “nossa vida internacional republicana” teve início com a rejeição, pelo Congresso Nacional, em 10.8.1891, do Tratado de Montevideu, que procurou resolver o litígio das Missões.

2.3. As Constituições de 1934 a 1967: *panorama geral*

Sobre a matéria, têm o seguinte teor os dispositivos das Constituições supracitadas:

Constituição de 1934

“Art. 40. É da competência exclusiva do Poder Legislativo:

a) resolver definitivamente sobre tratados e convenções com as nações estrangeiras, celebrados pelo Presidente da República, inclusive os relativos à paz;

(...)

Art. 56. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

6º Celebrar convenções e tratados internacionais, *ad referendum* do Poder Legislativo”.

Constituição de 1937

“Art. 54. Terá início no Conselho Federal a discussão e votação dos projetos de lei sobre:

a) tratados e convenções internacionais;

(...)

Art. 74. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

d) celebrar convenções e tratados internacionais *ad referendum* do Poder Legislativo”.

Constituição de 1946

“Art. 66. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

1 – resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebradas com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República;

(...)

Art. 87. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VII - celebrar tratados e convenções internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional”.

Constituição de 1967, com a redação da EC nº 1/69

“Art. 44 – É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República;

(...)

Art. 81. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

X – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional”.

Assevera o Dr. Cachapuz de Medeiros (1995, p. 313) que o Governo brasileiro manteve a prática de celebração de acordos em forma simplificada, vale dizer, com mitigação da compulsoriedade da deliberação do Legislativo sobre todos os atos internacionais, considerando a prática interna e internacional. É destacado, ainda, que a expressão “compete privativamente ao Congresso Nacional”, contida no texto constitucional

de 1891, foi substituída, nas constituições subsequentes, pela expressão “competência exclusiva” (do Congresso Nacional). Para tanto, reporta-se à lição de Afonso Arinos de Melo Franco (1957, p. 262), quando nos ensina que a competência *privativa* de um poder não afasta a colaboração do outro na realização do ato; por sua vez, a competência *exclusiva*, por si só, afasta aquela contribuição.

Ademais, sobre a tese de que nem todos os acordos internacionais necessitam de aprovação legislativa, é relatada a histórica polêmica entre Hildebrando Accioly e Haroldo Valladão. O Prof. Accioly (1948, p. 11-15) sustentou que o país pode ser parte em atos internacionais que não dependem da aprovação do Congresso Nacional, ou seja, naqueles que independem de ratificação. Por sua vez, o Prof. Haroldo Valladão (1950, p. 12-95) rejeitou a posição de Accioly ao afirmar que todos os tratados necessitam de aprovação legislativa, argumentando, em síntese, que a amplitude maior ou menor dos poderes do Governo de um Estado para celebrar tratados é assunto típico de Direito Interno, que escapa ao Direito Internacional, certo que a Convenção de Havana sobre o Direito dos Tratados de 1928, aprovada e ratificada pelo Brasil, exige, sem exceção, a ratificação para todos os tratados. Acrescenta o Prof. Cachapuz de Medeiros (1995, p. 269-299) que a posição do Itamaraty, forte em Levi Carneiro, corrobora a tese de Hildebrando Accioly.

Importante questão trazida pelo Prof. Cachapuz de Medeiros diz respeito à posição, defendida por Guido Fernando da Silva Soares (1977, p. 322), no sentido de que há, no Brasil, entendimento implícito entre os Poderes Legislativo e Executivo de que os acordos de implementação de outros mais gerais (*traités-cadre* ou acordos de referência) podem ser concluídos pelo Executivo, em forma simplificada, se aqueles gerais, que traçaram a moldura normativa, tiverem sido aprovados pelo Legislativo. Essa conclusão foi oriunda do fato de que, no dia seguinte à

assinatura do Acordo sobre Cooperação no Campo dos Usos Pacíficos de Energia Nuclear entre o Brasil e a República Federal da Alemanha, firmado em Bonn a 27.6.1975, os Ministros das Minas e Energia do Brasil e da Tecnologia da Alemanha assinaram um *protocolo* para implementação do *acordo*, sendo certo que, posteriormente, *somente o acordo* foi submetido e aprovado pelo Congresso Nacional. Ainda sobre o assunto, o Juiz da Corte Internacional de Justiça J. Francisco Rezek (1984, p. 306-309) considera o acordo executivo prática convalidável, desde que fundada na Constituição: acordo executivo como subproduto de tratado vigente ou acordo executivo como expressão de diplomacia ordinária, tais como o *modus vivendi* e o *pactum de contrahendo*.

Ressalte-se, também, que, sob a égide das constituições republicanas anteriores a 1988, houve reações do Congresso Nacional contra a celebração de acordos em forma simplificada. Entre outros, o Prof. Cachapuz de Medeiros (1995, p. 313-337) faz alusão ao acordo Brasil e Itália sobre investimentos, cujo Ajuste de Pagamentos, de 1952, não fora submetido ao Parlamento, o mesmo ocorrendo com o Ajuste de Instalação de Posto de Teleguiados em Fernando de Noronha, ao argumento precípua de que se tratava de mero ato executivo do Acordo de Assistência Militar entre o Brasil e os Estados Unidos de 1952, já aprovado pelo Congresso Nacional.

2.4. A Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988, no que concerne ao tema aqui versado, assim dispõe:

“Art. 49 – É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

(...)

Art. 52 – Compete privativamente ao Senado Federal: (...)

V – autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

(...)

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

2.4.1. A terminologia e a questão referente à competência privativa do Senado Federal, objeto do art. 52, V, em face da competência exclusiva do Congresso Nacional prevista no art. 49, I

O Dr. Saulo José Casali Bahia, Professor de Direito Internacional da Universidade Federal da Bahia, ao tratar sobre o assunto em questão, aponta errônia contida nos arts. 49, I, 84, VIII, da mesma Carta. Diz ele que ambos os dispositivos cuidam conjuntamente de gênero e espécie, dado que tratado é gênero do qual são espécies os acordos e as convenções, daí ser bastante a utilização apenas da primeira categoria (tratados). Outra questão levantada pelo Prof. Casali (2000, p. 11-13) diz respeito ao alcance da expressão “operações externas de natureza financeira”, objeto do art. 52, V, da C.F./88, que atribui, no caso, competência privativa ao *Senado Federal*, o que faria antever a desnecessidade de apreciação dessas operações pela *Câmara dos Deputados*. Conclui o Prof. Casali Bahia (2000, p. 5) afirmando que a melhor solução seria “admitir a possibilidade da celebração das operações externas nos moldes preconizados no inciso V do art. 52 da Carta Magna (sem a oitiva da Câmara dos Deputados) somente nos casos em que as operações não extrapolem o âmbito financeiro”.

2.4.2. A antinomia entre os arts. 49, I, e 84, VIII

Para melhor compreensão da questão, é necessária a transcrição referente aos Proje-

tos do 1º e do 2º turnos da Constituição de 1988 e da Comissão de Redação.

1º Turno do Projeto de Constituição

“Art. 58 – É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – aprovar, ou não, tratados e acordos internacionais ou atos que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

2º Turno do Projeto de Constituição

“Art. 50 – É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados e acordos internacionais ou atos que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Comissão de Redação

“Art. 49 – É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Sobre o assunto, o Dr. Cachapuz de Medeiros, com maestria, desenvolve o tema, relatando, pormenorizadamente, um histórico das deliberações da Assembléia Constituinte de 1987-1988. Destaca-se, pois, que, “ao trocar no texto a posição do qualificativo *internacionais* de *tratados e acordos* para *atos*, a Comissão de Redação alterou completamente o art. 49, inciso I. A redação passou a dar a entender que a competência do Congresso é restrita à aprovação dos tratados que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, pois ao não falar em *atos* apenas, mas em *atos internacionais*, equiparou-os aos tratados e acordos. Na prática brasileira, *ato internacional* é o mesmo que *acordo internacional*” (1995, p. 394), sendo ainda certo que o art. 84, VIII, confere ao Presidente da República competência privativa para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, mas exige que todos sejam submetidos ao referendo do Congresso Nacional.

2.4.3. A prática brasileira na celebração de tratados sob o regime da Constituição Federal de 1988

Discorrendo sobre a prática do Congresso Nacional no exercício do controle dos atos internacionais, sob o pálio da Constituição de 1988, constata o Prof. Cachapuz de Medeiros (1995, p. 409-450) o seguinte:

a) a continuação de celebração de acordos sob a forma simplificada pelo Poder Executivo; para tanto, em acurada pesquisa, é noticiado que, de 05.10.1988 a 31.12.1993, o Congresso Nacional apreciou 185 tratados internacionais submetidos pelo Presidente da República. No mesmo período, o Governo celebrou 182 acordos sob a forma simplificada (pesquisa efetuada no Diário Oficial da União), entre os quais podem ser destacados os Acordos entre o Brasil e a Grã-Bretanha sobre Entorpecentes (1988), Brasil e Bolívia sobre Integração Energética (1989), Brasil e Argentina sobre Transporte Rodoviário (1990), etc;

b) a inclusão de preceitos nos Decretos Legislativos, exigindo a aprovação de ajustes complementares pelo Congresso Nacional, ainda é motivo de discussão entre os parlamentares e preocupação do Itamaraty. Sobre o tema, reporta-se o Prof. Cachapuz de Medeiros (1995, p. 427-431) à posição exteriorizada pela Consultoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores, da lavra do Consultor Cançado Trindade (1985, p. 5), no sentido de que devem ser submetidos ao Parlamento somente os ajustes complementares que resultem em revisão ou modificação de acordo já aprovado pelo Legislativo, o que pode ser exemplificado com o Decreto Legislativo nº 97, de 1985, que referendou o texto da Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares de 1963;

c) a possibilidade de o Congresso criar reservas ou apresentar emendas aos tratados também é matéria de debate no Legislativo e na doutrina. Apenas a título exemplificativo (MEDEIROS, 1995, p. 447), citemos

a aprovação *parcial* da Convenção 160 da O.I.T. pelo Decreto Legislativo nº 51, de 25.8.89, bem como a aprovação *com emendas* do Acordo de Comércio e Pagamentos entre o Brasil e a antiga Tchecoslováquia, firmado em 24.6.1960 (Decreto Legislativo nº 17, de 15.12.1961).

3. Jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal

O tema objeto do presente trabalho também não pode prescindir, ainda que de forma bastante sintética, do entendimento jurisprudencial recente do Supremo Tribunal Federal.

3.1. A paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais

Abrindo o debate, afirma-se, pelo menos até a presente data, que o Supremo Tribunal Federal tem mantido o entendimento de que os tratados, uma vez recepcionados, têm *status* de lei ordinária (VELLOSO, 2002, p. 5-25). Isso ficou evidente quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3/DF, que teve por objeto a Convenção nº 158 da O.I.T. O eminente Relator, Ministro Celso de Mello, elucida referido posicionamento ao afirmar que “os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa”. No mesmo sentido, o eminente Ministro Carlos Velloso, em recente trabalho doutrinário (2003, p. 20), esclarece o seguinte: “a) na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há paridade entre a norma brasileira de produção doméstica e a norma brasileira de produção internacional. Assim, o conflito entre uma e outra resolve-se, de regra, pelo mecanismo tradicional: *lex posterior derogat legi priori*. Todavia, há de se

ter presente que a lei posterior não revoga o tratado anterior, *mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis*. Assim, revogada a lei que afastou a sua aplicação, voltará o tratado a ter aplicação; b) em matéria tributária, entretanto, observa-se o princípio contido no artigo 98 do Código Tributário Nacional: o primado da norma brasileira de produção internacional”.

3.2. O Pacto de São José da Costa Rica

O Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, ao julgar o HC 72.131/RJ, firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, conforme noticiou o Ministro Moreira Alves ao julgar o HC 75.306/RJ, “persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como que o Pacto de São José de Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel” (apud AMARAL JÚNIOR, 2000, p. 8). Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de que o art. 4º do Decreto-lei nº 911/69, que equipara o devedor-fiduciante ao depositário infiel, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Em síntese: consoante jurisprudência do STF, há prevalência da norma constitucional (art. 5º, LXVII) sobre disposição contrária do Pacto (art. 7º, nº 7), que limitou a prisão por dívida somente à hipótese de inadimplemento de obrigação alimentícia. Por sua vez, o Ministro Carlos Velloso (2003, p. 10) sustenta que “no caso de tratar-se de direito e garantia decorrente de Tratado firmado pelo Brasil, a incorporação desse direito e garantia, ao direito interno, dá-se com *status* constitucional, assim com primazia sobre o direito comum. É o que deflui, claramente, do disposto no mencionado § 2º do art. 5º da Constituição da República. O Supremo Tribunal Federal, todavia, não acolheu essa tese”.

4. Conclusões

É indubitável que a democratização do exercício do poder político, bem como a necessidade de coexistência e cooperação com os demais membros da sociedade internacional, alterou os protagonistas das relações jurídicas internacionais, vale dizer, os Soberanos, pessoas de Direito Internacional e, portanto, sujeitos capazes de celebrar tratados, foram substituídos pelos povos, esses constituídos em Estados juridicamente organizados, sendo certo que os Estados, no cenário internacional, agem em nome do povo: elemento basilar democrático.

A constitucionalização, por sua vez, do exercício do poder político, aqui incluída a ação externa do Estado mediante a adoção de princípios de relações exteriores, distingue o processo de celebração de tratados, de forte predominância do Poder Executivo, do controle das ações governamentais pelo Poder Legislativo, o que é bastante salutar, dado que se ressalta a idéia de nação e de soberania nacional.

A história constitucional brasileira, mormente a republicana, consoante demonstrou o Prof. Cachapuz de Medeiros em sua obra (1995), acentua a submissão dos tratados ao referendo do Congresso Nacional, o que indubitavelmente fortalece o regime democrático mediante o controle político da ação externa do Estado pelo Poder Legislativo.

Bibliografia

ACCIOLY, Hildebrando. A ratificação e a promulgação dos tratados em face da constituição federal brasileira. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, n. 7, p. 11-15, jan./jun. 1948.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Os tratados no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, n. 11, p. 8, abr./2000. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br/ccvil_03/revista/Rev_11/os_tratados.htm. Acesso em: 13 jun. 2003.

ARAÚJO, João Hermes Pereira de. *A processualística dos atos internacionais*. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1958.

BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-MI/DF. Relator: Ministro Celso de Mello, 04 de agosto de 1997. *Diário da Justiça da União*, [S. l.], 18 maio 2001. Plenário.

_____. *Habeas-corpus* nº 72.131/RJ. Relator para o acórdão: Ministro Moreira Alves, 23 de novembro de 1995. *Diário da Justiça*, [S. l.], 1 ago. 2003. Plenário.

_____. *Habeas-corpus* nº 75.306/RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. 19 de agosto de 1997. *Diário da Justiça*, [S. l.], 12 set. 1997. Primeira Turma.

BROTOS, Antonio Remiro. *La acción exterior del estado*. Madrid: Technos, 1984.

CARNEIRO, Levi. Acordos por trocas de notas e aprovação pelo congresso nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 14-129, jan./dez. 1951.

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

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

LAFER, Celso. *Paradoxos e possibilidades*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

_____. Diplomacia e transparência: o arquivo do Itamarati. *Acervo – Revista do Arquivo Nacional*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 36-46, jul./dez. 1989.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados: competência dos poderes consti-*

tuídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

REZEK, José Francisco. As relações internacionais na constituição da primeira república. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, n. 126, p. 110-111, jun. 1973.

_____. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SOARES, Guido Fernando da Silva. Acordos administrativos e sua validade no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 72, n. 2, p. 322, 1977.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A questão da aprovação pelo Legislativo de Atos Internacionais. *Informação CJ/05 do Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores para o Senhor Ministro de Estado*, de 21 de outubro de 1985, p. 5.

VALLADÃO, Haroldo. Aprovação de ajustes internacionais pelo congresso nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, n. 11, p. 12-95, jan./dez. 1950.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O direito internacional e o Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 229, p. 5-25, jul./set. 2002.

_____. Tratados internacionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SEMINÁRIO O DIREITO NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO: TRATADOS INTERNACIONAIS NA ORDEM JURÍDICA, 2003. *Palestra...* São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie: Ordem dos Advogados do Brasil: Harvard Law School Association do Brasil, 2003.

Debito indebito?

Regole per il mercato globale

Sandro Schipani

1. Se si fossero rispettati i vigenti principi generali del diritto e i diritti umani, il debito internazionale dei Paesi in via di sviluppo risulterebbe fondato, o si stanno considerando dovute somme non realmente dovute?

Sulla spinta delle vicende degli ultimi venti anni del debito internazionale dell'America Latina, è maturata in Europa e in America Latina una comune riflessione sulla pluralità di fattori che sono intervenuti in esse. In particolare, è maturata la consapevolezza del fatto che, a fianco a tanti fattori ampiamente discussi, relativi a corruzione, cattivo uso delle risorse, ecc., di cui si devono considerare responsabili gruppi dirigenti di questo o quel Paese in Via di Sviluppo, anche in concorso con operatori economici e/o personalità politiche esterni all'area stessa, è stato determinante il trattamento giuridico del debito internazionale stesso. Specificamente, è maturata la consapevolezza che è stato determinante il modo in cui sono stati applicati a tale debito alcuni principi di diritto (es. *pacta sunt servanda*), mentre altri non sono stati applicati (es. determinatezza della prestazione; buona fede sia nella fase precontrattuale, sia quale criterio oggettivo che concorre alla determinazione del contenuto della prestazione, sia nella esecuzione; *rebus sic stantibus* e/o altri criteri per considerare l'accollo delle conseguenze di eventi imprevedibili; divieto di interessi

usurari; autoresponsabilità; ecc.); inoltre che sono state prodotte delle violazioni di riconosciuti diritti umani in nome dell'affermazione dei diritti di credito, senza ponderata considerazione della gerarchia secondo cui nella situazione concreta avrebbe dovuto essere coordinato l'esercizio di questo (ad es. non è stato applicato il *beneficium competentiae* che non consente di ridurre alla povertà il debitore; il divieto di abuso di diritto).

Le istituzioni finanziarie internazionali poi non hanno operato per il rispetto di questi esistenti principi e per l'affermazione di questo sistema di diritti, ma anch'esse sembrano coinvolte in una prassi che non riesce a riconoscere la corretta interrelazione fra principi della giustizia e interessi economici, e la necessità di regole per il corretto funzionamento di qualsiasi sistema di libertà, e quindi anche per la massimizzazione dello sviluppo e della soddisfazione degli stessi interessi economici.

Il punto merita di essere sinteticamente ricordato.

Nel 1985, il Comitato economico e sociale della Comunità europea osservava: "Il Comitato economico e sociale si rende conto che, malgrado il leggero miglioramento degli ultimi mesi, la situazione di indebitamento continua ad essere un ostacolo strutturale e a pesare in modo insostenibile sulle prospettive di sviluppo dei Paesi dell'America Latina. Tale fenomeno, favorito da finanziamenti internazionali non sempre cauti, aggravato da enormi fughe di capitali, e che emargina una manodopera peraltro a buon mercato, è reso più complesso da circostanze imprevedibili quali la crisi economica internazionale, la sopravvalutazione del dollaro che ha raddoppiato nel corso degli ultimi cinque anni il suo valore rispetto alle monete europee stabili, nonché agli esorbitanti tassi di interesse" (*doc. CES 931/85 CAL/dm*, par. 7).

Alla fine dello stesso decennio e all'inizio del successivo, alcuni giuristi europei e latinoamericani, nel quadro di una ricerca

scientifica coordinata presso il Centro di studi latinoamericani dell'Università di Roma "Tor Vergata", venivano ponendo a fuoco profili della gestione giuridica della vicenda del debito dell'America Latina che costituivano probabile violazione di principi generali del diritto e di diritti umani che invece avrebbero dovuto essere rispettate, e, se lo fossero state, il debito non sarebbe aumentato nel modo in cui è aumentato.¹ Contemporaneamente, era maturata altresì in Argentina e in Brasile, la convinzione della utilità di chiedere un parere alla Corte internazionale di Giustizia dell'Aja in merito alla violazione del divieto di tassi usurari che si sarebbe verificata nei prestiti internazionali². L'incontro fra le due impostazioni ha fatto maturare una linea di riflessione scientifica dibattuta in numerosi congressi a Brasília, Vienna, Roma, Caracas, Stoccolma, Madrid, Salamanca, Sao Paulo ed ha prodotto pubblicazioni³; esso ha alimentato e si è alimentato altresì di un dialogo con teologi e moralisti, da cui è scaturita la Carta di Sant'Agata dei Goti⁴ che ha proposto alcuni principi di morale e di diritto in materia⁵.

La discussione e l'accertamento scientifico dei principi vigenti e vincolanti per la materia delle convenzioni (accordi, contratti internazionali concernenti i prestiti) e delle obbligazioni che ne scaturiscono, ha attinto al comune diritto che scaturisce dalle basi e dagli sviluppi del sistema giuridico, dai suoi fondamenti etici, dalla comunicazione fra i diritti dei diversi paesi come con quello internazionale. Essa ha offerto i suoi risultati all'uso da parte di tutti gli uomini come iniziale risposta alla necessità generale di schemi giuridici, di regole che sorreggano una effettivamente libera dinamica economica al servizio degli uomini, tutelando, in un ambiente quale quello internazionale privo di governo dell'economia, anche le presenze più deboli.

Questa impostazione ha altresì attratto studiosi del mondo islamico, che, grazie al coordinamento dell'Istituto di Studi e

Programmi per il Mediterraneo-ISPRM, hanno partecipato a congressi svoltisi a Roma, e poi hanno da ultimo altresì promosso un Seminario scientifico ad Annabha (Algeria), 4-6/12/1999⁶.

Debito indebito?

Questo dibattito scientifico costituisce il retroterra fatto proprio sia dal Parlamento Latinoamericano, sia poi dalla Conferenza interparlamentare Comunità Europea-America Latina, San Paolo, 2-7 maggio 1993, nel cui Atto finale veniva approvata all'unanimità la richiesta agli Stati membri di una loro iniziativa alla Assemblea Generale delle NU di richiesta alla Corte Internazionale di Giustizia un parere su "el marco ético y jurídico, que debe regular los términos de los préstamos internacionales". Un simile voto è stato poi reiterato dalla successiva Conferenza interparlamentare Unione Europea-America Latina, di Bruxelles, 19-22 giugno 1995.

Mentre i propositi di alcuni governanti latinoamericani di portare avanti la richiesta di parere predetta sono risultati paralizzanti sul nascere in modi non chiari, che fanno temere interventi volti ad impedire una iniziativa che tutti invece avrebbero dovuto sostenere per il suo spirito di ricerca e di rispetto del diritto, ha fatto propria tale linea l'Unione interparlamentare a livello mondiale, nella sua 99a Conferenza, Ginevra, 10 aprile 1998. Essa sottolinea da un lato la permanente gravità della crisi economica che colpisce i paesi debitori i cui effetti sono aggravati dalle linee imposte dalle istituzioni finanziarie internazionali che hanno "conséquences particulièrement néfastes sur les enfants, les femmes, les populations autochtones et les minorités"; sottolinea che "dans un monde touché par la mondialización, plus d'un milliard de personnes vivent dans la pauvreté absolue et sont marginalisées dans la société", e che il servizio del debito "absorbe un pourcentage excessif de leurs recettes annuelles

en devise, privant ainsi les initiatives économiques et le développement humain des fonds dont ils auraient besoin"; e impegna "l'Assemblée générale des NU ... envisager de solliciter de la Cour internationale de justice de La Haye un avis consultatif sur la manière dont une partie de la dette a été contractée".

La preoccupazione che un improprio esercizio del diritto da parte dei creditori possa produrre indirettamente violazioni dei diritti umani è poi alla base della Risoluzione 1998/24 del 17/4/1998, della Commissione dei diritti umani delle NU, in cui, si sottolinea "la relazione fra il pesante carico del debito internazionale e il considerevole aumento della povertà che si osserva a livello mondiale e acquista speciale gravità in Africa"; si indicano come fattori di un "ordine economico internazionale giusto ed equo, che garantisca in Paesi in via di sviluppo, fra le altre cose la stabilizzazione dei tipi di cambio e di interessi"; si afferma "che i diritti fondamentali della popolazione dei paesi debitori all'alimentazione, alla abitazione, ai vestiti, al lavoro, all'educazione, ai servizi sanitari e ad un ambiente sano non può essere subordinata alla applicazione di politiche di ristrutturazione economica originate dal debito"; si istituisce un Relatore speciale per tre anni che raccolga i dati relativi "alle conseguenze negative che il debito internazionale ha sul godimento effettivo dei diritti economici, sociali e culturali nei Paesi in via di sviluppo anche per le politiche adottate per far fronte al debito stesso".

Il Parlamento italiano, per primo in Europa, nella seduta della Camera dei Deputati del 27/5/1988 ha approvato a larga maggioranza, con numerose astensioni, ma solo due voti contrari e con parere favorevole del Governo, una mozione (Cherchi ed altri 1-00023) con cui "si impegna il Governo a compiere le necessarie azioni affinché, in occasione della prossima Assemblea Generale delle NU, venga

inserita all'ordine del giorno della stessa assemblea la deliberazione della richiesta del parere consultivo della Corte internazionale di giustizia in ordine ai profili giuridici della regolazione del debito internazionale e ad adoperarsi affinché la deliberazione dell'Assemblea sia in senso positivo". Anche il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro è impegnato sulla stessa linea. E Il Parlamento stesso infine, quest'anno ha tradotto nella legge 209 del 2000 la posizione della mozione predetta: desidero ricordare l'art. 7: "Il Governo, nell'ambito delle istituzioni internazionali competenti, propone l'avvio delle procedure necessarie per la richiesta di parere alla Corte Internazionale di Giustizia sulla coerenza tra le regole internazionali che disciplinano il debito estero dei Paesi in via di sviluppo e il quadro dei principi generali del diritto e dei diritti dell'uomo e dei popoli".

2. Un contributo della comune base romanistica alla costruzione di un ordine giuridico più giusto nel settore degli scambi economici

La concezione del diritto che trova espressione nei dati riferiti riconduce sull'orizzonte dell'attualità l'esistenza di un diritto comune, che regola le situazioni anche nuove che si presentano, e che va applicato.

Il debito internazionale dei Paesi in via di sviluppo è formato da rapporti che hanno notevoli differenze fra loro sia in relazione ai soggetti coinvolti, sia ai tipi di atti compiuti, e di conseguenze alle normative specifiche da applicare. Nonostante questa grande varietà, vi sono alcuni principi generali che non possono essere violati, e di cui quindi il rispetto deve essere garantito comunque, siano essi o no stati espressamente previsti nelle singole convenzioni fra le parti che regolano i singoli rapporti, nell'esercizio dell'autonomia ad esse spettanti. Nonostante l'espansione avuta

dallo statual-legalismo, permane una base di diritto comune posto a disposizione di tutti i popoli, secondo la notissima nozione che troviamo testimoniata dal giurista romano Gaio, e fatta propria da Giustiniano: "tutti i popoli in parte usano di un diritto comune, costituito fra tutti gli uomini dalla naturale ragione, e chiamato diritto delle genti, come se tutte le genti si avvalessero di tale diritto" (D. 1,1,9). Le codificazioni moderne si sono inserite in tale impostazione, collegandosi a tale permanente diritto comune principalmente tramite il rinvio ai principi generali del diritto, concetto tecnico attraverso il quale si filtrano gli elementi fondanti e permanenti del sistema. Come le codificazioni, così pure il moderno diritto internazionale, tanto che lo Statuto della Corte internazionale di Giustizia dell'Aja considera i "principi generali del diritto" fra le fonti del diritto che deve applicare (art. 38 c.). Ed alla ricognizione di essi da parte della Corte si aspira per un autorevole contributo alla chiarificazione delle regole fondanti le relazioni creditizie. Il giurista del sistema giuridico romanistico sa che tale ricognizione da parte di un giudice deve essere sostenuta dal lavoro della scienza giuridica; deve essere accompagnata da una permanente formazione di giuristi consapevole del loro ruolo di far stare insieme e saldo il diritto migliorandolo sempre (secondo le notissime parole di Pomponio ricordate da Giustiniano in D. 1,2,2,13: *constare non potest ius nisi sit aliquis iuris peritus per quem possit cottidie in melius produci*).

Vorrei richiamare l'attenzione su tre fonti romane che contengono l'origine di principi che è necessario tenere presenti.

2.1. Il tema degli interessi costituisce uno dei principali della ricerca ricordata⁷

Forse sarebbe utile rinnovare una rassegna della legislazione repubblicana in materia appunto di *usurae* (interessi)⁸. Il punto centrale di essa non è tanto la determinazione del concreto livello oltre il

quale le usure erano illecite, quanto che era chiara la consapevolezza della necessità che un limite imposto dall'esterno rispetto alle parti contrattanti garantisse dagli abusi della parte più forte. Le forme di produzione, i tipi di fungibili dati a mutuo, ecc. vanno tutti esaminati con adeguata ricostruzione del contesto; dal complesso dei provvedimenti emerge il principio secondo cui al livello degli interessi va imposto un limite.

Ciò premesso, vorrei richiamare l'attenzione su uno di tali interventi normativi, il plebiscito proposto dal tribuno della plebe M. Sempronio nel 193 a.C. *de pecunia credita*, e ricordatoci da Livio 35,7,2-5⁹.

Le circostanze sono note. Livio ci riferisce che: "*civitas faenore laborabat*. La città era oppressa dai debiti. Sebbene l'avidità fosse stata frenata con molte leggi sugli interessi, era stata imboccata la via della frode, in modo da registrare¹⁰ i crediti al nome di alleati, che non erano tenuti da tali leggi; così i debitori erano oppressi dagli interessi liberi¹¹".

In questa situazione, cercandosi un modo per tutelare i debitori da questa *fraus*, al Senato¹² parve bene fissare un termine assai prossimo perché quegli alleati che fossero titolari di crediti da mutuo li dichiarassero, e raccomandare ai magistrati che da tale giorno esercitassero la giurisdizione (*ius diceretur*) in merito alle pretese dei creditori che agissero per il denaro da essi dato a credito, applicando però le leggi sugli interessi che il debitore invocasse, e presumibilmente solo per quei debiti che fossero stati denunciati¹³.

Attraverso le autodenunce degli interessati, fu però accertata la grandezza dei debiti contratti con questo raggiro (*magnitudo aeris alienis per hanc fraudem contracti*). Dovette cioè apparire evidente l'esorbitante predominio della parte creditrice, e quindi la necessità di un diverso intervento. Il tribuno della plebe M. Sempronio allora propose, e la plebe decise che, in materia di prestiti di denaro, valesse anche con gli alleati e con i Latini lo stesso diritto che

valeva per i cittadini romani (*pecuniae creditae ius idem quod cum civibus Romanis*), andando ben oltre le esigenze della situazione concreta. È da sottolineare che Livio riferisce che il tribuno, per questo plebiscito, avrebbe agito *ex auctoritate patrum*¹⁴.

Non mi occupo dei problemi connessi alla prima delibera del Senato. (Dato il carattere di tale primo voto, esso può non contrastare direttamente con il criterio secondo cui l'*imperium*, e la *ius dictio* del magistrato nei confronti dello straniero, per ragioni "pubblicistico-processuali", erano vincolati dalla *fides* piuttosto che con la *lex*¹⁵. Il voto del Senato rientrerebbe infatti piuttosto nel diverso ambito dei rapporti consultivi e direttivi che esso aveva con i magistrati¹⁶. In questo quadro, potremmo ritenere che la frode alla legge, che Livio evidenzia al centro della vicenda¹⁷, giustificasse, in quanto violazione della *fides*, una istruzione tendente a orientare l'esercizio della tutela giurisdizionale della pretesa che i Latini o gli altri soci italici facevano valere, adeguandola alle norme che avrebbero dovuto regolare i rapporti effettivi sottostanti, ai quali, peraltro, non viene data alcuna diretta rilevanza, permanendo fondamento dell'azione quello che, alla stregua del racconto, dovremmo considerare il rapporto simulato.)

La successiva legge, e l'*auctoritas* che l'ha preceduta, richiedono una attenta analisi.

Il plebiscito in esame ha infatti una grande portata, come espressione del modo di concepire il diritto: a ben vedere, il suo obbiettivo non è colpire una *fraus*, che non ci si propone di accertare, n, è quello di proibire in alcun modo tali tipi di atti¹⁸. L'elusione delle leggi sugli interessi rimane l'elemento primario della emozione che percorre gli animi, ma è poi solo un aspetto della complessa vicenda che conduce al provvedimento. La ragione del plebiscito è infatti l'oggettivo peso degli interessi usurari imposti da una complessa rete di persone e interessi, di relazioni, fiducia e possibilità di reciproco controllo, più estesa della

dimensione della *civitas*; una rete che tende a diventare dominante e ad emarginare le forze che ad essa non si adeguano. Il plebiscito affronta questa nuova realtà imponendo in merito agli interessi, problema che emergeva come determinante, l'identità di diritto per i rapporti che avessero luogo in quella più estesa collettività entro cui quella rete operava. Il plebiscito, cioè, adegua l'ambito di applicabilità della norme a quello della collettività effettiva, nella quale la possibilità di frode dipendeva da, e si affiancava ad una differenza di trattamento fra cittadino e straniero socio o Latino che stava perdendo il suo significato, con una velocità che la maggior mobilità della ricchezza costituita dai nomina fa emergere prima di quanto accade in altri ambiti. Prestare ad uno straniero che può pagare un interesse superiore grazie al fatto che egli può a sua volta prestare a un cittadino ad un interesse superiore in quanto non vincolato dalle leggi che imponevano livelli massimi agli interessi, era una forma di oggettiva elusione della legge, che poteva o no essere accompagnata da un disegno fraudolento, ma che si configurava altresì come determinata dalla logica di un mercato che ha ampliato le sue dimensioni e che porta, in assenza di una ragione giuridica o economica per prestare ad un cittadino a condizioni meno vantaggiose, ad una fuga di capitali, ad un drenaggio delle disponibilità finanziarie presenti nella collettività dei cittadini, che poi rientrano a condizioni più onerose per gli stessi; e che può comportare anche un generale apprezzamento del valore del denaro, la percezione delle conseguenze del quale non mi è qui possibile esaminare.

Il plebiscito superava allora le ragioni per cui le leggi non erano applicabili ai non cittadini, ragioni che sono espressione di un radicato principio ordinatore della società secondo cui la legge, come espressione di una comunità, vincola solamente i membri della stessa (*peregrinus* è appunto secondo quanto ci ricorda Varr., de Lingua Lat., 5,3:

qui suis legibus uteretur, pur nel quadro del *par ius cum populo Romano* testimoniato da Festo, 314 *status dies*¹⁹). Emerge in questo plebiscito un dinamismo espansivo fondato sull'obbiettivo che *ius idem esset* in relazione all'applicazione dei limiti agli interessi. Emerge cioè la consapevolezza che, in materia di *usurae*, pur attraverso leggi, si fissano norme che devono avere necessariamente valore cogente generale per tutta la collettività degli operatori economici, cittadini e no, che integri un unico mercato finanziario, altrimenti esse si ritorcono dannosamente contro la comunità che le ha poste²⁰. E come per la tutela nei confronti del furto o del *damnum iniuria*, per ragioni proprie a tali figure di delitto, si operava tramite *fictio civitatis* l'estensione ai non cittadini dell'applicazione di norme statuite per legge (Gai. 4, 37)²¹, così, in quell'inizio del II sec. a.C., si afferma l'estensione dell'applicazione dei limiti statuiti per legge alle *usurae*, forse direttamente²², come se tali norme si incorporassero o fossero espressione di un nucleo di *ius* che dalle origini era comune²³, considerandole al pari di quello che, secondo una nostra terminologia, sono cogenti "principi giuridici"²⁴.

2.2. Il tema del mutamento del valore della moneta di riferimento costituisce un'altra profilo su cui si deve riflettere

In D. 13,4,3 Giustiniano utilizza un frammento dell'opera di Gaio di commento all'editto provinciale.

D. 13,4,3 Gaius 1.9 *ad ed. prov.*: *Ideo in arbitrium iudicis refertur haec actio, quia scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas civitates regionesque, maxime vini olei frumenti: pecuniarum quoque licet videatur una et eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius et levibus usuris inveniuntur, aliis difficilius et gravibus usuris*²⁵.

Il giurista Gaio sta qui esaminando il problema del riequilibrio degli interessi delle parti attraverso l'*actio de eo quod certo loco debetur*. Cioè, sommariamente²⁶, se taluno fosse obbligato a dare una certa quantità di

denaro o di altre cose fungibili, in base ad una causa per cui competa una *condictio certae creditae pecuniae/certae rei*, l'*intentio* sarebbe formulata: *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere* (cfr. Gai.4,41), e la *condemnatio*, per la somma di denaro, nei termini: *Iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia condemna si non paret absolve* (cfr. Gai.4,50), e, in caso di altre cose, l'indicazione dell'importo sarebbe sostituita da *quanti ea res est*. Questa azione sarebbe esperibile nel luogo dove risiede il debitore, che è in linea generale luogo di adempimento per questo tipo di obbligazioni. Ma se fosse determinato un luogo specifico diverso, e il creditore esperisce l'azione citata nel luogo di residenza del debitore rischia una *pluris petitio loco* (Gai.4,53c). Per evitare ciò, l'attore deve utilizzare l'azione *de eo quod certo loco* sopra citata, in cui l'*intentio* potrebbe essere formulata ad es.: *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio decem Ephesi dare oportere* (cfr. Ulp. D.13,4,2,1 ss.)²⁷, e la *condemnatio* in termini tali da attribuire al giudice, in età classica, in forza di una *condemnatio incerta*, "il potere-dovere di determinare il diverso valore che la prestazione veniva così ad avere"²⁸ (qualora competesse un'a. con *intentio incerta*, il problema della diversità di luogo poteva essere valutato dal giudice anche senza il ricorso a questa azione).

Esaminando i possibili profili di ciò che doveva essere valutato, il testo in esame dimostra una sensibilità alle oscillazioni di costo e valore di alcuni beni, e del denaro.

Premesso che altri profili dell'interesse delle parti ad adempiere, od a veder adempiuta la prestazione nel luogo convenuto vengono analizzati in altri passi di Ulpiano, con menzione di Labeone e Giuliano, e di Africano (D.13,4,2 pr.; D.13,4,2,8; D.13,4,8), nonché delle *Institutiones* di Giustiniano (J.4,6,33 c), e che non è mia intenzione esaminarli in questa sede, Gaio qui mi sembra concentrarsi sulle oscillazioni del prezzo al quale ci si può procurare dei beni

fungibili sulle diverse 'piazze'. Egli sembra presupporre, forse anche solo a fini di esemplificazione chiarificatrice, con implicite semplificazioni, situazioni in cui non si tratta di dare in un luogo o in un altro cose fungibili di cui si dispone, e che vengano fatte pervenire nel luogo di adempimento, con una attività che implicherebbe problemi di costo del trasporto e di responsabilità; ma di dare cose che ci si procura in luogo. Neppure mette in conto viaggi del debitore, o problemi organizzativi o di credito che egli possa avere nei diversi luoghi, e considera quindi il debitore come in grado di consegnare cose tramite disposizioni anche date da lontano; il che da un lato ci può far pensare ad organizzazioni commerciali e finanziarie complesse²⁹, d'altro lato ad un isolamento di alcuni profili del problema rispetto agli altri, al fine di individuarli come tali da essere considerati.

Gaio quindi dapprima mette in luce l'oscillazione del prezzo delle merci, come vino, olio, frumento. L'accostamento ad esse del denaro sarebbe compiuto con "qualche imbarazzo"³⁰, perché il denaro sarebbe per sua definizione destinato ad avere *ubique una et eadem potestas*, e con tali caratteristiche verrebbe assunto dai giuristi.

Questa osservazione di Gaio ci fa però immediatamente pensare alla riflessione di Paolo sul denaro, quale oggetto della prestazione del compratore, strutturante la compravendita: D. 18,1,1 testo, notissimo, pone in una prospettiva di evoluzione il rapporto fra permuta e compravendita, e lo lega al sorgere del denaro: *materia forma publica percussa*. Il contrasto fra sabiniani e proculeiani sulla differenza fra permuta e compravendita sembrerebbe essere chiuso con la scelta di questo testo di Paolo all'inizio del titolo sulla compravendita (D. 18,1,1,1).

Gaio, sabiniano, ci ricorda anche nelle sue Istituzioni i termini del dibattito: Gai. 3,141. Egli riconduce la differenza fra permuta e compravendita a parametri sistematici non evolutivisti, e a questo

scopo sottolinea che anche la compravendita è una *vetustissima species*. Cerca poi di precisare la differenza fra le due figure, e quindi di conservare la diversità di considerazione giuridica fra merce e prezzo attraverso un altro criterio di analisi della formazione della compravendita, legato al *rem venalem habere/rem venalem accipere*. Questa impostazione attenua il ruolo della moneta, in quanto tutte le cose possono consentire di raggiungere l'obbiettivo di quel bilanciamento degli interessi che soddisfa le parti, che è alla base della funzione della moneta, e che questa raggiunge grazie alla *publica et perpetua aestimatio* che conferisce alla sua *quantitas* uno stabile rapporto (*aequalitas*) con le cose più diverse a sua volta evidenziata da Paolo.

Nel nostro testo, rilevata la variet... dei prezzi delle cose, a tener conto della quale è destinato l'*arbitrium iudicis*, Gaio non mette in discussione il ruolo che la *potestas* del denaro svolge, ma certo coglie una ragione di dubbio (*licet videatur*) sulla 'unicità ed identità' di essa, e la mette in correlazione con l'osservazione che il denaro stesso ha diversi costi, in quanto l'acquistarne costa appunto ora di più ora di meno, e ciò, ci spiega, a causa delle diverse *usurae* che vengono praticate sulle diverse piazze, assumendo quindi per il suo ragionamento un termine di riferimento finanziario, e non commerciale, che manifesta, nella complessità della sua applicazione, il grado di maturità anche di questo settore.

In un ambiente che, pur unificato nella vasta rete di fluidi movimenti commerciali e finanziari, conserva evidentemente anche delle 'vischiosità', e quindi le menzionate differenze, Gaio cioè, forte del dato obbiettivo costituito dalla rilevazione di queste, affronta il problema dello 'sforzo' che deve compiere il debitore per procurarsi il denaro, e la possibile maggiore o minore onerosità della prestazione a cui il debitore stesso è tenuto. Egli inoltre non affronta, ma adombra il dubbio che ne deriva per l'affermazione di carattere generale della invariabilità del

valore/potere di acquisto del denaro, quasi ipotizzando un apprezzamento/deprezzamento dello stesso. Egli certo però non pone tale possibile vantaggio/svantaggio per l'attore come condizione per la considerazione da parte del giudice della maggiore/minore onerosità per il convenuto.

Il nesso denaro-costi di esso (individuato con riferimento agli interessi)-valore viene così colto nella sua elasticità, senza mettere qui in discussione il ruolo stesso del denaro rispetto alle altre cose, e la sua individualità, ma subordinando le conseguenze giuridiche alla effettiva presenza delle caratteristiche di esso sotto entrambi i profili. In caso di variazioni, il giudice dovrà tenerne conto.

2.3. Se ad obbligazioni di stretto diritto come quella nata da stipulatio si riferisce il frammento ora citato, ad obbligazioni perseguibili con un iudicium bonae fidei si riferisce invece D. 19,2,15,2 in cui Ulpiano ci ricorda un parere del giurista Servio Sulpicio Rufo

È stato con l'emergere dei giudizi di buona fede che è venuta maturando quella riflessione che aveva portato già Quinto Mucio a fissare come regola di ciò a cui sono tenute le parti il *culpam praestare* che poi si integra con la regola *casus a nullo praestantur*, e si precisa nei suoi contenuti ascrivendo ad es. nella colpa l'*imperitia*, e precisando essere inclusi nel *casus* non solo la forza maggiore, ma anche tutti gli altri accadimenti non dovuti a colpa. Si era formato così il principio la cui elaborazione di Ulpiano è stata collocata da Giustiniano fra le *regulae iuris antiqui* (D. 50,17,23³¹). Da esso, salvo le ipotesi di responsabilità per solo dolo, e salvo diverso accordo fra le parti purché non esonerante il *dolum praestare*, l'obbligazione è quindi determinata entro i confini della condotta diligente, perita ecc., cosicché certo non vi è inadempimento quando il soggetto abbia operato secondo tali modelli adeguati alle circostanze concrete, cioè abbia realizzato lo sforzo diligente che il contratto esigeva da lui³². E

ciò si riflette su qualsiasi tipo di prestazione, anche se con le necessarie distinzioni³³.

Ritengo però necessario qui richiamare il parere di Servio, che, nell'ambito degli stessi *iudicia*, e quindi nel quadro del lavoro interpretativo volto a determinare quale sia il contenuto dell'*ex fide bona oportere*, apre una via distinta da quella ora ricordata, una via che viene anch'essa accolta da Ulpiano e poi da Giustiniano, preferendola, per la situazione esaminata, all'altra.

D. 19,2,15,2 Ulp. l. 32 ad Ed.: *Si vis tempestatis calamitosa contigerit, an locator conductori hoc nomine aliquid praestare debeat videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursu hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. Sed et si uredo fructum oleae corruerit aut solis fervore non adueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse, idemque dicendum si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori ut frui possit³⁴.*

Non intendo qui sviluppare neanche l'esegesi di questo testo, recentemente rinnovata con puntualizzazioni che seguono³⁵. Il parere di Servio è ritenuto sostanzialmente genuino; ad esso sono state aggiunte delle precisazioni, che cominciano dall'esempio della frana.

Si deve notare subito che Ulpiano si pone il problema di quale sia l'estensione della prestazione del locatore, e cioè se egli debba garantire qualche cosa al conduttore nel caso in cui sia intervenuta la *vis* di una rovinosa tempesta³⁶. Per affrontare questo problema, Ulpiano, che pure, come sopra visto, ha sintetizzato in modo maturo l'impostazione scaturita dai pareri di Quinto

Mucio, non se ne avvale, ma vi deroga, e richiama il parere, diversamente impostato, di Servio, di poco più giovane di Mucio, che forse utilizza attraverso la citazione di un altro giurista³⁷.

Servio aveva distinto ciò a cui è tenuto il proprietario-locatore e ciò a cui è tenuto il colono-conduttore, ponendo a carico del primo anche il garantire la disponibilità della cosa locata anche rispetto alla violenza-fattore esterno a cui non si può resistere, che viene esemplificata in quella dei fiumi, delle cornacchie, degli storni e dell'incursione nemica, e ponendo a carico del secondo i vizi-alterazioni delle cose che scaturiscono dalla cosa stessa, nel processo produttivo di essa, che vengono esemplificati come il vino che inacetisce, il raccolto che si guasta a causa di certi vermi o delle erbe infestanti. Servio sembra volersi allontanare da ogni valutazione non solo soggettiva, ma anche implicante l'indagine dello stesso rapporto di causalità con la condotta dei contraenti; egli si concentra sul tipo contrattuale, sul ruolo di ciascun contraente, e ciò che la buona fede implica che ciascuno debba garantire nel quadro di una corretta individuazione delle rispettive prestazioni, definendo che colui che dà un fondo in locazione perché venga coltivato deve garantirlo anche a fronte della *vis cui resisti non potest*, mentre chi coltiva deve accollarsi i *vitia* che *ex ipsa re oriantur*, cosicché egli rimette al giudice solo il compito di sussumere gli eventi concreti per i quali offre esempi nell'una o nell'altra categoria. Talune difficoltà connesse a tale sussunzione sono poi alla base delle integrazioni che seguono il parere di Servio, a volte correggendolo un po', come includendo nella *vis* la frana del terreno che abbia distrutto il raccolto, o la malattia che abbia rovinato le olive o il calore del sole, se superiore al consueto, o il terremoto, mentre non si riscontra *vis* se il calore del sole non è fuori dell'usuale, o truppe (non nemiche) di passaggio compiono furti.

Ulpiano quindi, di fronte ad un caso, o nell'esaminare un esempio di un colono che

abbia subito la distruzione del raccolto a causa della violenza di una rovinosa tempesta, utilizza una autorevole citazione che aveva segnato una linea interpretativa che si era consolidata, e introduce la generale distinzione menzionata, da cui trae la conclusione essere il locatore tenuto a garantire la disponibilità della cosa, includendo in tale disponibilità la garanzia di poter *frui* il fondo, cioè, il fondo da coltivare e le condizioni esterne della coltivazione, la capacità produttiva del fondo di esso³⁸.

2.4. In base alla legge ricordata da Livio, i limiti al livello dei tassi di interessi non possono essere circoscritti ad un solo paese, ma, in un mercato finanziario che si estende oltre i confini di esso, tali limiti devono seguire l'estensione del mercato stesso, per una esigenza di parità di trattamento e di non elusione della norma, che quindi o è un principio di generale applicazione, come infatti è, o si riduce ad essere solo un vincolo efficace per i più piccoli operatori, che non operano oltre tali frontiere. Gli interessi poi non operano solo di per sé, ma incidono sul costo del denaro, e in base al testo di Gaio, fatto proprio da Giustiniano, si deve riconoscere un principio di riadeguamento del rapporto di credito in relazione alle mutate e più gravose circostanze nelle quali l'adempimento di un debito pecuniario, non meno di quello di altre cose certe e fungibili, deve effettuarsi, quando questa maggiore onerosità dipenda da un fatto del creditore. In base alla prospettiva di Servio-Ulpiano, anch'essa fatta propria da Giustiniano, si deve dire che, nell'ambito del *iudicium bonae fidei* relativo a cose fruttifere che una parte, dietro compenso, pone a disposizione di altra che, con l'attività produttiva, ne trae frutto, questa parte deve accollarsi le conseguenze dannose derivanti da cause endogene alla propria attività, il creditore tutte le altre³⁹. E non si può non sottolineare che, già dall'inizio del processo di codificazione moderna, ormai tutti i giudizi sono di buona fede⁴⁰, anche se si deve altresì

rimarcare quanto più ampia rispetto alle diverse formulazioni di articoli di codici sia la prospettiva posta a principio del nostro sistema nell'espressione delle antiche formule: *quidquid dare facere oportet ex fide bona*.

3. Conclusione

In concreto, i testi esaminati danno interessanti indicazioni in merito a queste possibili conclusioni: è un principio generale che i tassi di interesse siano limitati, e tale principio deve necessariamente valere a livello internazionale per garantire il corretto funzionamento del mercato; le variazioni dei tassi di interesse poi, come pure le variazioni connesse del valore della moneta non possono essere accolte indiscriminatamente al debitore, bensì i PVS devono accollarsi le conseguenze di quanto ha origine nella loro attività, o nel sistema a cui appartengono; il creditore invece, Paese industrializzato o Ente del sistema finanziario internazionale, tutte le altre, e, in primo luogo, per la questione in esame, le conseguenze del sopravvenuto sostanziale incremento del valore reale degli interessi pattuiti sui prestiti effettuati, così come quello del capitale da restituire, che, sia che siano state volute dal creditore, sia che dipendano dal caso fortuito, non può far pagare al debitore⁴¹ (ciò mi sembra del tutto coerente con il ruolo (e quindi anche la responsabilità) di guida dell'economia mondiale che si vuole da taluni gruppi di Paesi realizzare, anche attraverso le istituzioni finanziarie internazionali).

Note

¹ Cfr. S. Schipani, *Principios, institutos y normas a tutela del deudor, in Mundo Nuevo. Revista de Estudios Latinoamericanos*, 42, 1988, Caracas, 328 ss.; A. F. Montoro, *Sotto la scure del debito estero, in Coscienza*, 1988 (Roma), 4, 8 ss.; I. C. Moreira Alves, *A defesa patrimonial do devedor do direito romano ao direito latino-americano, in A.A.V.V., Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema jurídico*

latinoamericano, Lima, 1990, 195 ss.; S. Schipani, *Principi generali del diritto e iniquità nei rapporti obbligatori (Primo rapporto provvisorio su una ricerca in corso sui principi, istituti e norme a tutela del contraente più debole e sulla necessità di applicazione di essi al debito internazionale dei Paesi dell'America Latina)*, in *Apollinaris*, 65, Roma, 1992, 627 ss.

² M. A. Espeche Gil, *Ilicitud del alza unilateral de los intereses de la deuda externa*, XV Congreso IHLADI, Madrid, 1989; J.R. Vanossi, *Proyecto de declaración. Fundamentos, in Tramite Parlamentario* [Argentina], 10/3/1989, 210, p. 4599 ss.; F. De La Rúa, *Proyecto de Declaración. Fundamentos, in Senado de la Nación* [Argentina], 7/11/1989; M.A. Losada, *Proyecto de comunicación, in Senado de la Nación* [Argentina], *Diario de Asuntos entrados*, VI, 162, 19/3/1991, p. 1855; F.H. Cardoso, *Senado Federal-República Federativa del Brasil*, 16/8/1991.

³ *Debito internazionale. Principi generali del diritto. Corte Internazionale di Giustizia*, a cura di D.J. Andrés-S. Schipani, Libreria Editrice Vaticana - Libreria Editrice Lateranense, Roma, 1993, 398; *Cuadernos do Parlatino*, 2, *A Dívida externa. Solicitação de um Ditame Consultivo ... Corte Internacional de Justiça de Haia*, Ed. do Parlamento latinoamericano - Sede Permanente, Sao Paulo, 1994, 115; *Debito internazionale. Principi generali del diritto*, a cura di S. Schipani, Cedam, Padova, 1995, 388; *Mundo Nuevo. Revista de Estudios Latinoamericanos*, 73-74, Caracas, 1996, 231-390; *L'usura ieri ed oggi. Atti Convegno Foggia 1995*, a cura di S. Tafaro, Ed. Cacucci, Bari, 1997, 295; *Il debito internazionale*, a cura di D.A. Gutierrez-S. Schipani, Pontificia Università Lateranense-Mursia, Roma, 1998; *La deuda externa. Dimensión jurídica y política*, A. Colomer Viadel coord. Madrid, 1999.

⁴ *Diritto alla vita e debito estero*, a cura di P. Catalano, E.S.I., Napoli, 1997.

⁵ *Carta di Sant'Agata dei Goti. Dichiarazione su usura e debito internazionale*, Fondazione Sant'Alfonso, Sant'Agata dei Goti, 1996.

⁶ *La dette contre le droit. Une perspective méditerranéenne*, sous la direction de P. Catalano-Abdelkader Sid Ahmed, Isprom-Publisur, Paris, 2001.

⁷ Cfr. S. Schipani, *Primo rapporto cit.*,

⁸ Cfr. G. Rotondi, *Leges publicae populi Romani*, Milano, 1912; A. Berger, s.v. *Leges Semproniae*, in *PWRE*, suppl. 7, 1940, 412 s.

⁹ Cfr. precedenti contributi di F. De Martino, *Riforme del IV secolo a.C.*, in *BIDR*, 78, 1975 (= Id., *Diritto e società nell'antica Roma*, Roma, 1979, 203 ss.); E. Giuffré, s.v. *Mutuo (Storia)*, in *ED*, 27, 1977, 420 e n. 25.

¹⁰ Il termine latino è *tanscribere*, e ciò suscita problemi interpretativi se lo si riferisce al *nomen transcripticum*, a proposito del quale Gai. 3,133 ci informa che *an obligentur peregrini, merito quaeritur*,

quia quodam modo iuris civilis est, e, secondo la scuola proculeiana, era utilizzabile solo da cittadini, mentre solo Sabino e Cassio avrebbero ritenuto che, per l'ipotesi a *persona ad personam* sarebbe stato accessibile anche agli stranieri; ma, a parte più generali dubbi sulla portata della affermazione di Gaio, su cui cfr. P. Catalano, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I, Torino, 1965, 128 n.4, sul punto, assai controverso, cfr. persuasivo M. Kaser, *Zum Begriff des "commercium"*, in *St. Arangio-Ruiz*, 2, Napoli, 1953, 290 ss.: "der Ausdruck ist hier nicht technisch gebraucht", perché se si trattasse di un mutuo originariamente registrato come concesso da un cittadino ad altro cittadino e poi novato, il mutuante non avrebbe evitato la sanzione prevista dalla legge sugli interessi; si deve essere quindi trattato di mutuo costituito *re/numerazione* direttamente da uno straniero a favore di un cittadino, magari con denaro a sua volta raccolto presso cittadini, e di registrazione di *nomina arcaria* (Gai. 3,131-132).

¹¹ Il problema si riferiva probabilmente al livello, usurario, degli interessi, e non alla previsione stessa di essi, nonostante il plebiscito Genucio del 342 (Liv. 7,42,1) che sembra li vietasse del tutto, e l'antica legge a cui fa riferimento Appiano (*Bell. civ.* 1,54,233-234) nel racconto relativo all'uccisione del pretore A. Sempronio Asellio; cfr. per tutti F. De Martino, *Riforme cit.*, 219 ss.; Id., *Storia economica di Roma antica*, 1, Firenze, 1980, 147 s.

¹² Che si tratti di una delibera del Senato, risulta da Liv. 35,6.

¹³ Cfr. P. Frezza, *Corso di Storia del diritto romano*, 3 ed., Roma, 1974, 412; L. Di Lella, *Il plebiscito Sempronio del 193 a.C. e la repressione delle "usurae"*, in *Atti Acc. Sc. Mor. e Pol.*, 95, Napoli, 1984, 4 dell'estr.

Che la denuncia pubblica dei debiti si riferisca a quelli esistenti al momento del provvedimento del Senato, e che l'obbiettivo che questo così si proponeva fosse di pervenire all'accertamento del debito, per porre sotto controllo e quasi per fissare la situazione esistente, mi pare confermato nella frase immediatamente successiva da cui risulta che appunto tali *professiones* hanno consentito l'accertamento dei debiti *per hanc fraudem contracti* (non mi sembra che potrebbero essere designati così i debiti che fossero stati contratti dopo il termine fissato dal Senato e immediatamente dichiarati, come pur potrebbe intendersi la frase *ut qui post-proferentur*).

¹⁴ Cfr. V. Mannino, *L'"auctoritas patrum"*, Milano, 1979, 59 ss.

¹⁵ L'espressione è di G. Pugliese, *Il processo civile romano*, 2, *Il processo formulare*, 1, Milano, 1963, 296 ss. e accolta da P. Catalano, *Linee del sistema cit.*, 132 n.14, secondo cui "l'esclusione dei peregrini dalla *legis actiones* era dovuta al fatto che per essi non si voleva vincolare con la *lex imperium* del

magistrato, bensì si voleva che qui ne fosse piena la discrezionalità, pur regolata dalla *fides*". Cfr. sul criterio della *fides* richiamato, in generale G. Grosso, *Storia del diritto romano*, ed.5, Torino, 1965, 264 ss.

¹⁶ Cfr. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, 2, Napoli, 1964, 171 parla di "istruzioni [...] indirettamente vincolanti, perché venivano osservate dal magistrato stesso nell'esercizio del suo potere giurisdizionale"; cfr. anche O' Brien Moore, s.v. *Senatus*, in *PWRE*, suppl. 6, Stuttgart, 1935, 747; M. Talamanca, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1979, 222; G. Crifò, *Attività normativa del Senato in età repubblicana*, in *BIDR*, 71, 1968, 55 ss.

¹⁷ Per la risalenza all'epoca in cui i fatti avvenivano dell'interpretazione di essi come *fraus patriciorum*, cfr. L. Fascione, *Fraus Legi*. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana, Milano, 1983, 42.

¹⁸ Richiama opportunamente la problematica del rapporto *ius-lex* rappresentato dalle *leges imperfectae*, L. Di Lella, *Il plebiscito Sempronio* cit., 8 ss. dell'estr.

¹⁹ Cfr. P. Catalano, *Linee del sistema* cit., 76 n. 22 e 71 s. V. anche P. Frezza, *Corso di Storia* cit., 394 ss.

²⁰ P. Frezza, *Corso di Storia* cit., 412 puntualmente sottolinea il rapporto fra "questo diritto comune del credito" e il "mercato comune della moneta".

²¹ Cfr., per il quadro del significato di tale uso della *factio*, per tutti P. Catalano, *Linee del sistema* cit., 76 s.

²² Immaginare, per analogia con quanto ora menzionato in materia di *damnum iniuria* e di *furtum* (Gai. 4,37), il ricorso ad una *factio civitatis*, si scontra con il fatto che non ve ne è alcuna traccia, e che inoltre, a differenza di quelle, la *factio* avrebbe la singolarità di essere predisposta da una legge. Ma soprattutto si deve tenere conto che la situazione concretamente da risolvere era quella relativa a dei convenuti in un processo. Appare fondato allora ritenere che l'applicazione della legge dovesse avvenire tramite una *exceptio*: cfr. L. Di Lella, *Il plebiscito Sempronio* cit., 7 ss. e 21 s., che sottolinea altresì come però la tutela nei confronti dei cittadini rimanesse ugualmente differente, dato il diverso tipo di processo, *per legis actiones*, che ad essi si applicava, e potesse probabilmente consistere in "una *manus iniectio*, per la condanna in *quadruplum* ovvero diretta al semplice recupero degli interessi medesimi" dopo il loro pagamento, in base alla *lex Marcia* di cui Gai. 4,33 (p.16 ss.) che configurava ancora un tipo reazione da *lex imperfecta*. La maggiore adeguatezza del metodo della *exceptio* avrebbe fatto sì che esso sia stato poi utilizzato nelle liti fra cittadini (p. 21 s.).

²³ Sugli *hostes* come soggetti dello *ius*, salvo sfere da cui fossero esclusi, cfr. P. Catalano, *Linee del*

sistema cit., 65 ss., che però rinvia al vol. 2 l'esame del problema "della validità o meno della *leges publicae populi Romani* anche per i peregrini" (p.77 n.24).

²⁴ L'espressione viene usata a questo proposito e con riferimento esplicito a questa legge, da G. Bonfante, *Storia del diritto romano*, 1, 4 ed., 1934, rist. Milano, 1958, 238.

Che il meccanismo posto in atto sia sottoposto al principio dispositivo, caratteristico del processo romano dell'epoca, e che quindi la tutela nei confronti della abusiva stipulazione di interessi usurari fosse frammentata nei singoli processi e rimessa al giudizio di convenienza del debitore ed al gioco dei rapporti di potere/stato di necessità, non ci deve indurre a ritenere che essa non avesse la sua forza, se fra cittadini tali divieti erano tanto efficaci da provocare il fenomeno della fuga dei capitali/*fraus* ricordata da Livio (certo, in relazione ai cittadini, abbiamo anche il ricordo di multe edilizie, su cui cfr. per tutti F. De Martino, *Riforme* cit., 219 e n. 139).

²⁵ (Questa azione [*de eo quod certo loco dari oportet*] su ciò che si deve dare in un certo luogo) è rimessa alla valutazione del giudice, perché sappiamo che i prezzi delle cose, e principalmente del vino dell'olio e del frumento, possono variare a seconda delle città e delle regioni. Sebbene, poi, il potere d'acquisto delle monete sia considerato unico ed invariato ovunque, ciononostante in alcuni luoghi il danaro si trova più facilmente e a tassi d'interesse più lievi, mentre in altri luoghi con maggiore difficoltà ed a tassi d'interesse più gravosi).

²⁶ Cfr. O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1927 (rist. Aalen, 1974, 232 ss.; F. Amarelli, *Locus solutionis. Contributo alla teoria del luogo dell'adempimento in diritto romano*, Milano, 1984, 105 ss.

²⁷ Cfr. O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*, cit. (rist. Aalen, 1974, 240 ss.); G. Provera, *La pluris petitio nel processo romano*, 1, *La procedura formulare*, Torino, 1958, 117 ss.

²⁸ Cfr. G. Pugliese, con la collaborazione di F. Sitzia-L. Vacca, *Istituzioni di diritto romano*, 3 ed., Torino, 1991, 306. O. Lenel, *Das edictum* cit., 246 propone: "Numerium Negidium Aulo Agerio decem aut si quid alterutrius interfuit eam pecuniam Ephesi potius quam Romae solvi, tanto pluris minorisve condemna si non paret absolve". Cfr. per tutti M. Kaser, *RPR*, 2 ed., 1, München, 1971, 639; 2, 1975, 337; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, 3 ed., Torino, 1987, 597; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 638 s.; A. Guarino, *Diritto privato romano*, 9 ed., Napoli, 1992, 807 n. 75.4; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, 2 ed., 1994, 543 s.

²⁹ Sull'articolazione del mondo imprenditoriale e finanziario, cfr. A. Di Porto, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica* (II sec. a.C. - II

sec. d.C.), Milano, 1984; Id., *Filius, servus e libertus, strumenti dell'imprenditore romano*, in *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica*. Erice, 22-25 novembre 1988, Palermo, 1992, 231 ss.; A. Petrucci, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a.C. - metà del III secolo d.C.)*, Napoli, 1991.

³⁰ G. Melillo, *Economia e giurisprudenza a Roma*, 1978, 65.

³¹ Ulpianus *l. vigesimo nono ad Sabinum: Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. ...animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur* (Certi contratti ammettono solamente il dolo, certi il dolo e la colpa... Da parte di nessuno si garantisce per i casi degli animali, le morti che accadono senza colpa, la fuga dei servi che non erano solitamente da sorvegliare, le rapine, i tumulti, gli incendi, le inondazioni, le aggressioni dei predoni). Con riferimento a quanto detto, si noti il richiamo, come ipotesi di casus che escludono il garantire/rispondere, oltre che al terremoto, alla *vis venti*, al naufragio, che sono esempi tipici di *vis maior*, anche agli altri indicati accadimenti che non sono ipotesi di *vis maior*, e che finiscono per definirsi per l'assenza di colpa.

³² Cfr. S. Tafaro, *'Regula' e 'ius antiquum' in D. 50,17,23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, Bari, 1984; R. Cardilli, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 415 ss.

³³ Cfr. la vicenda moderna della categoria della 'impossibilità della prestazione', le sue difficoltà e il suo riassorbimento ad opera della regola in esame: R. Cardilli, *Il ruolo della dottrina nella elaborazione del sistema: l'esempio della responsabilità contrattuale*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 1, 1996, 79 ss.

³⁴ (Se sia intervenuta la violenza di una tempesta rovinosa, vediamo se il locatore debba garantire qualcosa al colono. Servio afferma che il proprietario deve star garante nei confronti del colono per ogni violenza a cui non si può resistere, come quella dei fiumi, delle cornacchie, degli stormi, e se sia accaduto qualche cosa di simile, o se i nemici compiono una incursione: se invece i vizi scaturiscono dalla cosa stessa, questi sono a carico del colono, come se il vino sia inacidito, o se il raccolto sia rovinato dai vermi o da erba infestante. Ma se una frana abbia asportato tutto il raccolto, il danno non è del colono, affinché, oltre al danno per le sementi perdute, non sia tenuto anche al pagamento del canone. Ma se la malattia abbia rovinato le olive o sia vi sia stato un inconsueto calore del sole, il danno sarà del proprietario; se invece non sia intervenuto alcunché diverso dal consueto, il danno sarà del colono, e lo stesso si dovrà dire se delle truppe di passaggio

abbiano portato via qualche cosa per prepotenza. Ma se il fondo sia stato così rovinato dal terremoto da non esserci più come tale, il danno è del proprietario: egli infatti è tenuto a garantire il fondo al conduttore, perché possa essere fruito).

³⁵ R. Cardilli, *L'obbligazione* cit., 233 ss.

³⁶ Si noti che non si pone qui il problema della remissione della mercede di cui si tratta poi in altri testi: D. 19,2,15,3-5; C. 4,65,8; 4,65,19.

³⁷ Cfr. F. Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, 256.

³⁸ Questa frase, corrispondente a quanto affermato in generale in D. 19,2,15pr.-1, è presente alla conclusione dell'intera riflessione.

³⁹ A livello di storia delle idee, dobbiamo al Turgot (1727-1781), sulla stessa linea del giusnaturalismo laico (Grozio, Pufendorf, Christian Wolff), la penetrazione nel diritto civile della nuova concezione che porta a considerare il prestito ad interessi «un commercio ... nel quale chi presta vende l'uso del suo danaro e chi prende a prestito lo acquista; esattamente come il proprietario di un terreno e il suo fittavolo vendono e acquistano rispettivamente l'uso del fondo affittato». Da questa concezione dipende la formulazione dell'art. 584 *Code civil* francese, che considera frutti civili anche i redditi finanziari (su questi problemi e sul rapporto tra nozione giuridica di 'frutto' e reddito del capitale cfr. R. Cardilli, *Dalla regola romana dell'usura pecuniae in fructu non est agli interessi pecuniari come frutti civili nei moderni codici civili*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 5, 1998, 3 ss., in particolare pp.45 ss.; Id., *La nozione giuridica di fructus*, Napoli, 2000; sul dibattito sulla natura del denaro in tale momento storico, cfr. anche U. Petronio, *Il denaro è una merce. Il prestito a interesse tra fisiocrazia e codificazione*, in *Riv. del Dir. comm. e del dir. gen. delle obl.*, 1-4, 2001, 55 ss.).

⁴⁰ Cfr. ad es. J.G. Heineccius, *Elementa cit.*, IV, 6, par.1196: *Usu fori hodierno discrimen inter actiones bonae fidei et stricti juris plerisque locis cessat*; e poi *Codice Civile di Napoleone il Grande col confronto delle leggi romane Ad uso delle Università e dei Licei del Regno d'Italia*, 2, Milano, 1811, art. 1134-1135 p. 826 s., ove leggiamo «il principio per cui era già da lungo tempo presso di noi tolta una tale distinzione [fra contratti di buona fede e contratti di stretto diritto], e tutti i contratti s'interpretavano *ex bono et aequo*, ed obbligavano anche a ciò che in essi non era stato espresso, quando così esigevano l'equità, la consuetudine o il costume» (v. anche p. 804). Nel CcCh./1856 (vigente; codice di Andrés Bello che, con piccole variazioni è stato recepito ed è in vigore anche in Ecuador/1861 e Colombia/1858-1887), troviamo un notevole contributo in rapporto alla determinazione degli effetti del contratto, perché all'art. 1546 precisa: «Los contratos deben executarse de buena fe, y por consiguiente obligan

no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella»; L. Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, vol. 11, Santiago, 1936, 495 ss. commenta: «No cabe duda de que la extención que deba darse a los contratos es una obligada consecuencia de la buena fe con que deben ejecutarse [...] La expresión 'de buena fe' está tomada de la antigua distinción romana entre los contratos *bonae fidei* y los contratos *stricti iuris*». In conseguenza di questo superamento, già Ch.F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, Erlangen, 1790-, trad. it. *Commentario alle Pandette, Libro XIII*, Milano, 1906, con note, al titolo 4, di G. Pacchioni, par. 848, a proposito dell'«uso odierno»

della *condictio de eo quod certo loco*, pone in luce come, venuta meno la distinzione fra i giudizi di buona fede e *stricti iuris*, non sia più rilevante l'uso di tale *condictio*, ma continuino ad esserlo i «principii che il diritto romano prescrive al giudice nel fissare l'interesse per il luogo di pagamento».

Da ultimo, sul principio di buona fede, A. Martins-Costa, *A Boa-Fé no direito Privado*, Sao Paulo, 1999 (su cui rec. di Cardilli, in *Roma e America*, 8, 1999, 287 ss.); R. Zimmermann-S. Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000.

⁴¹ È interessante rilevare che i *Principi di Unidroit*, nel definire l'*hardship*, a cui riconoscono una rilevanza per taluni profili diversa, indicano fra i requisiti all'art. 6.2.2. c) « the events are beyond the control of disadvantaged party ».

Para uma arqueologia constitucional

Stéphane Monclaire

Certaines rencontres peuvent s'avérer déterminantes dans la conduite d'une carrière scientifique, dans la mesure où elles contribuent à décider de l'objet sur lequel le chercheur travaillera des années durant. Mon parcours de brésilieniste doit ainsi beaucoup à Anna Maria Villela, aux propos qu'elle me tint, en août 1988, lors de notre première rencontre. J'étais alors jeune enseignant chercheur au Département de science politique de la Sorbonne (Université de Paris 1) et venais de publier mon premier article scientifique sur le Brésil, consacré à la rédaction de la nouvelle constitution. De passage à Brasília pour réunir de la documentation sur ce sujet d'actualité et y réaliser quelques interviews de constituants, plusieurs hauts fonctionnaires du Congrès me conseillèrent d'aller à l'Annexe I du Sénat, discuter avec la directrice de la Revista de Informação Legilsativa. Anna Maria Villela me reçut de suite, car j'appris plus tard qu'elle essayait toujours de se rendre disponible afin de pouvoir conseiller au plus vite et au mieux ses visiteurs. Ce n'était pas la seule de ses qualités. S'exprimant dans un français parfait, sachant écouter et, plus encore, suggérer de nombreuses pistes de réflexions, elle m'expliqua aussi finement que pédagogiquement certaines dimensions du processus constituant en cours. Ses analyses me convainquirent un peu plus de la nécessité de poursuivre mes recherches sur les travaux de l'Assemblée Nationale Constituyente. Depuis, ceux-ci n'ont cessé de me passionner et d'occuper la majeure partie de mon temps de chercheur.

Le texte qui suit est inédit. Rédigé en 1995, c'est un extrait de l'introduction d'un long ouvrage (6 volumes) en grande partie achevé et portant sur les travaux de la Constituante. Cet extrait peut être lu comme un plaidoyer (d'où son titre) en faveur de l'étude du processus constituant pour mieux comprendre les significations de la charte de 1988. J'aurais aimé le soumettre à Anna Maria Villela. Elle nous a malheureusement quittés trop tôt.

Plaisir de vivre l'Histoire ou auto-célébration ? Attitude protocolaire ou ferveur partisane ? Comme tout hommage rendu à un texte par ses auteurs, la cérémonie de promulgation de la huitième constitution brésilienne est nécessairement ambiguë. Les éloges proférés oscillent entre évaluation sincère et appréciation intéressée. À la tribune, Ulysses Guimarães (1988, p. 14377), le président de l'Assemblée Nationale Constituante (ANC), s'enflamme: «Parlant avec émotion à mes compagnons, aux autorités, aux chefs du pouvoir législatif, aux femmes et aux hommes ici présents, et parlant surtout au Brésil, je déclare promulgué le document de la liberté, de la dignité, de la démocratie, de la justice sociale au Brésil». Dans les travées et les galeries de l'hémicycle, ces propos avantageux déclenchent autant de vifs applaudissements que de sourires amusés. Car en cette après-midi du 5 octobre 1988, les 559 constituants et leurs invités ne sont pas dupes: ils se savent en désaccord sur les mérites éventuels de la nouvelle charte, tant celle-ci, fruit de renoncements et de concessions forcées, ne peut satisfaire pleinement leurs intérêts contradictoires. Cependant, et tous en conviennent, discuter de ce que la constitution aurait dû ou non contenir n'est plus de mise. L'heure ne peut plus être à l'écriture de la charte. «Qu'elle nous plaise ou non, nous devons faire avec» constate un des nombreux constituants conservateurs inquiets des dispositifs du Titre VII consacré à l'ordre économique et financier. Du reste, dans quelques instants Ulysses Guimarães

déclarera définitivement clos les travaux de l'ANC et mettra ainsi un terme définitif au processus constituant engagé des années plus tôt. Ce faisant, il officialisera l'ouverture d'une ère nouvelle: celle des usages du texte promulgué.

Pour célébrer ce passage et souligner — tout en la fabriquant — l'importance de l'événement, la plupart des personnalités ayant pesé sur l'écriture de la constitution assistent à cette cérémonie de promulgation. Leur présence physique fait plus qu'illustrer l'étroit rapport unissant la charte à ses auteurs, elle le rend immédiatement perceptible. Mais ce lien — si évident lors des débats de l'ANC — est en passe de s'évanouir. Car au tumulte permanent qu'occasionnait et qui accompagnait le déroulement du processus constituant (compris, provisoirement, comme ensemble de séquences enchaînées ayant conduit à la promulgation d'une nouvelle constitution), va succéder le camouflage que la fin de ce processus impose et implique. Tout se passe en effet comme si la charte, une fois promulguée, recouvrait et dissimulait les éléments ayant contribué à son écriture et à son avènement. Norme en quelque sorte parricide, la constitution tend à faire s'évanouir par un prodigieux coup de force symbolique les rapports de force et les croyances qui lui ont donné naissance. Pourtant, bien que la force de sa forme tende à nous les faire oublier (puisque l'énoncé constitutionnel ne renvoie pas explicitement à ses auteurs¹ ou aux affinités existantes entre les prescriptions du texte et les groupes sociaux qui étaient les plus immédiatement intéressés par ces prescriptions), la nouvelle charte brésilienne n'est évidemment pas ce lapin blanc, sorti soudainement du chapeau d'un quelconque magicien sous l'effet miraculeux de sa baguette magique. Elle n'est pas née, comme se plaisent souvent à le dire les juristes, de *la volonté du constituant*, sorte d'auteur collectif sublimé — né d'un réflexe d'anthropomorphisme — doué par avance de lucidité et de qualités exceptionnelles lui permettant de ne poursuivre

que des objectifs clairs, complémentaires, cohérents, et de faire advenir ce qu'il ambitionne puisque cet acteur réifié est présenté d'abord comme le seul protagoniste d'un processus dès lors caricaturé, puis comme jouissant à ce titre de la maîtrise du déroulement et de l'issue de ce processus. S'en remettre à une telle version, serait croire (et faire croire) à l'absence du politique, serait s'en remettre à une vision éthérée de la production du droit et perdre une des clefs des dispositifs constitutionnels.

Etudier et analyser le processus ayant abouti à la constitution actuellement en vigueur (même si elle a été plusieurs fois amendée depuis sa promulgation) présente plusieurs intérêts, notamment celui de notamment de mieux comprendre son contenu. Dit autrement, faire l'archéologie du texte constitutionnel aide au moins à comprendre les raisons de l'existence du texte, de chacun de ses articles, de leur ordre, du choix des mots qui les composent. Ces informations seront utiles aux juristes. Certes traditionnellement, au Brésil comme ailleurs, les interprètes de la constitution (magistrats, professeurs et autres herméneutes moins professionnalisés) ne puisent guère le sens des articles dont ils tentent de dire ou de préciser la signification dans les conditions et circonstances leur ayant donné naissance. Mais d'une part, cette tradition est moins justifiable que ces interprètes le croient ou feignent d'y croire. D'autre part et puisque cette tradition risque encore de perdurer longtemps, les données ressortant de cette entreprise d'archéologie pourront servir à défendre certaines interprétations et à en contester d'autres.

Au soir de sa promulgation, donc le 5 octobre 1988, la charte brésilienne n'est compréhensible qu'au regard des événements qui ont fait d'elle ce qu'elle est et sans lesquels elle ne serait pas. Le politologue n'a pas à accompagner les juristes dans leurs *Commentaires à la Constitution*, œuvre contemplative, promptement rédigée et composée de plusieurs et épais volumes

édités en rafale dès la fin 1988². Il n'a pas à imiter ces stakanovistes du verbe qui prétendent, dans un style souvent ampoulé, délivrer «la signification intrinsèque» des 245 articles et 69 dispositions transitoires de la charte, mais qui n'offrent en réalité qu'une interprétation déguisée et contingente. Comment le politologue pourrait-il croire longtemps à ce mirage ? Car cette illusion est d'abord redevable de l'emploi récurrent, par ces auteurs, d'un vocabulaire technique et spécialisé laissant présumer de la profondeur et de la scientificité de leurs discours. Elle résulte aussi des emprunts incessants à un corps de doctrine, donné comme gage de véracité et d'objectivité puisque naturalisé par ces auteurs; ceux-ci prenant soin de taire ou sous-estimant ce que la divergence de la doctrine doit à leurs rivalités professionnelles³ ou à des gages de loyauté envers les puissants du jour. Dans ces conditions, pourquoi le politologue devrait-il accorder à ces opérateurs masqués et inavoués de «constructions d'une science [le droit] objectiviste (ce qui ne veut pas dire objective) le satisfecit qu'ils s'octroient trop vite et à trop bon compte» (BOUDIEU, 1972, p. 202)? Certes parfois, et même souvent, ces *Commentaires* n'en sont plus, puisque leurs auteurs sombrent dans la paraphrase. Mais en ce cas, l'illusion s'estompe à peine, car cette propension à gloser est d'autant moins perçue qu'elle s'avère *a priori* insoupçonnable chez des auteurs bardés de titres académiques et bénéficiant du capital d'autorité préalablement acquis par le droit. Bref, pourquoi le politologue participerait-il à une bataille d'herméneutes alors que l'homme est, selon l'expression de Max Weber, un «animal suspendu dans les toiles de signification qu'il a lui-même tissées», et que ses écrits ne peuvent, du coup, être analysés en dehors de lui (et cela, même si les textes juridiques, institutionnalisation aidant, tendent à lui échapper) ? Pourquoi, face à un énoncé constitutionnel, sacrifierait-il le contexte au nom du texte puisque l'un et l'autre sont inséparables⁴?

L'argumentation des partisans du droit positif est connue. Au soir d'un colloque consacré à la nouvelle charte brésilienne et organisé un an jour pour jour après son entrée en vigueur, Caio Tacito jugeait que l'étude du processus constituant n'était pas une tâche prioritaire. «Si l'activité politique relève de la règle juridique, alors nous devons étudier le contenu de la règle. Certes aucun des articles composant notre charte n'en aurait fait partie si une majorité de constituants ne l'avait point voulu. Mais là n'est pas l'essentiel. Car les hommes politiques ou les citoyens, pour savoir ce qu'ils peuvent faire, se moquent des intentions qu'avaient les constituants ou les législateurs. Ils regardent simplement la constitution ou la loi en vigueur. Si un article leur semble obscur, ils ne consultent pas les historiens, mais les juristes. Et que dit le juriste ? Que fait le juge constitutionnel lorsqu'il dégage le sens d'un article ? Il ne s'enquière pas des volontés plus ou moins nettes et contradictoires de ses rédacteurs. Il ne se réfère pas à l'intention originelle, mais à la logique interne de la charte»⁵. «C'est de la constitution, pensée comme système de normes cohérent, que le juge déduit le sens des articles qui paraissent obscurs» confirme le publiciste Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶. D'où la conclusion de Carlos Mário da Silva Velloso, un des plus hauts magistrats brésiliens d'alors: «Que la signification d'un énoncé constitutionnel soit immédiate ou fixée par des juges, c'est toujours l'énoncé en lui-même qui prévaut; jamais ce qu'ont pu en penser ses rédacteurs. En cela, une fois promulgué et devenu charte, le texte voté par l'ANC échappe à ses auteurs et s'émancipe de ses déterminismes. Par conséquent, l'étude du processus constituant doit laisser place à celle de la constitution»⁷.

Ce qui me sépare de tels propos, c'est le sort réservé à l'énoncé constitutionnel, la façon dont il est considéré. Quand j'affirme que l'intérêt principal de la huitième constitution brésilienne réside *d'abord*, non

pas dans ce que le texte stipule, mais dans le processus grâce auquel ce qui est stipulé a pu l'être», je ne rejette pas cet énoncé. Je le pose comme terme d'un processus dont les interactions étaient engagées par des personnes notamment soucieuses de fixer à leur avantage les dispositifs de la future constitution. Et c'est par ce biais que je le saisis. C'est par ce qui l'a engendré et l'éclaire que je l'analyse, tout en sachant —bien entendu— que cet énoncé (qui aujourd'hui et demain, transformé et sanctifié par les interprétations de ses divers commentateurs, continue et continuera à être constitué par ses usages) peut être abordé d'une autre manière. Car si le contenu de la constitution appartient bien au processus constituant, il participe aussi de compétitions qui lui sont postérieures; et cette double qualité autorise deux moyens d'approche: il peut être saisi par ce qui le précède ou par les jeux ultérieurs qui contribuent à le définir. Mais en aucun cas, la voie et la méthode recommandées par Caio Tacito ne doivent être suivies, puisqu'elles supposent que tout le texte constitutionnel dispose *a priori* d'un sens, d'un sens permanent et «véritable» qu'il incombe à l'interprète de mettre à jour⁸. Certes, les acharnés du suivi de l'actualité constitutionnelle, ceux qui s'empressent de la commenter ne cessent de se référer à ce sens merveilleux et de s'y cramponner lorsqu'ils s'escriment, par exemple, à mesurer ce qu'ils nomment «l'écart entre le texte et sa pratique» ou, pire, la distance entre le texte et «son esprit» (notion écran, version fumigène —quoique plus ontologique— de la «volonté du constituant» et en même temps prosternation définitive devant l'énoncé juridique). Bien sûr, la nouvelle charte brésilienne (et c'est un euphémisme pour nombre de spécialistes brésiliens) paraît inégalement «appliquée». Mais est-on sûr que l'énoncé constitutionnel soit univoque ? Car si les usages sont aisément repérables, ce à quoi on nous invite à les ramener est plutôt diffus et, en aucun cas, exclusivement

contenu dans la charte. En réalité, c'est moins à l'énoncé constitutionnel qu'aux propos de ses commentateurs qu'il convient de confronter les pratiques constitutionnelles. Car, bien qu'il y ait «un déjà là des paroles écrites ou proférées par le législateur, il n'y a pas de déjà là de leur sens qui se trouverait en quelques sorte «déposé» en tant que tel en elles sous une forme déjà constituée et qu'on n'aurait plus qu'à cueillir» (AMSELER, 1991, p. 1203). Le positivisme juridique triomphant a longtemps laissé cela inaperçu: «il n'y a jamais de déjà là du sens indépendamment du sujet qui le construit» (AMSELER), car le sens d'un texte n'est pas enfoui sous ses mots mais surgit des catégories de pensée légitimes et partagées par un corps d'interprètes eux-mêmes autorisés: «il n'est pas derrière le texte, mais devant lui» (RICOEUR apud, VAN DE KERCHOVE, 1986, p. 240). De fait, «la parole d'ordre, dont le Texte (constitutionnel) n'est en soit qu'un support muet, ne saurait suffire à créer ce qu'elle énonce; encore faut-il qu'elle soit reconnue comme telle, parole d'autorité autorisée. C'est alors seulement que le texte vient à la réalité (c'est-à-dire *fait autorité*) par le biais des interprètes autorisés qui révèlent ce qui n'est alors qu'un texte caché, et par là l'instituent. Et dans la mesure où leur est reconnu le droit de parler au nom de ce Texte, de le relever, de dire «ce qu'il dit», ils révèlent par là même les fondements de l'ordre, confondus dans et avec le Texte, l'endossent à leur propre compte, habillent leurs discours de la force de ce qui alors *est* et qui dit «ce qui est»: le droit» (FRANÇOIS, 1988, p. 5-6). Bref, ce n'est qu'à travers l'étude du processus ayant fait d'elle ce qu'elle est au jour de son entrée en vigueur, ou/et en se consacrant aux usages postérieurs à la promulgation qui *font* les normes juridiques ou les institutions qu'elles énoncent⁹, que le politologue peut saisir la charte brésilienne.

Toutefois, si je décidais fin 1988 d'entamer une étude approfondie du processus constituant qui venait de s'achever, ce n'est

pas uniquement pour ces motifs. Ma préférence pour l'étude de ce processus était aussi pragmatique. En effet, à cette époque il était encore impossible de discerner avec clairvoyance les usages qui commençaient à former et reformer cette constitution; elle était promulguée depuis quelques mois, et il m'aurait alors fallu découvrir, au fil de leur énonciation et de leur diffusion, les discours concurrents —parfois dissonants— tenus sur les prétendus «dit» ou «non-dit» du texte, puis commenter ces commentaires et mesurer leur influence au risque de sombrer dans la glose¹⁰ ou de voir mes hypothèses sans cesse remises en cause par la venue de nouveaux faits. Par contre, à cette date le processus constituant était achevé; son observation immédiate laissait entrevoir des caractéristiques prometteuses et suggérait déjà nombre de questions. Aussi, de ces deux approches, j'ai retenu la première.

Bien qu'il faille penser la constitution à partir du processus constituant, celle-ci n'est pas *le reflet* direct de ses auteurs. Elle n'est pas la pure expression des rapports de force animant et reliant ses rédacteurs officiels ou officieux. Car les marxistes, en partant de «l'influence déterminante des rapports de production sur le droit» (MARX; ENGELS, 1968, p. 399), et en engageant de la sorte l'étude à laquelle nombre de juristes se refusent, conduisent une analyse où gît une autre possibilité d'erreur. Certes, leur démarche permet de souligner les fonctions de «l'idéologie juridique»¹¹: celle-ci, «par une compréhension originale du monde, l'organise matériellement en permettant la production d'un corps de règles fondé sur des prémisses nouvelles» (MICHEL, 1978, p. 6). Mais en posant que «le droit peut être conçu comme un rapport social dans le même sens que Marx a appelé le Capital un rapport social» (PARSUKANIS, c1924, 1970, p. 164), ils cantonnent le droit à des proportions modestes. Autrement dit, en faisant du rapport juridique un doublet de la structure économique des transactions marchandes,

en s'interdisant d'appréhender dans sa spécificité l'univers social propre dans lequel le droit se produit et s'exerce, les marxistes s'arrêtent aux fonctions de cette idéologie et gommant la spécificité de l'ordre juridique en tant qu'ordre normatif. De la sorte, ils tombent souvent dans les travers d'un volontarisme excessif et appauvrissent la réalité qu'ils tentent de saisir. De fait, bien que l'analyse marxiste tente de montrer à quel point, dans l'ANC, des clivages ont empêché tel accord et dans quelle mesure des accords ont modifié tel clivage, bien qu'elle veuille souligner que des luttes internes ou des rivalités entre les groupes sociaux et les acteurs pesant sur l'ANC s'altéraient au fil de l'écriture de la charte, elle décrit peu ou mal — puisqu'elle n'en saisit pas toutes les raisons — les effets imbriqués et transformateurs des rapports mouvants entre propriétés des producteurs de la charte et propriétés de la situation; effets qui pèsent sur l'écriture de la constitution. Autrement dit, parce que l'analyse marxiste omet de se demander — tant le droit relève pour elle de l'«appareil» — comment les représentations que les hommes se font de la signification et de la validité du droit qu'ils écrivent (ou qu'ils voient rédiger par d'autres) orientent les travaux de l'ANC, elle mesure mal combien et comment, au gré de la dispute des enjeux¹², les nouvelles lignes de fracture ou les nouvelles alliances affectaient à leur tour la situation; elle perçoit peu que la forme même sous laquelle ces luttes et ces rivalités étaient tranchées affectait en permanence ce va-et-vient continu¹³.

Ni créature éthérée, ni simple ombre portée, la constitution brésilienne résulte donc d'un jeu touffu aux règles souvent subtiles (peu à définies) et aux retournements fréquents. Jeu, pour l'essentiel, propre au processus constituant et dont aucun des très nombreux protagonistes ne maîtrisait à lui seul la tenue et la finalité. Aussi, est-ce à la découverte et à l'analyse des conditions et des circonstances particu-

lières ayant autorisé pareille charte que je me suis attaché. J'ai tenté de prouver qu'en amont de sa promulgation s'échelonnent de multiples phases, s'entrelacent d'amples mobilisations et transactions, diverses luttes d'influence et de pouvoir sous-tendues par d'inégaux antagonismes d'intérêts, de positions, de dispositions et convictions. J'ai essayé de repérer ces imbrications successives, d'en débrouiller puis d'en étudier les composantes, les causes et les conséquences afin de mieux comprendre le «pourquoi» et le «comment» de cette charte, de dégager les éléments constitutifs de la constitution, bref de saisir le processus constituant. Car la nouvelle charte brésilienne résulte d'un processus dynamique complexe, perceptible à travers des mécanismes d'inclusion ou d'exclusion de certains groupes, par l'afflux de définitions intéressées du réel, par l'utilisation de divers registres de justification ou de légitimation, par un travail de formalisation dont la codification ne fut qu'un élément, par l'institutionnalisation de ressources et de rapports à autrui, par l'emploi de capitaux symboliques aptes à fonder des pratiques profitables et des positions sources de distinction. C'est en cela que ce processus fut constituant.

Notes

¹ Certes l'édition et les rééditions de la constitution de 1988 opérées sur les presses du Congrès comportent, à la fin du texte, la liste des constituants. Mais cette liste est incomplète. Manquent 3 noms. Car c'est en réalité 593 constituants (suppléants inclus) qui ont siégé dans l'ANC.

² Très vite trônèrent ainsi dans les vitrines des librairies spécialisées les *Commentaires* de Jose Cretella Júnior (Forense, Rio de Janeiro), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Saraiva, São Paulo), rejoints plus tard par ceux de Vicente Carlos Lúcio (Jalovi, São Paulo).

³ «Le discours des juristes sur le droit est, par définition hagiographique parce qu'il laisse de côté l'essentiel: tout ce que la production de droit doit aux stratégies des producteurs pour maintenir ou améliorer leurs positions dans le champ du pouvoir». DEZALAY, Yves. *Marchands de droit*.

Paris: Fayard, 1992. p. 15-16. Toutefois le silence de la plupart des juristes quant à leurs propres stratégies relève bien moins d'une conspiration collective que de l'intériorisation de certaines façons de penser et de façons de faire valorisées et valorisantes. De sorte que des pages entières de doctrine sont des discours trompeurs ou/et de «trompeurs trompés, ignorant et la vérité objective de leur maîtrise pratique comme ignorance de sa propre vérité et le véritable principe de la connaissance qu'elle enferme» (BOURDIEU, 1972, p. 202). Il est vrai, à la décharge de ces juristes, que la manière dont, durant des générations, le droit leur a été appris, les a rarement invité à entreprendre un retour réflexif sur leur pratique, donc à voir et à dire comment et jusqu'où leur vision du droit est commandée par leur rapport au droit.

⁴ Faut-il rappeler que le mot «contexte» provient du latin «contexere», soit au sens propre «tisser ensemble». Omettre ce que gage et engage l'écriture du droit, reviendrait finalement à poser que la nouvelle constitution brésilienne (comme d'autres chartes) ne mérite pas en soi plus d'attention qu'un quelconque règlement affiché sur les quais du métro de São Paulo (ou d'ailleurs). De fait, en refusant d'étudier les circonstances et les conditions concrètes de l'élaboration de cette charte ou en délaissant, par exemple, l'analyse des représentations et des révérences intéressées qui fondent son autorité, on ne pourrait pas montrer combien l'ordre juridique nouveau a altéré et entériné (de par un travail de codification) une normalité sociale pré-existante. De même, ne pourrait pas être souligné combien l'écriture même de cet ordre juridique a tendu à façonner de manière spectaculaire le social. Bref, cela amènerait à gommer la réalité, à escamoter les faits et l'effet du processus constituant. Et, du même coup, cela conduirait à préférer l'étude de cette charte à celle d'autres énoncés normatifs à vocation performative (du type règlement de métro) que sous le double prétexte illusoire d'une vénération envers sa place au sommet de la hiérarchie des normes, et de la subséquente surdétermination des usages ou des contraintes multiples que sa promulgation ne manquerait pas, soit-disant, de provoquer. Or, sur ce dernier point, à moins de se focaliser sur le seul champ politique, il est évident que la nouvelle constitution brésilienne n'a jusqu'ici contraint *directement* que peu d'acteurs, alors que des millions de passagers sont quotidiennement contraints par les règlements des sociétés de transport!

⁵ Entretien du 07/10/1989.

⁶ Entretien du 06/10/1989. Quelques années auparavant, cet universitaire de renom écrivait déjà «toute constitution traduit un système, de telle manière que chacun de ses dispositifs ne gagne sa pleine signification qu'au regard de ce tout» (in *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo:

Saraiva, 1972. v. 1, p. vi). Cette méthode d'interprétation juridique est, au Brésil comme ailleurs, devenue la plus courante (Cf. CUETORUA, «Rapport général», in Travaux de l'Association H. Capitant. *L'interprétation par le Juge des Règles Écrites*. [S. 1.]: Economica, 1980. t. 29. p. 9-10.

⁷ Entretien du 07/10/1989.

⁸ José Alfredo de Oliveira Baracho, professeur de droit à l'Université Fédérale de Minas Gerais, préside les modalités de cette mission de mise à jour: «Pour que nous puissions percer le véritable sens des dispositions d'une charte, l'interprétation constitutionnelle exige, en plus de connaissances techniques élevées, de la sensibilité juridique, politique et social». BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Hermenêutica constitucional*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 14, n. 53, p. 113-144, 1977. p. 143; on notera l'adjectif «véritable».

⁹ L'évidence de ce phénomène et la nécessité de cette seconde approche pour saisir les institutions, sont largement affirmées et illustrées dans l'ouvrage collectif dirigé par: LAGROYE, Jacques; LACROIX, Bernard (Ed.). *Le Président de la République*. Paris: PNFNSP, 1992. 402 p.

¹⁰ Périlleuse propension que Montaigne avait déjà souligné et brocardé: «Il y a plus affaire à interpréter les interprétations qu'à interpréter les choses, et plus de livres sur les livres que sur autre sujet: nous ne faisons que nous entregloser». (in *Essais*, III-XIII). À titre d'exemple, les passages de la nouvelle charte brésilienne relatifs au «mandat d'injonction» ont donné lieu à une foison d'interprétations.

¹¹ «Le droit, chez Marx, est une représentation idéelle du réel, dont il procède, une idéologie. Il n'a donc aucun sens sans la base matérielle à laquelle il s'applique» ZENATI, Frederic. Le droit et l'économie au-delà de Marx. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 37, 1992. (p. 123). Pour Norbert Lechner (1977, p. 160), «le droit remplit une fonction de «ciment idéologique» substitutif, en partie, d'une structure sociale et économique organique». LECHNER, Norbert. *La crisis del Estado en América Latina*. Caracas: el Cid Ed., 1977. À noter que c'est notamment à travers les pages de cet auteur chilien, que les idées de Gramsci ont pénétré puis influencé le milieu des juristes brésiliens désireux d'entamer une sociologie du droit rompant avec la vision dominante jusqu'alors proposée. Ainsi, José Eduardo Faria (depuis directeur du Département de philosophie et de théorie général du droit à l'USP, et dont les idées ont maintenant fait école) en a été un lecteur attentif (Cf. l'introduction de son premier ouvrage. *Retórica Política e Ideologia Democrática: a legitimação do discurso jurídico liberal*. Rio de Janeiro: Graal, 1983. p. 19).

¹² Triple dispute: celle autour de l'objectivation des enjeux, c'est-à-dire des gains (mais aussi des pertes) pouvant revenir (être supportées) aux (par

les) protagonistes durant ou au terme des travaux de l'ANC; donc celle, concomitante, pour la définition de la valeur de ces gains et pertes possibles; puis celle engagée pour empêcher ces gains et éviter ces pertes (voir infra).

¹³ À preuve, le cadre dans lequel Benedicto de Campos (p. 9) inscrit la nouvelle charte brésilienne: «Les constitutions sont des produits historiques et sociaux; elles traduisent, dans leurs articles, la corrélation de forces sociales existantes dans une société donnée à un moment déterminé de son évolution historique». CAMPOS, Benedicto de. *Constituição de 1988: uma análise marxista*. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.

Bibliographie

GUIMARAES, Ulisses. *DANC*, ano 2, n. 308, p. 14377, 5 out. 1988.

BOURDIEU, Pierre. *Esquisse d'une théorie de la pratique*. Paris: Genève, 1972.

AMSELEK, Paul. La teneur indécise du droit. *Revue de Droit Public*, v. CV, n. 5, p. 1203, 1991.

VAN DE KERCHOVE, Michel. La théorie des actes de langage et la théorie de l'interprétation juridique. In: AMSELEK, Paul (Dir.). *Théorie des Actes de Langage, Ethique et Droit*. Paris: PUF, 1986.

FRANÇOIS, Bastien. Le Président, pontife constitutionnel. In: CONGRÈS NATIONAL DE L'AFSP, 3., 1988. *La Construction de l'Institution Présidentielle*. Bordeaux: Association Française de Science Politique, [1988?]. multigraphié.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *L'Idéologie Allemande*. Paris: Editions Sociales, 1968.

MICHEL, Jacques. Droit et Idéologie: éléments d'analyse à partir du jeune Marx. *Procès*, n. 1, p. 6, 1978.

PASUKANIS, Evgenij B. *La théorie générale du droit et le Marxisme*. Paris: E.D.I., c1924, 1970.

A engenharia política institucional do primeiro Estado brasileiro

Vamireh Chacon

A independência brasileira consumou-se por competente engenharia política institucional, mas foi precedida por longos, largos e sangrentos conflitos sociais, guerras revolucionárias de libertação nacional, uma após outra, um contexto que gerou unidade e sucessão.

O processo começou durante a União Ibérica, quando os brasileiros viram desmistificado o poder da metrópole portuguesa, submetida a uma monarquia só dual no nome e na administração, enquanto, do fundamental ponto de vista da decisão política, ela ficava em última instância nas mãos dos reis de Espanha. Essa aliança, imprevisível apesar dos intencionais matrimônios dinásticos, foi resultado da morte de Dom Sebastião, solteiro, tombado na Batalha de Alcácer-Quibir em 1578 sem deixar herdeiros diretos. Um, indireto, seu tio Filipe II de Espanha, reivindicou e obteve das Cortes portuguesas de Tomar em 1580 o reconhecimento à Coroa.

A União Ibérica atraiu a hostilidade política e militar da Holanda, Províncias Unidas dos Países Baixos independentes em guerras contra a Espanha, que passou a atacar a mais rica colônia portuguesa tornada espanhola, o Brasil. Riqueza do açúcar, a maior do mundo de então, o século XVII. Se for somada a hostilidade religiosa entre protestantes e católicos, tem-se um completo quadro de conflito ideológico e econômico.

As expulsões dos holandeses, ditos flamengos, da Bahia, em 1625, e de Pernambuco, em 1654, ocorreram como conseqüências de lutas em parte com auxílio militar da Espanha (Bahia) e Portugal (Pernambuco), mas principalmente por esforços guerrilheiros dos próprios brasileiros, em perigosas fases abandonados pela Coroa portuguesa a pretexto de ela conciliar-se com a Holanda¹. Ao terem de lutar sozinhos, os brasileiros davam outro decisivo passo no seu processo de conscientização nacional.

A importância mundial do conflito é atestada pela presença de enorme painel de autoria do pintor espanhol Juan Bautista Mayo, com destaque no Museu do Prado em Madrid, celebrando a expulsão dos flamengos da Bahia. Feito também comemorado pelo dramaturgo espanhol Lope de Vega na sua peça teatral *El Brasil restituído*.

Outro fator decisivo para a conscientização nacional brasileira na época, precedida pelo inicial período da chamada obnubilção brasileira da descoberta de tanto sol e tanta selva com as novidades também exóticas humanas dos ameríndios, foi a quadruplicação do território brasileiro, além do meridiano do Tratado de Tordesilhas, quadruplicação por etapas pelos bandeirantes sucessivamente reconhecidas e, portanto, legalizadas por reis espanhóis da União Ibérica. Afonso de E. Taunay e Cassiano Ricardo demonstraram em documentais pesquisas a crescente consciência nacional dos bandeirantes.

O cenário estava pronto, em meados do século XVII, para as primeiras tentativas de independência política pelos brasileiros com consciência de Brasil.

Em 1641, chegou ao Brasil, com o retardo das difíceis comunicações marítimas da época, notícias da Restauração da soberania portuguesa por guerra no ano anterior. A população de São Paulo aclama o espanhol Amador Bueno rei do Brasil, ele recusa; em 1684, os portugueses irmãos Manuel e Tomás Beckman lideram a revolta popular em São Luís, conhecida como Revolta do

Bequimão, contra os privilégios da recém-criada Companhia do Comércio do Maranhão. Manuel Beckman é decapitado pelas autoridades da Coroa portuguesa, que degredam em África o seu irmão Tomás, anistiado e devolvido a São Luís do Maranhão vinte anos após.

Por que um espanhol e dois portugueses, os primeiros à frente de movimentos independentistas brasileiros?

Porque um não era mais espanhol e os dois não mais portugueses. Neles a obnubilção brasileira se conscientizara em brasileiros com interesses e sentimentos da terra dos seus iguais nela, diferentes dos da metrópole distante no além-mar. Bernardo Vieira de Melo, já nascido em Pernambuco, é o seguinte rebelde conhecido – outros casos ainda ignorados, muitos provavelmente existiram – ao tentar sublevar a Câmara Municipal de Olinda em 1710 com um grito de independência até explicitamente republicano. Reprimido pelas autoridades coloniais portuguesas, que o prenderam e fizeram-no morrer no cárcere em Lisboa.

Daí em diante são cada vez mais fortes os sopros revolucionários do século XVIII também no Brasil.

Sucedem-se as Inconfidências: Mineira (1789-1792), nela é executado Tiradentes e degredados em África seus companheiros; a Fluminense (1794-1796), liderada por Alvarenga Peixoto; e a Baiana (1798), menos conhecida por ter sido conduzida não pela classe dominante local já brasileira, e sim por artesãos pobres, a chamada Conjuração dos Alfaiates, do que resultam seis condenações à morte, quatro executadas, uma comutada em degredo perpétuo africano e uma sem resultado por fuga do condenado.

O século XIX irrompe no Brasil com insurreições cada vez mais violentas. Em plena Salvador da Bahia, antiga capital, rebelam-se à mão armada os negros escravos maleses, muçulmanos, alfabetizados artesãos, urbanizados desde a África, assim muito mais predispostos à rebelião contra a opressão. Em 1807, 1809, 1813, são brutal-

mente esmagados por tropas coloniais portuguesas. Suas insurreições vão continuar após a independência do Brasil, já então pela abolição da escravatura, pouco conhecida pelo mesmo motivo da Conjuração dos Alfaiates: a pobreza econômica dos rebelados, apesar da sua alta consciência política e social.

O ano de 1817 assiste a uma revolução independentista em grande escala: os insurrectos chegam a tomar à força armada, com adesão de soldados e oficiais brasileiros do exército colonial português, a cidade do Recife e capitais vizinhas de Pernambuco, pela Paraíba, Rio Grande do Norte e Ceará; Alagoas fazia parte da capitania, depois província, pernambucana. O último vice-rei português no Brasil, o Conde dos Arcos, comanda a repressão e execução de dezenas de condenados à morte.

É tudo isso que leva Dom João VI à constatação da insustentabilidade da situação colonial no Brasil e à necessidade do apressamento da independência, se possível num quadro de continuidade dinástica e estabilidade social. Nisso é Dom João VI aconselhado por assessores políticos portugueses do nível de Dom Rodrigo de Sousa Coutinho, Conde de Linhares, antigo colaborador do Marquês de Pombal, tão interessado no Brasil, que dedica um vice-reinado, confiado a um seu irmão, para defesa da Amazônia, e por Silvestre Pinheiro Ferreira, também português, intelectual capaz de unir teoria e prática.

José Bonifácio de Andrada e Silva, brasileiro, vem do círculo de Dom Rodrigo de Sousa Coutinho. Vive nada menos de trinta e seis anos na Europa, mineralogista formado em universidades de Portugal, França e Alemanha, secretário perpétuo da Real Academia das Ciências de Lisboa, autor de pesquisas e descobertas e livros a respeito.

José Bonifácio é o principal dos imediatos de Dom Pedro I no processo da independência do Brasil, à qual José Bonifácio queria num Estado capaz de manter a unidade do país, naquela fase só possível por monarquia herdando a administração portu-

guesa, embora lhe transmitindo outra direção política, nacional, brasileira. Mas, em 1823, José Bonifácio discorda da dissolução da primeira Assembléia Nacional Constituinte brasileira, da qual fazia parte, e da conseqüente outorga de uma Constituição apesar de consultadas todas as Assembléias Municipais brasileiras. Por isso Dom Pedro I o exila; fora do Brasil permanece mais seis anos, mais de quarenta no estrangeiro.

De volta ao Brasil em 1829, Dom Pedro I, demonstrando ser também estadista, supera as mútuas discordâncias e nomeia-o primeiro tutor do seu filho menor, futuro Dom Pedro II. Afastado da regência em 1833, José Bonifácio vem a falecer cinco anos depois. Tinha cumprido sua missão histórica “na articulação da independência, da construção de um Estado nacional e da conquista de um império brasileiro”.

Miriam Dolhnikoff (1998, *passim*), que recuperou e publicou seus textos propriamente políticos, muito bem sintetiza de modo a merecer reprodução na íntegra: “Bonifácio acalentou um projeto civilizador que tinha por fim último viabilizar a nação”. “Mas qualquer educação seria estéril, se antes de tudo a heterogênea população brasileira não fosse transformada em um conjunto homogêneo em todos os sentidos: racial, cultural, legal e cívico”. “Só então poderia ser criada uma identidade nacional, que transformasse inimigos seculares (brancos proprietários, negros escravos e índios ‘selvagens’) em compatriotas e concidadãos. Tarefa que lhe parecia extremamente árdua”.

Continua Dolhnikoff (1998, *passim*) com oportuna concisão: “Para vencer essas dificuldades, Bonifácio pregava o fim da escravidão com mecanismos de suporte social para os negros, a integração dos índios à sociedade nacional e a mestiçagem, de onde deveria resultar uma nova ‘raça’, tão brasileira quanto integrada: a miscigenação era o caminho pelo qual se chegaria também à homogeneidade cultural”.

Daí suas propostas de apoio estatal aos casamentos interétnicos e sua “defesa de

uma espécie de reforma agrária no país. Era preciso restringir os latifúndios e incentivar a pequena e média propriedade. Caminho seguro para a produtividade agrícola, mas também para a penetração do Estado no interior da nação, na medida em que diminuiria o poder dos grandes latifundiários e também permitiria o povoamento do território nacional, acabando com o isolamento em que vivia a maior parte da população”.

“Assim, Bonifácio advogava o confisco e a venda das terras improdutivas pelo governo, recomendando que seu produto fosse ‘empregado nas despesas de estradas, canais e estabelecimentos de colonização de europeus, índios e mulatos e negros forros’”. “Esta é, na verdade, uma constante em seus escritos”.

E mais: “como cientista, repugnava-lhe a destruição insensata e descontrolada das matas, que traria inevitavelmente grandes prejuízos para o país no futuro. Como poeta, preocupava-se com os limites aparentemente intransponíveis da literatura pátria, corroída pelos mesmos males do atraso e da ignorância...”. “Como político, denunciava o sacrifício do interesse público em favor do enriquecimento privado”.

Por tudo isso, “o projeto reformista de Bonifácio esbarrou em interesses concretos e poderosos o suficiente para retirar da pauta política temas como abolição, educação pública e reforma da propriedade da terra”. Motivos, no final das contas, pelos quais acabou aliado do poder.

Mesmo com seus interesses, pessoais embora honestos, de classe social dominante, ficaram as advertências e os caminhos apontados por José Bonifácio de Andrada e Silva, em sua “linguagem seca, direta, muitas vezes coloquial e algo moderna, mais de cientista que de bacharel”, exortação e previsão do Brasil do futuro. José Bonifácio não passaria em vão, sua mensagem voltará cada vez mais a ser ouvida e seguida.

Giovanni Sartori (1996), distinguido cientista político italiano da Universidade de Columbia, Nova York, aponta, na repercus-

são mundial da Constituição dos Estados Unidos de 1787, a principal causa da propagação do constitucionalismo, a posição política que insiste na indispensabilidade de Constituições escritas, como básicos pactos sociais jurídicos. Apesar de o berço do constitucionalismo ser a Inglaterra, onde a Magna Carta de 1215 é o início de longa série de sucessivas leis constitucionais que se vão completando, em vez de substituírem-se.

Pragmaticamente, para Sartori (1996, p. 9, 209-210), a engenharia constitucional é, “em primeiro lugar, a idéia de que as Constituições são (algo) como as máquinas, isto é, são mecanismos que precisam funcionar e produzir; em segundo lugar, a idéia de que as Constituições provavelmente não funcionarão como se deseja, se não utilizarem os ‘motores’ de Bentham, ou seja, punições e recompensas”.

Mesmo que não se aceite essa visão funcionalista pragmática – em vez dela se optando por uma visão dialética da Constituição como um ajuste de forças de classes sociais no sentido de Ferdinand Lassalle (1985), antes de Karl Marx –, em ambos os casos se constata a tendência a combinarem-se na prática, não em termos ecléticos filosóficos, e sim históricos concretos.

Afinal de contas, o que está em jogo é o que Max Weber chamava de monopólio legítimo e legal da violência pelo Estado, enquanto ele, o Estado, seja necessário para a convivência humana.

Essa realidade se repetiu na independência do Brasil, quando de outro conflito entre idealistas e realistas: idealistas pretendendo uma Constituição rousseauiana libertária e realistas conseguindo impor a sua, liberal moderada senão conservadora². Idealismo, de inspiração no constitucionalismo dos Estados, vindo desde a Inconfidência Mineira; realismo dos que demonstravam que, na prática, “à Constituinte e à própria independência, preexistia a monarquia e o imperador” (FAORO, 1975, p. 280). E mais: o Estado precedera a nação no Brasil (e noutras partes do mundo como na vizi-

nha América Hispânica, onde isso não fora reconhecido e ela se fragmentara em repúblicas então anárquicas em guerra civil).

Dom Pedro I encarregou-se da síntese, ao outorgar, nas suas próprias palavras, “uma Constituição em que os três Poderes sejam bem divididos, de forma que não possam arrogar direitos que lhes não compitam, mas que sejam de tal modo organizados e harmonizados que lhes torne impossível, ainda pelo decurso do tempo, fazerem-se inimigos e cada vez mais concorrerem de mãos dadas para a felicidade do Estado. Afinal, uma Constituição que, pondo barreiras inacessíveis ao despotismo, quer real, quer aristocrática, quer democrática, afugente a anarquia e plante a árvore daquela liberdade a cuja sombra deva crescer a união, a tranqüilidade e independência deste Império, que será o assombro do mundo novo e velho”.

Os temores de Dom Pedro I, José Bonifácio e dos que assim pensavam eram os extremos do Terror jacobino da Revolução Francesa e seu fim na ditadura pessoal bonapartista.

Nas palavras ainda de Dom Pedro I, nisto portanto merecedoras de reprodução na íntegra: “Todas as Constituições que à maneira de 1791 e 1792 (da Revolução Francesa) têm estabelecido as suas bases e se têm querido organizar, a experiência nos tem mostrado que são totalmente teóricas e metafísicas e por isso inexecutáveis; assim o provam a França, a Espanha e, ultimamente, Portugal. Elas não têm feito a felicidade geral; mas, sim, depois de uma licenciosa liberdade, vemos que em alguns países já apareceu e em outros não tarda a aparecer o despotismo de um, depois de ter sido exercido por muitos, sendo consequência necessária ficarem os povos reduzidos à triste situação de presenciarem e sofrerem todos os horrores da anarquia” (FRANCO, 1957, p. 230-232).

A solução, porém, não foi pacífica.

Irrompeu a Confederação do Equador em 1824, de Pernambuco se alastrando pelas

províncias vizinhas, como a Revolução de 1817, embora com muito maior força. O democratismo radical, no fundo do auto-intitulado liberalismo republicano, porque, na linguagem da época, era a reivindicação suprema dos insurrectos por seus ideólogos, entre eles Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, o melhor articulado intelectual e politicamente (OBRAS..., 1875). Democratismo, portanto, de baixo para cima, de local a confederal. Sua desorganização interna condicionou sua derrota pelo Poder central.

Cabia aos adeptos do Poder Moderador monárquico, no modelo de Benjamim Constant, suíço-francês, e não do posterior homônimo brasileiro, a tarefa de debaterem a questão do “rei reina, mas não governa”, Zacarias de Góes e Vasconcelos (1860), ou “o rei reina, governa e administra”, Braz Florentino (1864), em clássicos textos fundadores da Ciência Política no Brasil. Precedidos em Direito Constitucional pelo comentário de José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente, *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, 1857.

A estruturação administrativa da monarquia brasileira será racionalizada pelo Visconde de Uruguai, Paulino José Soares de Sousa, no seu *Ensaio sobre o Direito Administrativo* (1862), aplicada nos também seus *Estudos Práticos sobre a Administração das Províncias* (1865). Dom Pedro II lia-o e anotava-o, como se vê no *Diário* por ele escrito.

Dois historiadores mineiros de diferentes orientações ideológicas estudaram a questão: João Camilo de Oliveira Torres, *Os Construtores do Império* (antes, *A Democracia Coroada*), e José Murilo de Carvalho, *A Construção da Ordem*. Um num enfoque idealista institucional, outro em perspectiva realista sociológica.

O realismo político brasileiro nisto é observado por Afonso Arinos de Melo Franco (1957, p. 239), ao apontar a inviabilidade da Constituição popular no Brasil de então: “a própria Assembléia Constituinte (fechada por Dom Pedro I) carecia de elementos para se afirmar como poder político predom-

minante. Ela não tinha atrás de si um povo em revolução, nem um meio intelectual vigilante, como acontecera com as Constituintes francesa e norte-americana do século XVIII, e, portanto, não era apoiada por uma força de opinião que fizesse hesitar a Coroa, antes de desfechar o golpe. Além disso, a Constituinte não possuía tradição nem técnica parlamentar, e se embaraçava incertamente num trabalho ineficiente, prejudicado ainda mais pela divisão interna que lavrava entre os grupos”.

Tobias Barreto (1977), porém, desde 1877 no seu *Discurso em Mangas de Camisa* de candidato a deputado provincial em Pernambuco, por dentro da monarquia do seu tempo, já mostrava como, “entre nós, o que há de organizado é o Estado, não é a nação; é o governo, é a administração, por seus ínfimos caudatários nos municípios...”. “O governo do Brasil não pode ser parlamentar, à maneira do modelo que oferece a terra dos Pitt e Palmerston; porquanto esse regímen supõe ali uma penetração recíproca do Estado e da sociedade, que em geral nos outros países vivem divorciados”.

Nessa sua participação no debate da Questão do Poder Moderador, conclui urgindo “o intuito de inculcar no povo... um mais vivo sentimento do seu valor, de despertar-lhe a indignação contra os opressores e o entusiasmo pelos oprimidos”. “Logo, o único meio de salvar e engrandecer o Brasil é tratar de colocá-lo em condições de poder ele tirar de si mesmo, quero dizer, do seio da sua História, a direção que lhe convém” (BARRETO, 1977 p. 183).

Ao longo de toda a monarquia, que comandara a independência brasileira e controlará por etapas a abolição da escravatura, agitava-se o início do crescentemente conscientizado povo brasileiro, trabalhadores livres de início nas cidades, depois, pouco a pouco, nos campos, nas pessoas de escravos libertos pelas etapas do abolicionismo. Mostra-o Caio Prado Júnior (1948, p. 282-283), como “é naquele elemento desenraizado da população brasileira que se re-

crutará a maior parte da força armada para a luta das facções políticas que se formam; e ela servirá de ariete das reivindicações populares contra a estrutura maciça do império, que, apesar da força do empuxo, resistirá aos golpes”.

Limitadas as elites econômicas e políticas locais, pela escassa tecnologia industrial própria e pela necessidade de sempre exportar para compensar uma dívida internacional escorchantemente herdada de Portugal, cada vez mais acrescida de juros (BOUÇAS, 1950, p. 23-28), em dilemas transmitidos ao Estado brasileiro desde o berço, este nascia sobrecarregado e ameaçado.

Entre a monarquia e a república, Joaquim Nabuco testemunhará ao correligionário abolicionista, José Mariano, embora discordasse do seu republicanismo, em carta de 2 de janeiro de 1889, portanto às vésperas da Proclamação da República: “Eu nunca pensei que tivéssemos no Brasil a guerra civil depois, em vez de antes, da Abolição. Mas havemos de tê-la. O que se quer hoje é o extermínio de uma raça e, como ela é a que tem mais coragem, o resultado será uma luta encarniçada” (CHACON, 2000).

O tempo confirmou os dilemas de Tobias Barreto e Joaquim Nabuco. Em inícios de outro século, o Brasil vê ainda mais os perigos do confronto entre instituições, herdadas e insuficientemente modificadas ou recriadas, de um lado, e realidades sócio-econômicas por isso mesmo cada vez mais fora de controle social, sem canalizações das suas energias dispersas e, às vezes, contra-producentes.

As heranças institucionais brasileiras são também positivas; entre outras, a unidade nacional, o hábito da democracia parlamentar (até parlamentarista em determinada fase inicial), o enraizamento do municipalismo (de remota origem romana na península ibérica, transladado com êxito) e estabilidade das fronteiras terrestres (as únicas reconhecidas por todos os vizinhos; todos os demais países latino-americanos as têm mutuamente contestadas). Todas es-

sas heranças juntas, e mais algumas, são a base de tudo o que daí se segue: um Estado-nação consolidado, capaz de continuar recebendo influências externas e de assimilá-las ou rejeitá-las.

O desafio maior está nas relações internas do Brasil mais Estado que nação, no sentido de cada vez maior participação recíproca das duas dimensões, institucional-política e sócio-econômica. Por outras palavras: o trânsito completo de súdito na monarquia a cidadão na república, de uma sociedade agrária-patriarcal-escravocrata a outra, aberta e solidária, como Joaquim Nabuco, mais que qualquer abolicionista, defendeu até as últimas conseqüências positivas e favoráveis. Projetando-se em nível internacional numa globalização mais globalizadora que globalizante, ainda mais divisora dos Estados e sociedades em poucos globalizadores e muitos globalizados. Saída construtiva só viável por Estados enxutos e justos, porém fortes, mais em diálogo que em polêmica.

Notas

¹ Cf. o "Papel que fez o Padre Antônio Vieira a favor da entrega de Pernambuco aos holandeses (Papel Forte)" Vieira (1995, p. 337-402).

² Raymundo Faoro mostra muito bem o conflito em *Os Donos do Poder*.

Bibliografia

ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de. *Projetos para o Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. 371 p. Organização de Miriam Dolnikoff.

BARRETO, Tobias. *A questão do poder moderador e outros ensaios brasileiro*. Petrópolis: Vozes: Instituto Nacional do Livro, 1977.

BOUÇAS, Valentim. *História da dívida externa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1950.

CANECA, Joaquim do Amor Divino Caneca. *Obras Políticas e Litterarias*. Recife: Typ. Mercantil, 1875. 2 v. Collecionadas pelo commendador Antonio Joaquim de Mello.

CHACON, Vamireh. *Joaquim Nabuco: revolucionário conservador, sua filosofia política*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2000.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Globo, 1975.

FRANCO, Afonso Arinos Mello. O Constitucionalismo brasileiro na primeira metade do século XIX. Estudos de direito constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 54, 1957.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Tradução Walter Stoenner. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1985.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1948.

SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional*. Brasília: Ed. da UnB, 1996.

VIEIRA, Antônio. *Escritos históricos e políticos*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. Organizado por Alcir Pécora.

Católicos e acatólicos: o voto no Império

Walter Costa Porto

Por força do artigo 95, inciso III, da Constituição de 1824, não poderiam ser deputados à Assembléia Geral os que não professassem “a religião do Estado”.

E os que não professassem a religião católica – os “acatólicos”, como se denominavam no debate parlamentar e na imprensa – não poderiam, também, ocupar a Regência e, mesmo, o cargo de Imperador, em vista do juramento que, para o exercício dessas funções, era exigido pelo artigo 103 da Carta: “Juro manter a Religião Católica Apostólica Romana, a integridade e a indivisibilidade do Império; observar e fazer observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e mais leis do Império, e prover o bem geral do Brasil, quanto em mim couber”.

A Constituição estabelecera, em seu artigo 5º, que a Religião Católica era a religião do Império¹. E mais: que todas as outras religiões seriam “permitidas com seu culto doméstico, ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma exterior de templo”².

O projeto de Constituição redigido por Antônio Carlos, em 1823, havia sido mais drástico: “Art. 15 – As outras religiões, além da cristã, são apenas toleradas, e a sua profissão inibe o exercício dos direitos políticos”.

Mas a permissão no texto outorgado, de fevereiro de 1824, não escondia seu caráter discriminatório, limitando os cultos ao interior dos lares, deixando a ostensividade somente ao credo católico.

Mais adiante, o texto constitucional apresentava uma promessa que a realidade desmentia: “Ninguém pode ser perseguido por motivo religioso, uma vez que respeite a do Estado e não ofenda a moral pública” (art. 179, IV).

Ora, a verdade é que a restrição sugerida por Antônio Carlos, em seu projeto – de que a profissão de outras religiões, que não a cristã, inibiria o exercício dos direitos políticos –, aplicava-se, então: como vimos, às funções de Deputado, de Regente, de Monarca, proibidas aos acatólicos, em razão do art. 95, III, e do juramento do artigo 103. E, também, o cargo de Senador, aí não porque a Constituição o vedasse, mas porque o Regimento Interno da Câmara Alta, desde 1826, determinava um juramento, aos Santos Evangelhos, de “cumprir fielmente as obrigações de Senador, manter a Religião Católica, Apostólica, Romana, a integridade do Império, observar sua Constituição política, ser leal ao Imperador e promover o bem-estar da Nação” (BRASIL, 1987?, p. XXI). Quase idêntico juramento era exigido dos médicos, dos bacharéis em Direito, dos engenheiros, ao se formarem. Como lembra Magalhães Junior (1957, p. 265), até aos simples bacharéis em ciências e letras do Colégio D. Pedro II era requerido que jurassem “manter a religião do Estado, obedecer e defender a S. M. o Sr. Pedro II e as instituições pátrias”.

A elegibilidade dos acatólicos somente seria conseguida com a Lei Saraiva, de 1881. Ela se deveu ao grande movimento por “reformas liberais em matéria de consciência”, como afirmava Nabuco (1949, p. 193), e que requereria a secularização dos cemitérios, o casamento civil, a separação, enfim, do Estado e da Igreja.

A secularização dos cemitérios foi o primeiro desses itens. Nabuco (p. 199) a defendia nas colunas do jornal *A Reforma* e ela somente entrou “no catálogo das exigências indeclináveis do partido liberal” quando se viu que a Igreja “queria levar sua vingança ao ponto não só de fechar as portas

dos templos edificadas por eles mesmos, aos membros das irmandades, mas também de negar-lhes sepultura, quando se tirou a prova de que não só eram os vivos, mas eram também os mortos que estavam sujeitos à perseguição religiosa.”

Procurava-se, então, a defesa, segundo Nabuco (p. 214), não só da causa dos protestantes, dos judeus, mas dos próprios católicos, “não por intimação feita em vida, que lhes permitisse a defesa, mas por uma degradação do cadáver”³.

Um dos casos mais graves de discriminação ocorreu com o herói pernambucano das guerras de Bolívar, Abreu e Lima. Regressando a Pernambuco e tendo-se atritado com a hierarquia católica em Pernambuco, esta lhe nega o enterro em seus cemitérios.

Citando o livro de David Gueiros Vieira⁴ (p. 221) sobre a questão religiosa no fim do Império, Vamireh Chacon (1983, p. 220) diz que, nas suas passagens pelos Estados Unidos, indo e vindo do Brasil a Grã-Colômbia, Abreu e Lima adquirira um grande respeito pela Bíblia e adotara um conceito ecumênico do cristianismo. “Não esqueçamos, continuava Chacon, também, sua admiração pelo liberalismo norte-americano e as relações entre protestantismo e maçonaria.”

Tendo-se recusado “a abjurar seu liberalismo religioso e não só político”, Abreu e Lima termina sepultado em um cemitério protestante, chamado “dos ingleses”⁵.

O projeto de que resultaria a Lei Saraiva foi encaminhado pelo Governo, em abril de 1880, à Câmara. Um grande debate envolveu a Nação sobre se seria possível a alteração eleitoral por lei ordinária ou se seria exigida a reforma da Constituição.

Decidida, afinal, a modificação por lei ordinária, vencidos os escrúpulos do Imperador a respeito, o projeto, firmado pelo Ministro do Império, Barão Homem de Melo, afirmava, expressamente, em seu artigo 2º, que seria eleitor “todo cidadão brasileiro, nato ou naturalizado, católico ou acatólico, ingênuo ou liberto”.

E, adiante, quando falava dos elegíveis, no artigo 8º, dizia ser apto para os cargos de Senador, Deputado Geral, membros da Assembléia Legislativa Provincial, Vereador, Juiz de Paz e quaisquer outros criados por lei, todo cidadão compreendido no artigo 2º. O substitutivo aprovado pela Câmara manteve essa redação. Mas, afinal, o projeto aprovado não se referiu expressamente aos acatólicos, limitando-se a declarar que seria eleitor todo cidadão brasileiro, nos termos dos artigos 6º, 91 e 92 da Constituição, que tivesse a renda líquida não inferior a 200\$000 “por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego”. E elegível o cidadão que fosse eleitor, nos termos do artigo 2º.

Falando na sessão de 7 de novembro de 1881, Saldanha Marinho (apud BRUNO, 1979, p. 160) insistia em que o projeto não fora lógico, desde que deixara de aprovar também o que era anexo ao princípio da elegibilidade dos acatólicos e a ele imprescindível: “consentir que o acatólico possa ser representante da nação e legislador no Império e não suprimir desde já o juramento que se acha estabelecido é na verdade digno de sério reparo; não é coerente”.

Mas acreditava ele que o grande princípio da igualdade de direitos aos acatólicos era “a maior vitória” que, naquele tempo, podiam obter as idéias que defendia. E que a admissão dos acatólicos aos poderes políticos do Estado resolvia, por si só, o maior empenho nacional da separação da Igreja e do Estado. A um parlamentar que argumentava que a medida não chegava a tanto, ele respondia: “Se não Igreja do Estado para o representante da Nação, cessa ela de ser uma instituição vitoriosa: perdeu a eficácia, a firmeza, e se reduziu a uma simples recordação”.

Insistia: “Admitiram o princípio? Sujeitem-se às conseqüências”. E voltava a lamentar não se tivesse procedido à supressão do juramento: “Veremos os acatólicos nesta Câmara não prestar juramento e não serão por isso repelidos” (BRUNO, 1979, p. 160-161).

Na sessão da Câmara, de 6 de fevereiro de 1882, Rui Barbosa dirigia um apelo à Comissão de Polícia, para pronta decisão, sobre uma indicação que se achava sobre a mesa “desde a legislatura passada”, que propunha a extinção do juramento religioso. A indicação tinha sido firmada pelo próprio orador e pelo então Ministro do Império. O Presidente do Conselho opusera-se a sua passagem enquanto não fosse ouvida a Comissão de Polícia e declarara que a idéia era “conseqüência forçosa da elegibilidade dos acatólicos”, tornada direito constitucional no país. Lembrou Rui que o atual Ministro da Agricultura, Conselheiro Manuel Alves de Araujo, promovera, na Assembléia Provincial do Pará, essa reforma (OBRAS completas de Ruy Barbosa, 1948, p. 3).

Não se operou, no entanto, essa revisão e a previsão de Saldanha da Gama iria-se realizar somente em 1888, quando da posse do Deputado Antônio Romualdo Monteiro Manso, a quem Magalhães Junior dedica um capítulo de um de seus livros⁶.

O Deputado fora eleito pelo 9º Distrito de Minas Gerais, na vaga de Resende Monteiro, escolhido para o Senado. Em 6 de setembro de 1888, ao se apresentar à Câmara, convidado a prestar o juramento, declarou: “Não posso prestar o juramento porque é contra minhas convicções”.

A mesma comissão que o introduzira ao plenário o acompanhou até fora e durante cinco dias a Câmara discutiu a reforma de seu regimento que, no artigo 17, dispunha devesse o deputado jurar “aos Santos Evangelhos, manter a Religião Católica, Apostólica, Romana, observar e fazer observar a Constituição, sustentar a indivisibilidade do Império, a atual Dinastia Imperante, ser leal ao Imperador, zelar os direitos dos Povos e promover, quanto em mim couber, a prosperidade geral da Nação”.

No dia 1º de setembro, aprovou-se a decisão de acrescentar, ao artigo, um parágrafo onde se dispusesse que seria dispensado do juramento o parlamentar que declarasse

à mesa ser aquele voto contrário “às suas crenças e opiniões políticas”.

Lembra Magalhães Junior (1957) que nenhum escrúpulo haviam tido, em prestar o juramento, os primeiros republicanos do Império, Prudente de Moraes e Campos Sales, quando, em 1885, vieram tomar posse de suas cadeiras na Câmara. Nem Saldanha Marinho, quando eleito Deputado pelo Amazonas, em 1878⁷. Deviam considerar o juramento “uma formalidade perfeitamente vã”, algo com que transigiam, apenas para ter “o direito de sustentar, depois, o contrário, garantidos pelas imunidades parlamentares” (MAGALHÃES JUNIOR, 1957, p. 265-266).

Somente o Deputado Monteiro Manso recusaria o juramento. E os debates que provocou, então, não se cingiram, inicialmente, à questão da religião. Os elementos mais monarquistas combateram, com veemência, a reforma do regimento. Para Cesar Zama (apud MAGALHÃES JUNIOR, 1957, p. 268), por exemplo, “jurar aqui lealdade a sua Majestade, o Imperador, não impede ninguém que no dia seguinte pegue em armas e vá correndo com desordeiros para pô-lo fora do trono”.

Joaquim Nabuco (1949) observou que era desnecessária a reforma do regimento desde que a nova lei eleitoral estabelecera a elegibilidade dos acatólicos; estava tacitamente revogado o juramento, que colidia com aquele dispositivo. Sendo a lei eleitoral posterior, cederia o regimento naquela exigência, agora tornada absurda (MAGALHÃES JUNIOR, 1957, p. 268).

Mas, em verdade, deveria ceder o regimento somente no que se referisse à religião, à crença do parlamentar. Nada se tinha aprovado, pela lei eleitoral, que liberasse o deputado ou senador da fidelidade à monarquia constitucional. A recusa do juramento, no que envolvesse, igualmente, as “opiniões políticas”, colaborou, também, para o triunfo da República, que se aproximava.

Religião do Estado, o catolicismo recebeu, durante a maior fase do Império, a ho-

menagem de ver grande parte do processo eleitoral se desenvolver em seus templos. Missas solenes do Espírito Santo iniciavam as solenidades nos dias de eleição paroquiais e de escolha dos eleitores, editais com o número de “fogos” de cada freguesia deveriam ser afixados nas portas das igrejas e, depois de 1846, cópia da ata da comissão de alistamento deveria ser afixada no interior da igreja matriz.

Pelas determinações trazidas pelo Decreto de 7 de março de 1821, para a escolha dos deputados às Cortes portuguesas, copiadas da Constituição espanhola de Cadiz, as eleições se processariam nos Paços do Conselho ou “no edifício mais próprio”; somente “aonde não houver casa do Conselho, ou esta não for suficiente, a igreja será o lugar destinado à realização dessas assembléias”, acrescentava-se. O pleito que se seguiu, para a Assembléia Constituinte, realizou-se nas Casas do Conselho, mas as eleições posteriores – obrigatoriamente as de primeiro grau – tiveram lugar no corpo das igrejas. Nessas, seriam feitas duas divisões, segundo o Decreto 157, de 4 de maio de 1842, “uma para os votantes, outra para a mesa”. Só nas paróquias em que não houvesse matriz, ficaria permitida a reunião em outro edifício, antecipadamente designado.

Uma vez concluída a formação da mesa – dizia-se na Lei nº 387, de 19 de agosto de 1846 –, inutilizava-se “a separação que a isolava dos assistentes”, de sorte que estes pudessem “rodear e examinar os seus trabalhos”. É fácil prever, então, os incidentes e o tumulto que a emoção dos pleitos poderia provocar, em desacordo com a solenidade do edifício sagrado. Em 1855, já se afirmava no Parlamento que, em vez de a religião santificar as eleições, como se havia desejado, a experiência levava ao convencimento de que “as eleições profanavam a religião”⁸.

Multiplicam-se os relatos dos “males e horrível profanação” daí resultante. Belisário de Souza (1979, p. 32) aponta o caso da matriz de Sant’Ana, no Rio de Janeiro,

de onde “foram retiradas todas as imagens, os círios, os candelabros, tudo quanto podia converter-se em arma ou projétil durante uma luta a mão armada. O tato tem tido lugar em tantas igrejas que estas cautelas não constituem exceção. A sacração das imagens não as garante”.

Mesmo estrangeiros, como Kidder e Fletcher (1941, p. 204), anotaram que os ódios políticos sobrepujavam, aí, toda a veneração religiosa: “em certas ocasiões, em alguma das províncias, os eleitores desesperados agarraram os castiçais das velas e as delicadas imagens dos altares, para convencerem à força a cabeça de seus adversários”.

Contava-se, no Parlamento: “Um Senador me disse que já viu as imagens servirem de pedras, em alguns lugares tem corrido o sangue humano, servindo de instrumento a imagem do Senhor”⁹.

E porque, durante quinze ou vinte dias, os templos não pudessem prestar alguns dos ofícios divinos – transformados que estavam em secretarias eleitorais – os “terríveis males e estragos à religião” se agravavam. E mais: “a pretexto do povo vigiar e zelar por si mesmo sobre a urna eleitoral, colocada no centro das igrejas, as portas dos templos ficam abertas todas as noites ... ali dormem, ali comem, e disputam calorosamente sobre a política do país; outros se insultam e gritam, quando não chegam às vias de fato, o que é muito ordinário ...”¹⁰.

Mas essa paralisação dos serviços religiosos não poderia ser atendida nas pequenas comunidades. E disso se prevaleceu, no interior do Ceará, um padre, “grande partidista”, segundo conta Moraes Sarmiento (1862). O religioso reconheceu, pelas listas que estavam na urna, que tinha perdido a eleição. Combinou, então, com seus correligionários, que um homem se fingisse de morto e fosse levado à matriz, já à noitinha, para ser encomendado. “Com efeito, ultimados os trabalhos eleitorais naquele dia, veio para a matriz o fingido defunto, devidamente amortalhado. O honrado vigário encomendou com a maior seriedade o seu guer-

rilheiro eleitoral e disse que, sendo já tarde, ficaria para ser enterrado no dia seguinte. Pela manhã, vindo os mesários continuar os trabalhos eleitorais, não encontraram a urna, e dando busca pela matriz, só acharam os restos da mortalha despedaçada, porque o suposto defunto também tinha desaparecido por uma janela, que ficara aberta” (p. 89-90).

De muitos pontos do país, o clero reclamava ao Congresso a liberação de seus templos, desse incômodo¹¹. Em 1855, o Senador Manoel da Fonseca apresentava um projeto proibindo, no interior das igrejas, todo e qualquer ato do processo eleitoral, salvo as cerimônias religiosas que a lei prescrevia. Mas mesmo estas foram, afinal, dispensadas pelo art. 15, § 2º, do Decreto nº 3.029, de 9 de janeiro de 1881, a chamada Lei Sarai-va. E por ela foi determinado que o Governo, na Corte, e os Presidentes, nas províncias, designassem, com a precisa antecedência, os edifícios em que se deveriam realizar as eleições. Somente na falta absoluta de outros edifícios é que poderiam ser utilizados, para esse fim, os templos religiosos.

Notas

¹ O art. 5º dizia: “A Religião Católica continuará a ser a religião do Império”. Para José Tomaz Nabuco de Araújo (apud NABUCO, 1949, p. 246), “esta palavra *continuará* mostra bem que a religião do Estado seria, como até aí era, isto é, como era a religião lusitana ao tempo da Constituição, isto é, a Religião Católica, com seus dogmas, com os Cânones recebidos, com as leis portuguesas respectivas. Neste pressuposto, herdamos de Portugal o *placet*, ilimitado como era, o recurso à Coroa, o padroado, a lei que excluiu os jesuítas, a lei de amortização e as demais que constituíam o *circa sacra*”.

² O “culto doméstico ou particular” lembra a religião da Grécia e Roma antigas: o altar em cada casa, o fogo sagrado, que não se extinguiu, a adoração de muitos deuses, o culto nos estreitos limites da família e vedado a terceiros, enfim os deuses apenas de uma casa (cf. COULANGES, 1975).

³ Mas o problema só surgiria na segunda metade do século XIX porque, antes, como informa Gil-

berto Freyre (1977, p. 112), “os cemitérios eram apenas para protestantes, para pagãos e para escravos: raramente para quem fosse católico e pertencesse à nobreza rural ou à burguesia patriarcal. A gente senhoril era enterrada nas igrejas. Nas igrejas, nos conventos e nas capelas particulares”.

⁴ VIEIRA, David Gueiros. *O protestantismo, a maçonaria e a questão religiosa no Brasil*. Brasília: Ed. UnB, 1980.

⁵ E em seu túmulo se escreveu: “Aqui jaz / o cidadão brasileiro General / José Ignácio de Abreu e Lima / propugnador esforçado da liberdade de / consciência / faleceu em 8 de março de 1869 / Foi-lhe negada sepultura no cemitério público / pelo Bispo D. Francisco Cardoso Ayres/Lembrança de seus parentes” (CHACON, 1983, p. 224-225).

⁶ Segundo Magalhães Junior (1957, p. 267), o Deputado Monteiro Manso era “uma figura estranha, um homem alto, narigudo, com o rosto ornamentado por um bigode ralo e uma barbicha qui-xotesca. Trazia um dente de onça engastado em ouro, com pendente, na cadeia do relógio. Figura malajamburada de caudado da roça, em suma”. Outro autor a lembrar o deputado foi Afonso Celso (1981), também parlamentar, ao tempo. Inicialmente, na página 78 de seu livro, diz que “os fatos se passaram em abril”. Para Magalhães Junior, ele “confiara na memória, que já claudicava”. Mas se trata, obviamente, de um erro de revisão pois, adiante, na página 108, Afonso Celso indica que o juramento de Monteiro Manso foi em 6 de setembro de 1888. E comenta: “Que imensa prova de sua tolerância deu, assim, a Assembléia, cuja maioria era conservadora”.

⁷ Marinho Saldanha havia sido eleito Deputado à Assembléia Geral pelo Ceará, em 1848, e pelo Rio, em 1861. Mas ao eleger-se pelo Amazonas, em 1878, já havia assinado, em 1870, o manifesto republicano. Segundo ele, o manifesto continha “a doutrina política que eu adoto, que observarei, sem reservas, plenamente e como nele é claramente expendida” (1864, p. 415).

⁸ Sessão de 28.5.1855. Sessões de maio a junho de 1855 (BRASIL, 1984, p. 150).

⁹ Senador Manoel da Fonseca, sessão de 9.6.1855. Sessões de maio e junho de 1855 (BRASIL, 1984, p. 216).

¹⁰ Sessão de 28.5.1855. Sessões de maio a junho de 1855 (BRASIL, 1984, p. 150).

¹¹ A Machado de Assis (1962, p. 400), em crônica de 1878, parecia também que era ocasião “de retirar as eleições das matrizes pois que inteiramente falhou o pensamento de as tornar pacíficas

pela só influência do lugar”. E acrescentava: “Já o Senador Dantas, que sabia dar às vezes ao pensamento uma forma característica, dizia em pleno Senado: ‘Senhores, convém que as coisas da igreja não saiam à rua, e que as coisas da rua não entrem na igreja’. Referia-se às procissões e às eleições”.

Bibliografia

ASSIS, M. de. *Obra completa*. Rio de Janeiro: José Aguillar, 1962. v. 3.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Anais da Câmara dos Deputados*: notícia histórico-bibliográfica. Brasília: Câmara dos Deputados, 1963. Sessão de 27 jan. 1984.

_____. Congresso. Senado Federal. *Catálogo biográfico dos Senadores brasileiros*: de 1826 a 1986. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, [1987?].

BRUNO, F. V. (Org.). *O Parlamento e a evolução nacional: 1871-1889*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 1979. v. 6.

CELSO, A. *Oito anos de Parlamento*. Brasília: Ed. UnB, 1981.

CHACON, V. *Abreu e Lima*: general de Bolívar. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

COULANGES, F. *A cidade antiga*. São Paulo: Hemus, 1975.

FREYRE, G. *A vida social no Brasil nos meados do século XIX*. Recife: Arte Nova/IJNPS, 1977.

KIDDER, D. P.; FLETCHER, J. C. *O Brasil e os brasileiros*: esboço histórico e descritivo. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1941.

MAGALHÃES JUNIOR, R. *O império em chinelos*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1957.

NABUCO, J. T. *Discursos Parlamentares*. Rio de Janeiro: Câmara dos Deputados, 1949.

OBRAS completas de Ruy Barbosa. Rio de Janeiro: MEC, 1948. v. 9, t. 2.

SARMENTO, J. J. de M. Eleição direta. In: BANDEIRA, A. H. de S. *Reforma eleitoral*: eleição direta. Recife: Typographia Universal, 1862.

SOUZA, F. B. de. *O sistema eleitoral no império*. Brasília: Senado Federal, 1979.