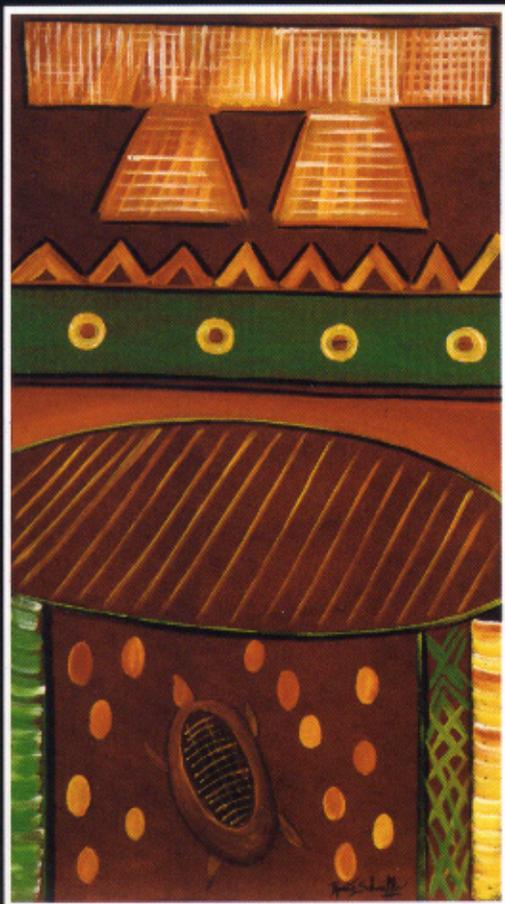


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Janeiro-Março/2008 – Ano 45 – Nº 177



Rosita Shaeffer, "Tribal Artístico", 2003. Acervo do Senado Federal.

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 45 • nº 177
Janeiro/março – 2008

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

FUNDADORES

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

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes

CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 3311-3575, -3576 e -3579

Fax: (61) 3311-4258. E-Mail: livros@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

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

REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Andréa Garcia da Silva Pinto e Diana Augusta Formíga da Luz

REVISÃO DE PROVAS: Daniele Silva Costa, Cláudia Pantuzzo e Thaise dos Santos Leandro

EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA: Angelina Almeida Silva e Carlos Felipe Wanderley

CAPA: Renzo Viggiano

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

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

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas.

-- Ano 1, n. 1 (mar. 1964) – . -- Brasília: Senado Federal, Subsecretaria

de Edições Técnicas, 1964– .

v.

Trimestral.

Ano 1-3, nº 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, nº

11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9- , nº 34- , publ. pela

Subsecretaria de Edições Técnicas.

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

de Edições Técnicas.

CDD 340.05

CDU 34(05)



Dois painéis de 0,60 m x 1,10 m formam “Tribal Artístico”, obra de 2003 em que a artista Rosita Shaeffer utiliza a técnica acrílico sobre tela.

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

Brasília · ano 45 · nº 177 · janeiro/março · 2008

- Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Leyza Ferreira Domingues e Elisa de Sousa Ribeiro A adesão da Venezuela ao Mercosul: o manifesto da expansão integracionista 7
- Ana Maria D'Ávila Lopes Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo 19
- Antônio Souza Prudente Execução administrativa do crédito da Fazenda Pública 31
- Vladimir da Rocha França O regime constitucional do serviço postal e os “monopólios” da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos 47
- Silvia Regina Pontes Lopes A cisão moderna entre *homem e cidadão* e a exclusão política do preso no Brasil: a relação entre cidadania e direitos humanos a partir de um diálogo entre Hannah Arendt, Giorgio Agamben e Chantal Mouffe 57
- Francisco Chaves dos Anjos Neto Da plena compatibilidade da aplicação da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos: insustentabilidade da tese contrária 67
- Luiz Henrique Boselli de Souza A doutrina brasileira do *habeas corpus* e a origem do mandado de segurança: análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal 75
- Fábio Martins de Andrade A regulamentação da repercussão geral das questões constitucionais nos recursos extraordinários: EC nº 45/2004, Lei nº 11.418/2006 e Emenda Regimental do STF nº 21/2007 83
- Carlos Alberto Simões de Tomaz Jurisdicização da Política 95
- Ielbo Marcus Lobo de Souza Desafios à Ordem Internacional: ataques armados por atores não estatais e o direito de legítima defesa 113
- Alberto do Amaral Júnior O direito internacional: entre a ordem e a justiça 129
- Eduardo Biacchi Gomes, Raquel Costa Kalil e Hjalmar Domagh Fugmann Uma releitura dos processos de integração a partir dos direitos humanos e da democracia: a perspectiva do Mercosul 149
- Benedito Ferreira Marques Nuanças da agrariedade nas concessões de florestas públicas 159

Alvaro Barreto	Representação das associações profissionais: a influência francesa no debate brasileiro da década de 30 171
René Marc da Costa Silva	O papel da categoria <i>sertão</i> no processo de construção da identidade nacional: fins do século XIX e começo do XX 185
Eduardo Martins de Lima, Mateus Faria Carneiro e Juliana Marinho de Oliveira	Medidas Provisórias: o quadro normativo no Brasil e o processo de edição 199
Ricardo Lodi Ribeiro	O fundamento da legalidade tributária: do autoconsentimento ao pluralismo político 215
Tarcisio Barroso da Graça	Uma avaliação quantitativa do impacto das medidas microeconômicas adotadas pelo Banco Central no lançamento do projeto “juros e <i>spread</i> bancário” 223
Cristiano Tutikian	Prevenção geral positiva e proteção de bens jurídicos: possibilidades e contradições no Estado Democrático de Direito 243
Germano Schwartz e Franciane Woutheres Bortolotto	A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias 257
Fernando José Armando Ribeiro e Bárbara Gonçalves de Araújo Braga	A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer 265

*Artigo de contribuição da Consultoria de Orçamento,
Fiscalização e Controle do Senado Federal*

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt	Contribuições à auditoria de concessão de obra pública voltada à exploração econômica em sentido estrito 287
Luís Otávio Barroso da Graça	Um exame de práticas totalitárias no pós-11 de setembro à luz de Celso Lafer e Carlo Ginzburg 309 (republicação)

A adesão da Venezuela ao Mercosul

O manifesto da expansão integracionista

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira
Rocha, Leyza Ferreira Domingues e
Elisa de Sousa Ribeiro

Sumário

1. Introdução. 2. Antecedentes históricos. 2.1. Nasce o Mercosul. 2.2. Entrada de novos membros ao bloco. 3. A adesão da Venezuela ao Mercosul. 3.1. O Protocolo de Adesão. 4. O processo de ratificação e incorporação de um tratado internacional no ordenamento brasileiro. 4.1. A aprovação do Congresso Nacional do instrumento de adesão. 5. Considerações finais.

1. Introdução

O presente artigo trata do processo de adesão da Venezuela ao Mercado Comum do Sul cujo marco inicial foi a XXIX Conferência do Mercosul, sediada na cidade de Montevideu, em dezembro de 2005, ocasião na qual lhe foi outorgado o *status de Estado membro em processo de adesão*, por meio da subscrição do Acordo-Quadro para a Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao Mercosul.

Cabe salientar que a entrada de um novo Estado Parte vem fortalecer os ideais presentes quando da assinatura do Tratado de Assunção e ampliar os objetivos descritos na Constituição Brasileira de 1988, conforme será demonstrado ao longo deste trabalho.

2. Antecedentes históricos

Inicialmente, cabe relembrar o histórico dos movimentos integracionistas latino-

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha é Ministra do Superior Tribunal Militar. Doutora em Direito. Professora Universitária.

Leyza Ferreira Domingues é mestranda em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB e bolsista do programa PROSUP/CAPES.

Elisa de Sousa Ribeiro é graduanda em Direito pelo UniCEUB e bolsista do programa PIBIC-CNPq.

Este artigo foi resultado das análises desenvolvidas no Grupo de Pesquisa do MERCOSUL do Centro de Ensino Universitário de Brasília.

americanos que culminaram na criação do Mercado Comum do Sul, com vistas à compreensão da importância da expansão do bloco.

Diversos Estados, imbuídos do espírito integracionista, firmaram tratados a fim de promover a integração econômica e social da América do Sul. Nesse sentido, em 1948, foi criada, pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, a Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL) (LOCATELI, 2003, p.18), cujos principais objetivos eram, *a priori*, o desenvolvimento econômico da região e o fortalecimento das relações econômicas entre seus membros (COMISSÃO..., 2000).

A CEPAL, defendendo a idéia de se criar um “mercado regional” sul-americano (KLOR, 1997, p.33), organizou em Santiago, no ano de 1958, a Primeira Reunião de Consulta sobre Política Comercial no Sul do Continente, na qual representantes da Argentina, Brasil, Chile e Uruguai concluíram pela conveniência de se adotar, no mais breve prazo possível, uma política de liberalização progressiva de seu comércio recíproco. Mas foi em 1959, durante a Segunda Reunião de Consulta sobre Política Comercial no Sul do Continente, que se formalizou o projeto de zona de livre-comércio, com a adesão de outros países da região – Paraguai, Peru e Bolívia (ALMEIDA, 1993, p.64).

Fato relevante que estimulou a integração do Cone Sul foi a Conferência Interamericana de Buenos Aires, em 1957, em que se discutiu a conveniência em estabelecer, paulatinamente, um mercado comum latino-americano.

Com base nesse entendimento, foi criada, em 1960, a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), consolidada com a assinatura do Tratado de Montevideu, tendo como países signatários a Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguai, Peru e Uruguai; aderindo posteriormente a Colômbia, Equador, Venezuela e Bolívia (LOCATELI, 2003, p.19). O objetivo

principal dessa Associação era a integração comercial da América Latina e o estabelecimento de uma área de livre-comércio (LOCATELI, 2003, p.19). O tratado constitutivo previa, *ab initio*, um prazo de 12 anos para a criação da zona de livre-comércio, lapso temporal ampliado em oito anos pelo Protocolo de Caracas (1969).

Em seu preâmbulo, os Estados comprometiam-se a “perseverar em seus esforços tendentes ao estabelecimento, de forma gradual e progressiva, de um mercado comum”. Contudo, devido a problemas políticos governamentais e ante a impossibilidade de cumprimento dos prazos estabelecidos nos instrumentos constitutivos, foi firmado novo pacto, o Tratado de Montevideu de 12 de agosto de 1980, que colocou fim à ALALC e criou a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) (LOCATELI, 2003, p.19).

A ALADI, de igual modo, tinha por objetivo a total liberalização do comércio entre seus onze países membros; não obstante, o *novel* Tratado eliminou a obrigação de elaboração de listas comuns, abandonando a fixação de prazos rígidos para o cumprimento das metas integracionistas. Assim, mecanismos mais flexíveis de caráter bilateral para a conformação de uma “área de preferências tarifárias” foram implementados, sem prazos para o seu estabelecimento. A principal novidade foi a admissão e o estímulo dado aos acordos sub-regionais, respeitados os princípios e conceitos comuns, a exemplo do Protocolo de Expansão do Comércio (PEC), firmado em 1980 entre Brasil e Uruguai, e o Convênio Argentino-Uruguaio de Complementação Econômica (CAUCE) (FLORÊNCIO; ARAÚJO, 1996, p.36).

Durante toda a década de oitenta, os países latino-americanos buscaram tratamentos conjuntos a muitos dos seus problemas comuns. Para tanto, realizou-se a Conferência de Cartagena, em 1984, convocada por iniciativa do México, Argentina, Brasil e Colômbia, e, um ano antes, na

Ilha de Contadora, a Conferência na qual México, Venezuela, Colômbia e Panamá se ofereciam como mediadores para solucionar os conflitos da região. Formou-se o Grupo de Contadora, que recebeu grande apoio internacional, denominado Grupo de Apoio à Contadora.

Na esteira desse espírito integracionista, iniciou-se um considerável intercâmbio entre Brasil e Argentina (FLORÊNCIO; ARAÚJO, 1997, p.11), que já começara nos anos que precederam a 1970, com a assinatura do “Acordo Tripartite Argentina – Brasil – Paraguai”, permitindo a compatibilização das cotas das represas de Itaipu e Corpus. A partir de 1980, o projeto consolidou-se, inicialmente, com a subscrição de um convênio de cooperação nuclear e, posteriormente, por meio da “Declaração de Iguazu”, firmada em 30 de novembro de 1985.

Subscrita a Declaração, foi criada uma Comissão Mista para a integração e cooperação econômica em nível bilateral, contando esta com subcomissões de energia, transporte, comunicações, ciência e tecnologia. Em decorrência dos trabalhos, é assinada, em 29 de julho de 1986, a “Ata para a Integração Argentino-Brasileira” (MENEM, 1996, p.83), por meio da qual fora estabelecido o “Programa de Integração e Cooperação Econômica entre a República Argentina e a República Federativa do Brasil”.

Nesse diapasão, pactuou-se, em 10 de dezembro de 1986, a “Ata da Amizade Argentino-Brasileira, Democracia, Paz e Desenvolvimento”, que refletia a “inquebrantável vontade das duas nações de assegurar o sucesso do Programa de Integração e Cooperação Econômica”.

No anseio de o Uruguai aderir ao processo, realizou-se, em fevereiro de 1988, a reunião tripartite, em San Juan de Anchorena, tendo resultado na subscrição, em abril do mesmo ano, da Decisão Tripartite nº 1, denominada Ata da Alvorada e que constitui o documento fundacional da integração entre os três países.

Por fim, significativa vitória foi alcançada em 29 de novembro de 1988, em Buenos Aires, quando da assinatura do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento entre Argentina e Brasil, ao abrigo do sistema jurídico da ALADI, o que, posteriormente, daria azo a uma maior integração regional. O objetivo do Tratado era a formação de um espaço econômico comum entre seus Estados Partes, objetivando-se a eliminação dos obstáculos tarifários em um prazo máximo de dez anos a contar da entrada em vigor do Tratado. Porém, em 6 de julho de 1990, assinou-se a “Ata de Buenos Aires”, decidindo-se adiantar em cinco anos a data para a instauração do mercado comum bilateral, antecipando-a para 31 de dezembro de 1994 (LOCATELLI, 2003, p.23).

2.1. Nasce o Mercosul

A constituição de um Mercado Comum Sub-regional ocorreu em agosto de 1990, na Reunião de Ministros de Relações Exteriores e de Economia da Argentina, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai; nela o acesso do Uruguai ao movimento de integração foi aceito, tendo o Chile aberto um período de observação e o Paraguai, aderido imediatamente ao processo (MENEM, 1996, p.86).

Resultado de intensas negociações, em 26 de março de 1991, os Presidentes da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai firmaram o Tratado de Assunção, que passou a reger as relações econômico-comerciais dos quatro países no período transitório de 1991 a 1994, antecedendo à plena conformação do Mercado Comum do Sul. Tendo por objetivo primordial a conjunção dos quatro Estados Partes por meio da livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, do estabelecimento de uma tarifa externa comum, da adoção de uma política comercial comum, da coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais e da harmonização de legislações nas áreas pertinentes, seu escopo é o fortalecimento do processo integrativo do bloco.

A partir de sua assinatura, iniciou-se o chamado “período de transição” do Mercosul, assim definido pelo próprio instrumento. Tal período estendeu-se até 31 de dezembro de 1994 e caracterizou-se pelo desenvolvimento do programa de desagravação tarifária, bem como pela negociação dos instrumentos de política comercial comum. A finalização desses elementos permitiu ao Bloco que passasse a constituir, em 1º de janeiro de 1995, uma União Aduaneira, principiando-se uma nova fase conhecida como “período de consolidação da União Aduaneira”.

Ainda durante o período de transição, destaca-se a aprovação, em 1992, do “Cronograma de Las Leñas” pelas Decisões CMC nºs 01 e 02/92, instrumento que sistematizava as tarefas a serem efetivadas para o cumprimento dos objetivos do Mercosul e que envolviam as mais diversas áreas, da política agrícola e assuntos aduaneiros até questões trabalhistas.

Em face do rápido avanço nas negociações no decorrer de 1994, que levou à formação dos lineamentos de uma União Aduaneira, fez-se necessária a adoção de uma estrutura institucional definitiva para comportar foros negociadores abrangentes que discutissem variadas áreas temáticas a fim de ajustá-las à dinâmica evolutiva integracionista.

Nesse sentido, em consonância com o artigo 18 do Tratado de Assunção, os Estados Partes firmaram, em dezembro de 1994, o Protocolo de Ouro Preto, no qual definiu-se a configuração e as características institucionais básicas do bloco integrado, a saber: órgãos decisórios de caráter intergovernamental, sistema consensual de tomada de decisões e sistema arbitral de solução de controvérsias.

Conforme disposto no artigo 1º do Protocolo *supra*¹, a estrutura interna do

¹ “Artigo 1. A estrutura institucional do Mercosul contará com os seguintes órgãos:

- I. O Conselho do Mercado Comum (CMC);
- II. O Grupo Mercado Comum (GMC);

Mercosul é composta pelo Conselho do Mercado Comum (CMC), o Grupo Mercado Comum (GMC), a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM), a Comissão Parlamentar Conjunta (CPC), o Foro Consultivo Econômico-Social (FCES) e a Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM). Ademais, por intermédio da Decisão nº 11/03, constituiu-se recentemente a Comissão de Representantes Permanentes do Mercosul (CRPM), cuja função principal é apresentar iniciativas ao CMC sobre temas relativos ao processo de integração, às negociações externas e à conformação do Mercado Comum.

O Bloco conta, também, com órgãos temáticos não decisórios, tais como a Comissão Sociolaboral (CSL), o Fórum de Consulta e Concertação Política (FCCP), os Grupos de Alto Nível, os Subgrupos de Trabalho (SGT) dependentes do GMC, os Comitês Técnicos (CT) dependentes do CCM, o Observatório do Mercado de Trabalho (OMT) dependente do SGT10, e o Fórum da Mulher em âmbito do FCES. Há ainda as Reuniões de Ministros (RM), Reuniões Especializadas (RE) e Reuniões *ad-hoc*.

Cumprir assinalar que, pelo Protocolo de Ouro Preto, o Mercosul adquiriu personalidade jurídica internacional. Essa disposição atribuiu ao bloco econômico competência para negociar, em nome próprio, acordos com terceiros países, grupos de países e organismos internacionais.

Diante dessa atribuição, acordos relevantes com outros grupos regionais foram firmados desde então, como o Acordo-Quadro Inter-Regional de Cooperação com

III. A Comissão de Comércio do Mercosul (CCM);

IV. A Comissão Parlamentar Conjunta (CPC);

V. O Foro Consultivo Econômico-Social (FCES);

VI. A Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM).

Parágrafo único – Poderão ser criados, nos termos do presente Protocolo, os órgãos auxiliares que se fizerem necessários à consecução dos objetivos do processo de integração.”

a União Européia – Dec. 05/95 –, o Acordo de Complementação Econômica com a Comunidade Andina – Dec. 31/02 – e o Acordo de Comércio Preferencial com a União Aduaneira da África do Sul, firmado em 2004.

Para além, vislumbram-se, no âmbito do Mercosul, avanços significativos no campo político e social. Os exemplos mais relevantes dessa nova vertente na agenda da integração política seriam a Declaração Presidencial sobre Diálogo Político responsável pelo implemento do Mecanismo de Consulta e Concertação Política (MCCP), em 1996, a saber: entendimentos estabelecidos por meio da Decisão 18/98, que criou o Foro de Consulta e Concertação Política; a Declaração Política do Mercosul, Bolívia e Chile como Zona de Paz (1998); a “cláusula democrática”, institucionalizada pelo Protocolo de Ushuaia sobre o Compromisso Democrático no Mercosul (1998). Na área social, destacam-se: o Foro Consultivo Econômico Social (FCES), criado em 1994 mediante o Protocolo de Ouro Preto; o Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercado Comum do Sul (1997); o Observatório do Mercado de Trabalho (1997); a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL (1998), por meio da qual instituiu-se a Comissão Sociolaboral (CSL) e a Carta de Buenos Aires sobre Compromisso Social, proclamada em 2000 pelos Estados Partes do Mercosul, juntamente com a Bolívia e Chile.

O Sistema de Solução de Controvérsias adotado pelo Mercosul vem se aperfeiçoando devido à necessidade de um método que resolva, eficazmente, não somente os conflitos entre os Estados Partes do Mercosul, mas também destes com os particulares. Previsto o mecanismo pelo Protocolo de Brasília, deveria vigorar durante um “período de transição”. Preconizava o instrumento que os Estados deveriam, de início, resolver suas questões sob a forma de negociações diretas e, somente não sendo alcançado acordo, submetê-las ao

Grupo Mercado Comum. Cumprido tal procedimento – *ex vi* do artigo 4º daquele Protocolo –, o GMC formularia recomendações com vistas a resolver a contenda e, se não lograsse êxito, a submeteria ao procedimento arbitral².

Atualmente, é o Protocolo de Olivos o instrumento que regula a solução de controvérsias no âmbito do Mercosul. Em seu texto, encontram-se previstos os mecanismos que os Estados Partes devem adotar. Mister ressaltar que a maior inovação que Olivos trouxe foi a criação do Tribunal Permanente de Revisão (TPR), que, como os Tribunais *ad hoc* e na medida de suas atribuições, é o responsável para apreciar as controvérsias no bloco. O TPR é constituído por cinco árbitros e por uma Secretaria Técnica e seus laudos são obrigatórios para os Estados litigantes tendo força de coisa julgada; as opiniões consultivas, porém, não possuem caráter vinculante (MERCOSUR, [19...]).

Buscando minimizar as diferenças entre os Estados, harmonizar as legislações nacionais, agilizar a incorporação das normativas do Mercosul e fomentar a cooperação inter-parlamentar³, o Conselho do Mercado Comum decidiu, em 8 de dezembro de 2005, aprovar o Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul. Marco do movimento de integração, dispõe sobre o sistema de representação a ser adotado no âmbito do Parlamento do Mercosul, bem como

² “Artigo 4: 1. Se mediante negociações diretas não se alcançar um acordo ou se a controvérsia for solucionada apenas parcialmente, qualquer dos Estados partes na controvérsia poderá submetê-la à consideração do Grupo Mercado Comum.

2. O Grupo Mercado Comum avaliará a situação, dando oportunidade às partes na controvérsia para que exponham suas respectivas posições e requerendo, quando considerere necessário, o assessoramento de especialistas selecionados da lista referida no Artigo 30 do presente Protocolo.

3. As despesas relativas a esse assessoramento serão custeadas em montantes iguais pelos Estados partes na controvérsia ou na proporção que o Grupo Mercado Comum determinar.”

³ Preâmbulo da Decisão MERCOSUL/CMC/DEC Nº 23/05.

suas competências, princípios regentes, atribuições dos parlamentares e forma de eleição de seus membros.

Conforme previsto em seu artigo 1º, no dia 14 de dezembro de 2006⁴, na cidade de Brasília, foi constituído, em Sessão Solene no Congresso Federal, o Parlamento do Mercosul. Sua implementação observará duas etapas: a primeira, de transição, compreende o período de 31 de dezembro de 2006 a 31 de dezembro de 2010 e, nela, os 18 parlamentares de cada Estado Parte, indicados por seus respectivos países, integrarão o órgão. A segunda, que iniciará em 1º de janeiro de 2011 e terminará em 31 de dezembro de 2014, prevê deverem, os parlamentares, ser eleitos por voto universal, direto e secreto em cada Estado Parte, obedecendo ao preceituado no artigo 6º e demais dispositivos do Protocolo Constitutivo⁵.

⁴ “Artigo 1: Constituir o Parlamento do MERCOSUL, doravante o Parlamento, como órgão de representação de seus povos, independente e autônomo, que integrará a estrutura institucional do MERCOSUL.

O Parlamento substituirá à Comissão Parlamentar Conjunta.

O Parlamento estará integrado por representantes eleitos por sufrágio universal, direto e secreto, conforme a legislação interna de cada Estado Parte e as disposições do presente Protocolo.

O Parlamento será um órgão unicameral e seus princípios, competências e integração se regem de acordo com o disposto neste Protocolo.

A efetiva instalação do Parlamento realizar-se-á até 31 de dezembro de 2006.

A constituição do Parlamento realizar-se-á através das etapas previstas nas Disposições Transitórias do presente Protocolo.”

⁵ “Artigo 6 – Eleição: 1. Os Parlamentares serão eleitos pelos cidadãos dos respectivos Estados Partes, por meio de sufrágio direto, universal e secreto. 2. O mecanismo de eleição dos Parlamentares e seus suplentes reger-se-á pelo previsto na legislação de cada Estado Parte, e que procurará assegurar uma adequada representação por gênero, etnias e regiões conforme as realidades de cada Estado. 3. Os Parlamentares serão eleitos conjuntamente com seus suplentes, que os substituirão, de acordo com a legislação eleitoral do Estado Parte respectivo, nos casos de ausência definitiva ou transitória. Os suplentes serão eleitos na mesma data e forma que os Parlamentares titulares, para idênticos períodos. 4. Por proposta do

Pelo exposto, constata-se que o Mercosul transformou-se, num curto espaço de tempo, em uma integração complexa que transcende as metas comerciais para alcançar o entendimento permanente dos países sul-americanos em diversos campos, visando promover o desenvolvimento de seus povos e construir uma verdadeira “zona de prosperidade compartilhada”⁶.

2.2. Entrada de novos membros ao bloco

Aberto à adesão após cinco anos de vigência do Tratado de Assunção⁷, o Mercado Comum do Sul, em concordância com as Declarações Presidenciais da V Reunião do CMC (Colônia del Sacramento, 17/1/94) e da VI Reunião do CMC (Buenos Aires, 4-5/8/94), recepcionou como membros associados a Bolívia e o Chile, por entendimento das Decisões nº 14/96 e nº 12/97, as quais foram revogadas pela Decisão nº 18/04, que dispõe sobre o regime de participação dos Estados Associados ao Mercosul.

Segundo a Decisão nº 18/04, em seus termos, “os países membros da ALADI com os quais o Mercosul tenha assinado Acordos de Livre Comércio poderão, depois da protocolização do referido Acordo na ALADI, solicitar adquirir a condição de Estado Associado ao Mercosul nos termos

Parlamento, o Conselho do Mercado Comum estabelecerá o “Dia do MERCOSUL Cidadão”, para a eleição dos parlamentares, de forma simultânea em todos os Estados Partes, por meio de sufrágio direto, universal e secreto dos cidadãos.”

⁶ Expressão extraída do texto: “O predomínio do equilíbrio no MERCOSUL” (MINISTÉRIO... [19...]).

⁷ “Artigo 20

O presente Tratado estará aberto à adesão, mediante negociação, dos demais países membros da Associação Latino-Americana de Integração, cujas solicitações poderão ser examinadas pelos Estados Partes depois de cinco anos de vigência deste Tratado. Não obstante, poderão ser consideradas antes do referido prazo as solicitações apresentadas por países membros da Associação Latino-Americana de Integração que não façam parte de esquemas de integração subregional ou de uma associação extra-regional. A aprovação das solicitações será objeto de decisão unânime dos Estados Partes.”

da presente Decisão”⁸(MERCOSUR, 2004). Saliente-se que, atualmente, o Bloco conta com os seguintes Estados Associados: Chile, Bolívia, Peru, Colômbia e Equador.

3. A adesão da Venezuela ao Mercosul

A entrada da Venezuela no Mercosul fortalece os ideais norteadores do Tratado de Assunção. Os antecedentes de sua aproximação com o Mercado Comum do Sul ocorreram quando de sua inserção ao bloco na qualidade de Estado Associado, tendo subscrito os Acordos de Complementação Econômica n^{os} 39 (1999), 48 (2000) e 59 (2003).

Reconhece a Constituição da República Bolivariana da Venezuela, em seu Preâmbulo, a grande importância para o desenvolvimento social, cultural e econômico que a união dos latino-americanos traria para os países que a constituem. Leia-se, *verbis*:

“El pueblo de Venezuela, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana; con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; *promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración lati-*

noamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad; en ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo democrático, decreta la siguiente”. Constituição da Venezuela, Preâmbulo. (grifo nosso)

Por seu turno, prevê o artigo 20 do Tratado de Assunção a adesão mediante negociação dos demais países membros da ALADI, cujas solicitações deverão ser examinadas pelos Estados Partes do Mercosul, condicionada sua aprovação à decisão unânime. A regulamentação do artigo em comento foi feita pela decisão do Conselho do Mercado Comum – CMC n^o 28, de 2005 – que dispõe sobre o processo de adesão.

Assim, mister que o ingresso do novo Estado ao bloco ocorra de maneira conforme aos procedimentos previstos nos instrumentos do Mercosul e nas normas constitucionais e legais dos Estados Partes, a fim de se resguardar a segurança jurídica do processo de integração.

No tocante a esse tópico, importa relevar a Exposição de Motivos n^o 00453, do Ministério de Relações Exteriores do Brasil. Referido instrumento, que acompanha o Protocolo de Adesão da Venezuela ao Mercosul, faz referência aos expressivos avanços integracionistas da Venezuela ao bloco regional. Do texto, *ipsis litteris*, extrai-se:

“Com a adesão da Venezuela, o MERCOSUL passa a constituir um bloco com mais de 250 milhões de habitantes, área de 12,7 milhões de km², PIB superior a um trilhão de dólares (aproximadamente 76% do

⁸ Artigo 1^o.

PIB da América do Sul) e comércio global superior a US\$ 300 bilhões.

(...)

O adensamento dos fluxos comerciais MERCOSUL – Venezuela impulsionará o desenvolvimento da infra-estrutura de transportes e comunicação da porção setentrional da América do Sul e contribuirá para o aprofundamento da integração econômica, comercial e produtiva na região” (BRASIL, 2007).

Destarte, infere-se que a adesão da Venezuela ao Mercosul enseja, não somente, maior fortalecimento político que possibilita uma inserção internacional mais ampla e intensa do bloco em foros de negociações estratégicas, mas também um substancial crescimento econômico, visto que, “em sua nova configuração, o Mercosul torna-se um dos mais significativos produtores mundiais de alimentos, energia e manufaturas”.⁹

3.1. O Protocolo de Adesão

A Decisão CMC nº 29/2005 acolheu, em observância ao artigo 2º da Decisão nº 28/05 desse mesmo órgão¹⁰, a solicitação da República Bolivariana da Venezuela de incorporar-se ao Mercosul como Estado Parte, adotando os referenciais legal, político e comercial mercosulistas. As tratativas iniciaram durante a XXIX Conferência do Mercosul, na cidade de Montevidéu, quando, em 9 de dezembro de 2005, foi-lhe outorgado o *status* de Estado membro em processo de adesão, subscrevendo-se o Acordo-Quadro para a Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao Mercosul.

Em continuidade a esse processo, no dia 4 de julho de 2006, na cidade de Caracas,

firmou-se o Protocolo para a Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao Mercosul, fato histórico de extremo relevo para a integração latino-americana. Acorde o referido instrumento, a Venezuela adere ao Tratado de Assunção, ao Protocolo de Ouro Preto e ao Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul. Ademais, prevêem os artigos 3º e 4º a incorporação do acervo normativo vigente do Mercosul, a Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) e a Tarifa Externa Comum (TEC), de forma gradual e no prazo máximo de quatro anos contados a partir da vigência do pacto.

Nesse sentido, com o fim de estabelecer o cronograma de adoção das normativas vigentes, foi definida a criação de um Grupo de Trabalho, cuja primeira reunião deveria realizar-se dentro de 30 dias contados a partir da data de subscrição do Protocolo, devendo seu trabalho estar concluído, no mais tardar, em cento e oitenta dias a contar da realização da mencionada reunião – artigo 11 do Protocolo de Adesão¹¹.

Por fim, o artigo 12 do mencionado instrumento condiciona a vigência ao trigésimo dia da data de depósito do quinto instrumento de ratificação, sendo a República do Paraguai a depositária¹².

¹¹ “Artigo 11. A fim de desenvolver as tarefas previstas no presente Protocolo, cria-se um Grupo de Trabalho, integrado por representantes das Partes. O Grupo de Trabalho deverá realizar sua primeira reunião dentro de trinta (30) dias contados a partir da data de subscrição do presente Protocolo, e concluir tais tarefas no mais tardar em um prazo de cento e oitenta (180) dias, a partir da realização da referida reunião.”

¹² “Artigo 12. O presente Protocolo, instrumento adicional ao Tratado de Assunção, entrará em vigência no trigésimo dia contado a partir da data de depósito do quinto instrumento de ratificação.

A República do Paraguai será depositária do presente Protocolo e dos instrumentos de ratificação e notificará às Partes a data dos depósitos desses instrumentos.

Feito na cidade de Caracas, República Bolivariana da Venezuela, aos quatro dias do mês de julho de dois mil e seis em um original, nos idiomas português e espanhol, sendo ambos os textos igualmente autênticos.”

⁹ Observação apresentada na Exposição de Motivos nº 00453 do Ministério de Relações Exteriores, quanto ao Protocolo de adesão da Venezuela ao Mercosul. Disponível para *download* (CÂMARA..., [19]).

¹⁰ “Art. 2º - A solicitação deverá ser aprovada por unanimidade pelos Estados Partes e expressar-se-á mediante Decisão do Conselho Mercado Comum”.

Quanto ao processo de ratificação do Protocolo pelos países membros do Mercosul, não obstante a conclusão dos trâmites legislativos no Uruguai e na Venezuela, como esclarece a Exposição de Motivos nº 00453 do Ministério de Relações Exteriores (BRASIL, 2007), até o momento, somente a Argentina efetuou o depósito do instrumento de ratificação, em 14 de fevereiro de 2007 (Lei 26192), conforme notícia o sítio oficial do Mercosul (MERCOSUR, [19...]).

4. O processo de ratificação e incorporação de um tratado internacional no ordenamento brasileiro

O sistema constitucional brasileiro optou pela forma dualista do direito internacional, razão pela qual, para a validade de um tratado internacional no plano interno, faz-se necessária a sua incorporação ao ordenamento jurídico pátrio. Resumidamente, três fases se distinguem após a celebração do ato internacional pelo plenipotenciário brasileiro: a primeira, a aprovação do tratado internacional pelo Poder Legislativo, mediante decreto-legislativo; a seguir, o Presidente da República o ratifica; ao fim, o Chefe do Poder Executivo promulga o ato internacional por decreto presidencial, tornando-o público e exigível no âmbito doméstico¹³(BRASIL, 2000).

Por partes: estatui o artigo 49, inciso I, da Carta Magna competir ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromis-

¹³ Inviável olvidar, também, outro julgado da Égrégia Corte Suprema, que assevera: “(...) O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes (BRASIL, 2001).”

tos gravosos ao patrimônio nacional”. A apreciação do Tratado inicia-se na Câmara dos Deputados, tramitando pela Comissão de Relações Exteriores, pela Comissão de Constituição e Justiça e, dependendo da matéria, pelas Comissões específicas. Após, é levado ao Plenário, onde deve ser aprovado pela maioria dos votos, estando presentes a maioria dos Deputados.

Ultrapassada essa fase, o Instrumento Internacional é remetido ao Senado Federal para aprovação ou rejeição. Ele é encaminhado à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, que comunicará sua decisão, quanto à aprovação do texto, ao Presidente do Senado. No Plenário, a aprovação deve se dar por maioria de votos, presentes a maioria absoluta dos Senadores. Sempre que a deliberação do Senado não corresponder à deliberação da Câmara, o projeto volta à Casa iniciadora. Obtida a aprovação em ambas as Casas parlamentares, o Decreto Legislativo é promulgado pelo Presidente do Senado e publicado no Diário Oficial da União.

A anuência do Poder Legislativo, devido ao modelo dualista adotado pela Constituição Brasileira, não torna, porém, o tratado obrigatório no âmbito nacional, nem internacional. Para tanto, o Poder Executivo deverá ratificá-lo de forma a conferir-lhe eficácia internacional. Manifestação eminentemente discricionária, o ato de ratificação, privativo do Presidente da República, é o meio pelo qual este confirma às outras partes, em caráter definitivo, a disposição do Estado em honrar as obrigações pactuadas nos foros externos.

A entrada em vigor do tratado, no âmbito internacional, ocorre após os Estados signatários comunicarem reciprocamente a existência dos instrumentos de ratificação. Essa notificação se dá pela troca ou depósito dos instrumentos.

Por derradeiro, não obstante sua intrínseca internacionalidade (REZEK, 2002, p.78), o Pacto, para ter vigência e eficácia, deverá compor a ordem jurídica nacional.

A competência para internalizá-lo, nos moldes do artigo 84, IV, da Constituição Federal, é, também aqui, privativa do Chefe de Estado, que o fará por meio de Decreto Executivo.

4.1. A aprovação do Congresso Nacional do instrumento de adesão

No tocante ao Acordo de Adesão da Venezuela ao Mercosul, cogitou-se, institucionalmente, sobre a desnecessidade de seu envio ao Parlamento. Prevaleceu, contudo, o entendimento de que imperiosa era sua remessa ao Poder Legislativo em cumprimento aos mandamentos constitucionais mencionados. Razões várias justificavam a remessa. Primeiramente, o próprio texto acordado condiciona, em seu artigo 12, a vigência do instrumento após o depósito do quinto documento de *ratificação*, o que pressupõe a observância de atendimento ao *iter* procedimental indispensável à futura internalização da regra internacional ao sistema normativo interno. Em igual sentido estabelecem as Constituições do Uruguai, da Argentina e do Paraguai.

Ademais, no Protocolo de Adesão, os Estados Partes se comprometem a procederem às alterações que se façam necessárias nas normativas já aprovadas pelos órgãos decisórios do Mercosul, muitas delas, inclusive, devidamente incorporadas pelos parceiros do bloco. Nesses termos, não haveria possibilidade jurídica de se mudar normas acessórias, decorrentes do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto e do Protocolo de Olivos, sem prévio consentimento do Poder Legislativo, mormente porque esses próprios instrumentos estão sendo igualmente modificados pelo Instrumento Normativo de Adesão da Venezuela.

No tocante ao Estado Brasileiro, a *ratio* constitucional é de inolvidável clareza quando dispõe ser da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio público, conforme

mencionado alhures. Da leitura do Protocolo depreende-se que vários de seus artigos – art. 4º, que diz respeito à adoção da Tarifa Externa Comum (TEC); art. 5º, que trata do livre comércio e de programas de liberalização comercial; art. 10, que versa sobre o compromisso de assunção de direitos e obrigações perante o Mercosul, entre outros dispositivos – implicam ônus ao Erário Estatal, razão pela qual previu o Constituinte Originário o sistema de *checks and balances* em situações dessa natureza.

E não é só, direitos e garantias fundamentais também se encontram sob a égide do texto em epígrafe, conforme se subsume da leitura do artigo 9º, que reafirma o compromisso de os Estados impulsionarem a inclusão social e assegurarem condições de vida digna aos seus povos.

5. Considerações finais

Dezesseis anos após a assinatura do Tratado de Assunção, o Mercosul passará a recepcionar a Venezuela como o quinto integrante, dando início a um importante processo de expansão que avança com a provável transição da Bolívia de Estado Associado para Estado Membro (MERCOSUR, 2007), e com as discussões sobre a entrada do México para o bloco. No decorrer desse processo – da XXIX Conferência do Mercosul até a recente decisão do Conselho Mercado Comum de nº 12/07 –, foi possível observar os progressos nas negociações concernentes à adesão da Venezuela ao bloco regional.

Não obstante o atual contexto político vivenciado pelo Estado Venezuelano e a ameaça de eventuais represálias às manifestações do Presidente Hugo Chávez, efetivas discussões se ascendem acerca da viabilidade de concretização dessa adesão, incitando a crucial reflexão: será o Congresso Brasileiro capaz de estorvar a expansão da integração regional?

Certo é que o processo de ratificação do Protocolo sofreu significativa evolu-

ção na Câmara dos Deputados, em razão do parecer apresentado pelo seu Relator, Deputado Dr. Rosinha, na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional. O documento, datado de 21 de agosto de 2007, manifesta posição favorável à incorporação da Venezuela ao Mercosul.

Interessante aduzir declaração contida no mencionado parecer, *litteris*:

“No nosso entendimento, temos de ter, no Mercosul, a mesma tolerância e visão estratégica que nortearam a integração da União Européia, a qual soube consolidar-se apesar de notáveis diferenças políticas conjunturais e de retrocessos eventuais. Processos de integração nunca são harmônicos. Há sempre conflitos e assimetrias a serem resolvidos, especialmente quando eles ainda estão em fase de consolidação. Por isso, diferenças políticas entre governos não devem ser encaradas como obstáculos insuperáveis à integração, mas sim como desafios naturais do longo e complexo processo e construção de um mercado comum” (BRASIL, 2007).

Transpondo, pois, as incertezas do futuro, o Mercosul prossegue determinado em seus objetivos a despeito das dificuldades existentes no caminho da consolidação do bloco. A inserção da Venezuela, indubitavelmente, representará um marco significativo e necessário para a projeção comunitária e a integração real do Cone Sul. A propósito, escreveria Alfredo Toro Hardy, ex-Embaixador da Venezuela no Brasil:

“A busca da regionalização dentro da globalização, quer dizer, do regionalismo aberto, transformou-se numa saída inescapável para sobreviver dentro das duras realidades do comércio internacional. A busca de uma integração regional ou hemisférica que nos brinde maiores opções de sobrevivência neste mundo darwiniano converte-se numa via inescapável” (GUIMARÃES, 1995, p.19)

Referências

ALMEIDA, Paulo Roberto. *O Mercosul no contexto regional e internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 1993.

BRASIL. Carta Rogatória 8.279-AgR. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 17 de junho de 1998. *Diário da Justiça*, Brasília, 10 ago. 2000.

_____. *Exposição de Motivos nº 00453 do Ministério de Relações Exteriores*: projetos de lei e outras proposições – MSC – 82/2007. Brasília: Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 12 abr. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480/MC, Brasília, 26 de abril de 2001. *Diário da Justiça*, Brasília, 18 maio 2001.

CÂMARA dos Deputados, Brasília, [19--]. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 04 set. 2007.

COMISSÃO Econômica para a América Latina e Caribe, Santiago de Chile, 2000. Disponível em: <<http://www.eclac.org>>. Acesso em: 10 dez. de 2006.

FLORÊNCIO, Sérgio Abreu e Lima; ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga. *MERCOSUR, proyecto, realidad y perspectivas*. Tradução de Maria del Carmen Hernández Gonçalves. Brasília: Vest-Con, 1997.

_____. *Mercosul hoje*. São Paulo: Alfa Omega, 1996.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Org.). Brasil e Venezuela: esperanças e determinações na virada do século. In: VISENTINI, Paulo G. Fagundes. *Venezuela e Brasil na política internacional*: um ensaio exploratório. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; Fundação Alexandre Gusmão, 1995.

KLOR, Adriana Dreyzin. *El Mercosur*: generador de una nueva fuente de derecho internacional privado. Buenos Aires: Zavalia, 1997.

LOCATELI, Claudia Cínara. *Mercosul: tribunal arbitral ou permanente?*. Curitiba: Juruá, 2003.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995.

MENEM, Carlos Saúl. *Que é o Mercosul?*. Tradução de Ana Maria Merlino. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

MERCOSUR, [S. I.], [19--]. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb/>>. Acesso em: 10 dez. 2006.

MERCOSUR. *Decisão MERCOSUR/CMC/DEC. N° 01/07*. [S. I.]: Mercosur, 2007. Disponível em: <<http://www.mercosur.int>>. Acesso em: 10 set. de 2007.

_____. *Decisão MERCOSUR/CMC/DEC. N° 18/04*. [S. I.]: Mercosur, 2004. Disponível em: <<http://www.mercosur.int>>. Acesso em: 10 jan. 2007.

_____. *Decisão MERCOSUR/CMC/DEC N.º 23/05*. [S. l.]: Mercosur, 2005. Disponível em: <<http://www.mercosur.int>>. Acesso em: 10 jan. de 2007.

MINISTÉRIO de Relações Exteriores, Brasília, [19--]. Disponível em: <<http://www.mre.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. de 2006.

REZEK, J. F. *Direito internacional público: curso elementar*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo

Ana Maria D'Ávila Lopes

Sumário

1. Introdução; 2. Definindo as minorias; 3. O Multiculturalismo; 4. A contribuição de Will Kymlicka na defesa das minorias culturais; 5. Os direitos culturais como direitos fundamentais; 6. Proteção constitucional da diversidade cultural humana; 7. Conclusão.

1. Introdução

Através dos séculos da história da humanidade, as minorias têm sido eliminadas, assimiladas ou discriminadas, o que afronta o princípio da dignidade inerente a todo ser humano. Essa é uma situação que tem ficado muito mais patente como conseqüência do processo de globalização, quando o mundo parece não ter mais fronteiras nem para o trânsito das pessoas e nem para a divulgação dessas violações.

Nesse contexto, é que este artigo visa analisar os direitos culturais das minorias sob a perspectiva da Teoria do Multiculturalismo, que visa justamente contribuir na construção das bases teóricas para o pleno reconhecimento, proteção e promoção dos direitos fundamentais dos grupos minoritários.

2. Definindo as minorias

Remillard (1986, p. 14) ensina que a história moderna da proteção internacional dos direitos das minorias começou nos

Ana Maria D'Ávila Lopes é doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará. Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

séculos XVI e XVII, em relação à proteção das minorias religiosas. Assim, o Tratado de Westphalia de 1648, que declarou o princípio da igualdade entre católicos e protestantes, pode ser considerado o primeiro documento em garantir direitos a um grupo minoritário.

Nos anos seguintes, outros tratados garantindo especialmente a liberdade religiosa foram surgindo. Contudo, é importante assinalar que, em todos esses casos, o principal objetivo dos tratados era a celebração da paz e não exatamente a proteção direta de uma determinada minoria.

Talvez o primeiro momento mais específico de proteção das minorias possa ser considerado a Conferência da Paz (Paris 1919), que expressamente declarou a igualdade de todas as pessoas perante a lei, a igualdade dos direitos civis e políticos, a igualdade de trato e a segurança das minorias. Cabe, sem dúvida, à Sociedade das Nações o mérito de ter sido a primeira organização internacional que buscou proteger universalmente os direitos de todas as pessoas.

A partir daí, o grande salto foi dado apenas em 1966 com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que, no art. 27, estabeleceu a proteção das minorias étnicas, lingüísticas e religiosas¹. A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 não continha nenhuma menção expressa sobre esse tipo de direito.

A demora na regulação de tão essenciais direitos pode ter sido consequência da dificuldade em definir o termo *minoria*. Capotorti (apud REMILLARD, 1986, p. 13), membro especial da subcomissão da ONU, destaca a existência de dois tipos de critérios para definir as minorias:

¹ Art. 27 - "Nos Estados em que existam minorias, religiosas ou étnicas, não se negará às pessoas que pertençam às ditas minorias o direito que lhes corresponde, em comum com os demais membros de seu grupo, a ter sua própria vida cultural, a professar e praticar sua própria religião e a empregar o seu próprio idioma" (ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966).

a) critérios objetivos:

- a existência em um Estado de um grupo de pessoas com características étnicas, religiosas ou lingüísticas diferentes ou distintas do resto da população;
- a diferença numérica do grupo minoritário em relação ao resto da população;
- a posição não dominante desse grupo minoritário.

b) critério subjetivo:

- o desejo das minorias de preservarem os elementos particulares que as caracterizam, ou seja, a vontade comum do grupo de conservar seus rasgos distintivos.

Em função desses critérios, Capotorti (apud REMILLARD, 1986) define as minorias como:

"un groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un Etat, en position non dominante, dont les membres - ressortissants de l'Etat - possèdent du point de vue ethnique, religieux ou linguistique, des caractéristiques qui diffèrent de celles du reste de la population et manifestent même de façon implicite un sentiment de solidarité, à l'effet de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue."

No entanto, devemos chamar a atenção para o fato de que certas minorias são majorias numéricas, como sucedia na África do Sul no tempo do *apartheid*, em relação à população negra (WUCHER, 2000, p. 46). Nesse sentido, o critério objetivo numérico pode ser insuficiente para determinar o conceito de minoria, sendo a sua exclusão social e a falta de participação nas decisões políticas o melhor critério objetivo de definição.

De qualquer forma, o tradicional conceito de minoria tem-se limitado a considerar apenas as características lingüísticas, religiosas ou étnicas de um grupo para sua definição como minoritário. Conceito esse que vem sendo ampliado por autores como Semprini (1999) que, além de criticar esse conceito restritivo de minorias, assinala a

importância de considerar outras características passíveis de serem aplicadas na definição, levando-se em consideração a cultura e a realidade de cada sociedade. Desse modo, todo grupo humano, cujos membros tenham direitos limitados ou negados apenas pelo fato de pertencerem a esse grupo, deve ser considerado um grupo minoritário.

3. O *Multiculturalismo*

O Multiculturalismo – também chamado de pluralismo cultural ou cosmopolitismo – tenta conciliar o reconhecimento e respeito à diversidade cultural presente em todas as sociedades.

“A expressão multiculturalismo designa, originariamente, a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio das sociedades modernas (...). Existem diferentes noções de multiculturalismo, nem todas no sentido ‘emancipatório’. O termo apresenta as mesmas dificuldades e potencialidades do conceito de ‘cultura’, um conceito central das humanidades e das ciências sociais e que, nas últimas décadas, se tornou terreno explícito de lutas políticas.” (SANTOS; NUNES, [200 - ?])

Mikhaél Elbaz (2002, p. 27), pela sua vez, ensina que *Multiculturalismo* é um conceito e uma ideologia, cuja polissemia somente pode ser entendida no âmbito da desestruturação da narração nacional, sob os efeitos da globalização. Nesse sentido, o Multiculturalismo pode ser entendido de diferentes formas, assim:

3.1. O *Multiculturalismo* comunal e corporativo

O Multiculturalismo comunal e corporativo deriva da lógica da politização da luta travada pelas minorias na busca pelos seus direitos historicamente negados. É essa uma lógica que ao mesmo tempo é pragmática e instrumental, na medida em que objetiva criar novos titulares de

direitos. O reconhecimento pelo Estado da diversidade cultural e dos direitos das minorias passa inevitavelmente pela mediação institucionalizada de uma elite saída da própria minoria. Esse tipo de Multiculturalismo provoca tanto apoios como rejeições, haja vista colocar em discussão as dicotomias: espaço público/privado, universalismo/relativismo de valores, direitos individuais/coletivos, objetivismo/subjetivismo.

Semprini (1999, p. 90 et seq.) chama essas dicotomias de “aporias conceituais”, afirmando que as diferenças entre a epistemologia multiculturalista e a monoculturalista tornam difícil qualquer mediação dialética, transformando as controvérsias decorrentes desse choque em quatro principais aporias conceituais:

a) essencialismo *versus* construtivismo: a noção de essencialismo é utilizada pelos defensores do Monoculturalismo para sustentar que as minorias e suas identidades são dados objetivos da realidade social, “peças imóveis do mosaico social”. Diferentemente, no enfoque construtivista, endossado pelos multiculturalistas, as identidades minoritárias são o produto da própria evolução histórica da sociedade, num contínuo processo dinâmico e transformador.

Os monoculturalistas utilizam o enfoque essencialista como argumento para legitimar o *status quo* e justificar qualquer oposição a mudanças. Uma das manifestações teóricas do essencialismo é o genético, “para o qual cada grupo humano está condicionado definitivamente quanto à sua inteligência e em seu potencial de mobilidade social conforme seu patrimônio genético” (SEMPRINI, 1999, p. 91). Nessa linha de pensamento, o prêmio Nobel de Medicina James Watson pronunciou-se ao atribuir como causa do atraso do continente africano a menor – segundo ele – capacidade intelectual dos negros. Afirmação pela qual teve que posteriormente se desculpar (BBC BRASIL, 2007).

b) universalismo *versus* relativismo: o universalismo defende a existência de valores e julgamentos morais absolutos. Ensina Semprini (1999, p. 92) que a “utopia universalista nasce com o Iluminismo, concretiza-se nas revoluções americana e francesa e é traduzida politicamente nas instituições democráticas”. Contrariamente, os relativistas afirmam “a impossibilidade de estabelecer um ponto de vista único e universal sobre o conhecimento, a moral, a justiça, ao menos na medida em que existam grupos sociais ou minorias com finalidades e projetos de sociedade diferentes” (SEMPRINI, 1999). Para os multiculturalistas, o universalismo é uma violência, haja vista pretender eliminar a diferença e impor um ponto de vista particular apresentado como universal.

c) igualdade *versus* diferença: a igualdade é a base da utopia universalista que, ignorando as desigualdades econômicas, culturais e sociais dos indivíduos, prevê direitos cuja real eficácia se perde no formalismo, favorecendo e fortalecendo a maioria. Para os multiculturalistas, o espaço social é heterogêneo. Dessa forma, qualquer aplicação de uma lei que seja cega às diferenças existentes entre os indivíduos e os trate como se estivessem em igualdade de condições estará sendo claramente discriminatória.

d) reconhecimento subjetivo *versus* mérito objetivo: os multiculturalistas salientam a importância do reconhecimento para ajudar a fortalecer a auto-estima dos membros dos grupos minoritários. Esse reconhecimento é concretizado com a adoção de livros didáticos e programas de ensino nos quais é resgatada a contribuição histórico-social das minorias e, especialmente, se concretiza por meio de ações afirmativas, como as cotas educacionais. Essa perspectiva é fortemente criticada pelos monoculturalistas, que defendem a política do mérito, ressaltando o aspecto positivo da competência e reivindicando critérios objetivos de avaliação.

Semprini (1999, p. 95) qualifica essas quatro aporias como oposições para jus-

tamente salientar seu caráter conflitual e aparentemente insolúvel, cuja análise exige uma visão de conjunto e interdisciplinar.

3.2. O Multiculturalismo como ideologia política

O Multiculturalismo como ideologia política busca se apoiar menos no Estado do que contestar o monoculturalismo. Nesta perspectiva, o ressentimento multiculturalista é contra o eurocentrismo e o androcentrismo, demandando uma releitura da história e a desconstrução da comunidade do saber. Busca-se, assim, partir da noção da existência de humanos diferenciados e não de um ideal de igualdade, que oculta versões e interpretações da diferença fundadas numa unidade imaginária.

Numa análise da sociedade americana, Semprini afirma que, desde a Declaração da Independência dos Estados Unidos, as elites políticas e culturais do país provinham da tradição puritana e anglo-saxônica, condicionando o ulterior desenvolvimento americano. Assim, acrescenta que “a alma do país permaneceu branca, anglosaxônica e protestante (WASP)” (SEMPRINI, p. 24), deflagrando a concepção do modelo de cidadão americano como o homem, branco-anglosaxão e protestante, excluindo-se, como tal, qualquer indivíduo que não reunisse essas qualidades.

3.3. O Multiculturalismo e a Síndrome Benetton

O Multiculturalismo e a *Síndrome Benetton* refere-se à mercantilização da cultura. O mundo como um bazar faz temer a *babelização* da cultura, mas assinala simultaneamente a capacidade da reinterpretação contextualizada dos produtores e receptores das mensagens e dos bens. O mundo tem-se convertido numa aldeia global, caracterizando-se como um mosaico de sabores, sons e cheiros, que mostra que o Multiculturalismo não necessariamente significa pluralismo cultural, mas, às vezes, reduz a cultura a uma única adaptada às exigências locais.

Elbaz (2002, p. 31) afirma que a generalização desse Multiculturalismo nas grandes cidades pode dificultar ainda mais a convivência de populações heterogêneas devido à falta de um referencial comum que as permita viver juntas.

Após a análise dos três modelos, Elbaz (2002, p. 32) resume o Multiculturalismo a duas proposições:

– *apesar das nossas diferenças, todos somos humanos*, afirmação derivada da concepção pauliana fundadora do universalismo cristão, que reconhece a alteridade como parte interna da humanidade;

– *é graças às nossas diferenças que podemos aceder à humanidade*, proposição decorrente da “lectura herderiana del mundo, que presume que todo conjunto humano tiene un Geist, una singularidad que tiene derecho a preservarse y a transmitirse” (ELBAZ, 2002, p. 33).

4. A contribuição de Will Kymlicka na defesa das minorias culturais

Além das controvérsias na doutrina a respeito da própria definição de minorias, pouco tem sido feito para estabelecer um elenco especial de direitos visando garantir o pleno exercício da cidadania e a inclusão na sociedade dos grupos minoritários. Nesse sentido, a contribuição de Kymlicka (1996) tem sido notável. O autor canadense distingue, inicialmente, dois modelos de Estados multiculturais (KYMLICKA, 1996, p. 14):

a) o Estado multiétnico: correspondente ao Estado onde convivem várias nações devido a um processo de imigração como, por exemplo, os Estados Unidos, Canadá e Austrália. Não obstante os imigrantes não ocuparem terras natais, podem ser considerados grupos minoritários, com a condição de que se estabeleçam conjuntamente e obtenham competências de autogoverno.

O grande desafio dos estados chamados multiétnicos é garantir que os imigrantes possam ter acesso aos direitos de partici-

pação política, visto que o maior problema existente em muitos estados é que o exercício da cidadania depende da nacionalidade. As formas tradicionais de aquisição da nacionalidade são duas: a) nascer no território do Estado (*ius soli*); b) ser descendente de um nacional (*ius sanguinis*). O primeiro critério é basicamente utilizado pelos Estados de imigração (como os Estados do continente americano), enquanto que o segundo critério é utilizado pelos Estados de emigração (estados europeus na sua maioria). De qualquer forma, esses critérios são hoje inadequados levando-se em consideração o alto grau de mobilidade das pessoas no mundo globalizado. Assim, os estados europeus não são mais estados exclusivamente de emigração, pois muitos deles apresentam um significativo número de imigrantes, enquanto que os estados americanos apresentam uma expressiva população que emigra a outros estados em busca de novas oportunidades de vida. A impossibilidade do acesso à condição de nacional desses imigrantes é extremamente grave na medida em que esse fato provoca sua exclusão do exercício da cidadania, o que, pela sua vez, decorre da limitação e, até negação, de muitos direitos fundamentais. (GELBAZ; HELLY, 2002).

b) o Estado multinacional: no qual coexistem mais de uma nação devido a um processo de convivência involuntária (invasão, conquista ou cessão) ou voluntária (formação de uma federação) de diferentes povos. As minorias desse tipo de estado são basicamente nações que existiam originalmente no território do estado, passando a conviver com outras nações que chegaram posteriormente, como é o caso dos aborígenes canadenses, dos índios americanos ou dos indígenas brasileiros.

Durante muito tempo, os estados americanos, e outros tradicionalmente considerados estados de imigração como a Austrália ou o Brasil, ignoraram os direitos das suas nações originárias, fundados na errônea e lamentável concepção de que essas nações

“não tinham cultura” ou “eram de cultura inferior”, em relação à cultura ocidental.

Kymlicka dirige sua atenção, precisamente, a esses grupos minoritários, às nações originárias, consoante com a definição tradicional de minoria da ONU, que apenas reconhece os grupos com especiais características étnicas, lingüísticas ou religiosas como minorias. Dessa maneira, Kymlicka dedica sua Teoria do Multiculturalismo a analisar as culturas minoritárias entendidas essas apenas como nações ou povos. Não obstante o autor canadense afirme não desconhecer a existência ou a importância de outros grupos minoritários, como as mulheres, homossexuais, idosos, etc.². Limitação que não prejudica a importância da repercussão das suas propostas na defesa das minorias em geral.

Desse modo, Kymlicka (1996) propõe o reconhecimento dos seguintes três tipos de direitos especialmente destinados a garantir a proteção das minorias e sua inclusão na sociedade:

a) Direitos de autogoverno: a maioria das nações minoritárias tem recorrentemente reivindicado o direito a alguma forma de autonomia política ou de jurisdição territorial. Direito esse que está previsto na Carta das Nações Unidas de 1945, no artigo 1º, no qual se estabelece o direito de autodeterminação dos povos. O grande problema tem sido a delimitação do significado do termo “povos”, visto que tradicionalmente esse direito não tem sido aplicado às minorias nacionais internas (as minorias originárias, como os indígenas), mas apenas às colônias de ultramar (“tese da água salgada”). Essa

²Kymlicka (1996, p. 35) reconhece a extrema abrangência do termo *cultura*, podendo este aludir tanto a um grupo com diferentes costumes (“cultura gay”), a um tipo de civilização (“civilização ocidental”), ou remeter à idéia de nação ou povo, sendo justamente esta última acepção a utilizada pelo autor canadense, seguindo a corrente instaurada pelo Pacto de Direitos Individuais e Políticos de 1996, que apenas reconhece como minoria os grupos lingüísticos, étnicos ou religiosos minoritários, sem que isso signifique desconhecer a importância das outras acepções.

limitação mencionada por Kymlicka tem provocado a negação de qualquer direito de autogoverno às nações originárias dos estados multinacionais;

b) Direitos especiais de representação: direitos que visam garantir a participação das minorias no processo político, por meio de, por exemplo, ações afirmativas;

c) Direitos poliétnicos: dirigidos a fomentar a integração das minorias na sociedade, denominados assim porque “tienen como objetivo ayudar a los grupos étnicos y a las minorías religiosas a que expresen su particularidad y su orgullo cultural sin que ello obstaculice su éxito en las instituciones económicas y políticas de la sociedad dominante” (1996, p. 53). Esses direitos se concretizam, por exemplo, na exigência de subvenção pública para as práticas culturais das comunidades ou para ter acesso em condições de igualdade ao intercâmbio de bens e serviços.

Desses três grupos de direitos, impõe-se ressaltar, para fins deste artigo, o terceiro grupo, ou seja, os direitos poliétnicos que objetivam a proteção das diferentes manifestações culturais das minorias, acorde com um modelo de Estado Democrático de Direito, no qual todos os seres humanos devem ter seus direitos fundamentais garantidos, excluindo-se qualquer forma de discriminação.

5. Os direitos culturais como direitos fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser definidos como normas constitucionais de caráter principiológico, que visam proteger diretamente a dignidade humana nas suas diferentes manifestações e objetivam legitimar a atuação do poder jurídico-estatal e dos particulares (LOPES, 2001). Da definição pode-se inferir que os direitos fundamentais são normas positivas do mais alto nível hierárquico, visto a sua função de preservar a dignidade de todo ser humano, tarefa que deve ser centro e fim de todo agir.

Aliás, a proteção da dignidade humana é o elemento essencial para a caracterização de um direito como fundamental. É claro que todo direito, toda norma jurídica, tem como objeto a salvaguarda e bem-estar do ser humano – ou pelo menos assim deveria sê-lo – mas, no caso dos direitos fundamentais, essa proteção é direta e sem mediações normativas. O §1º do art. 5º da Constituição Federal acolhe essa vertente teórica quando estabelece que todas as normas de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Assim, por exemplo, afirmar que toda manifestação cultural deve ser primordialmente protegida é reconhecer que todo povo tem o igualitário direito ao seu reconhecimento e preservação como tal, sem necessidade de prévias qualificações nem regulação infraconstitucional.

O caráter principiológico dos direitos fundamentais, pela sua vez, deriva da estrutura abstrata do seu enunciado, conforme os ensinamentos do jurista alemão Robert Alexy (1993). Por outro lado, afirma-se, também, que os direitos fundamentais buscam legitimar o Estado, na medida em que a forma como esses direitos são previstos, protegidos e promovidos em uma ordem estatal permitirá definir o grau de democracia vigente nesse Estado.

Tradicionalmente, os direitos fundamentais têm sido classificados em três gerações de direitos, levando em consideração a época histórica do seu surgimento. Nesse sentido, a primeira geração de direitos, que compreende os direitos individuais e políticos, surgiu juntamente com a afirmação do individualista e abstencionista Estado Liberal de Direito, no fim do século XVIII. A segunda geração, que abrange os direitos sociais, econômicos e culturais, foi produto das lutas e reivindicações sociais que deflagraram o intervencionista Estado Social de Direito, consolidado na segunda década do século XX. Por último, a terceira geração, que abarca todos os direitos difusos, está ainda em fase de desenvolvimento e ampliação do atual Estado Democrático

de Direito. A insistência pelo emprego do questionado termo *geração*, que parece indicar que a nova geração extinguiria a anterior, deve-se ao fato de que hoje a doutrina é unânime em aceitar que as três gerações coexistem sem extinguir uma a outra, descartando, assim, qualquer tipo de confusão que o termo possa provocar.

A bibliografia existente a respeito de quase todos esses direitos é muito rica e variada, não apenas no Brasil, mas no mundo todo. Não é difícil encontrar obras, pesquisas e estudos sobre o direito à vida, à liberdade, à igualdade ou à propriedade, clássicos direitos individuais. Dos direitos políticos muito, também, tem-se escrito, especialmente nos dias atuais com a redefinição do conceito de cidadania. Os direitos sociais e econômicos, por sua vez, têm sido objeto de análises e discussões que têm até ultrapassado os âmbitos do discurso jurídico, para tornarem-se centro de atenção de outros cientistas preocupados com a satisfação das necessidades básicas dos seres humanos. Os novos direitos difusos, como os que protegem o meio ambiente e o consumidor, ou os decorrentes dos avanços da biomedicina e da informática, têm atraído também o interesse interdisciplinar de velhos e novos estudiosos do Direito. Entretanto, pouco, ou quase nada, tem-se dedicado ao estudo dos direitos culturais.

Os direitos culturais, incluídos na segunda geração dos direitos fundamentais, surgiram nos inícios do século XX, com o intuito de defender e promover basicamente o direito à educação, visto que, à época, a expressão *direito cultural* estava associada à idéia de instrução. Com o passar dos anos, e graças ao processo mundial de globalização e aos aportes teóricos do Multiculturalismo, ampliou-se o conteúdo do termo *cultura*, sendo hoje entendido como toda manifestação criativa e própria do sentir e pensar de um grupo social.

“A cultura é um conjunto de traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam

uma sociedade ou um grupo social. A cultura engloba, além das artes e das letras, o modo de viver junto, o sistema de valores, as tradições e crenças.” (UNESCO, 2002).

A ultrapassada identificação de *cultura* com instrução-educação não fazia mais do que refletir a errada concepção da hegemonia da cultura européia, considerada como o modelo das outras. Desse modo, à época, não se podia falar de um direito cultural como o direito de todo povo de se manifestar segundo suas próprias tradições, costumes ou valores, mas como direito de “toda pessoa de aprender a cultura ocidental”.

“A idéia de cultura, num dos seus usos mais comuns, está associada a um dos domínios do saber institucionalizado de Ocidente, as humanidades. Definida como repositório do que de melhor foi pensado e produzido pela humanidade, a cultura, neste sentido, assenta em critérios de valor, estéticos, morais, ou cognitivos que, definindo-se a si próprios como universais, elidem a diferença cultural ou a especificidade histórica dos objetos que classificam. (...).

Uma outra concepção, que coexiste com a anterior, reconhece a pluralidade de culturas, definindo-as como totalidades complexas que confundem com as sociedades, permitindo caracterizar modos de vida assentes em condições materiais e simbólicas. Esta definição leva a estabelecer distinções entre culturas que podem ser consideradas seja como diferentes e incomensuráveis, e julgadas segundo padrões relativistas, seja como exemplares de estádios numa escala evolutiva que conduz do ‘elementar’ ou ‘simples’ ao ‘complexo’ e do ‘primitivo’ ao ‘civilizado’.” (SANTOS; NUNES, [200-?]).

Hoje, não mais deve entender-se que existem hierarquias de culturas nem imposições de modelos comportamentais. Assim,

com base nesse entendimento é que foram aprovadas, nas 31^a e 33^a sessões gerais da UNESCO em 2002 e 2005, respectivamente, a “Declaração Universal sobre Diversidade Cultural” e a “Convenção sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais” estabelecendo, esta última, entre seus princípios:

“Art. 2^o Princípios orientadores
(...)

3. Princípio da igual dignidade e do respeito de todas as culturas

A protecção e a promoção da diversidade das expressões culturais implicam o reconhecimento da igual dignidade e do respeito de todas as culturas, incluindo as das pessoas pertencentes a minorias e as dos povos autóctones.” (UNESCO, 2006)

Toda cultura, enquanto não afronte a dignidade humana, é válida e valiosa e, como tal, deve ser respeitada e protegida.³

Desse modo, os direitos fundamentais culturais que, na sua origem, referiam-se apenas ao direito à educação, mudaram hoje de conteúdo. Assim, enquanto o direito à educação passou hoje a ser identificado como instrução e compreendido como um direito social, conforme o previsto no art. 6^o⁴ da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais culturais passaram a se referir a todas as manifestações materiais e imateriais dos diversos grupos humanos. Foi dessa forma como o constituinte brasileiro concebeu esses direitos, prevendo-os nos artigos 215 e 216.

Com efeito, no art. 215, estabelece-se a obrigação do Estado de proteger todas

³ No entanto, o reconhecimento da diversidade cultural dos seres humanos não deve ser usado como pretexto nem muito menos para justificar atos transgressores à dignidade humana ou dos outros direitos fundamentais, conforme o disposto no art. 4^o da Declaração Universal sobre a diversidade cultural.

⁴ Art. 6^o - “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a protecção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (BRASIL, 1988)

as manifestações populares, indígenas, afro-brasileiras e de todos os outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, enquanto que, no art. 216, define-se o patrimônio cultural brasileiro como o conjunto de bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, que sejam portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Portanto, os direitos fundamentais culturais não podem mais ser entendidos como sinônimos de instrução ou educação, sem que isso implique qualquer intenção de diminuir-lhes sua importância ou transcendência para o desenvolvimento da personalidade humana. A presente proposta, diferentemente, dirige-se a contribuir para a valorização da diversidade cultural de todos os povos⁵, por meio do cumprimento e aperfeiçoamento das normas nacionais e internacionais vigentes.

6. *Proteção constitucional da diversidade cultural humana*

Não existe nada mais rico do que a diversidade humana. Impor padronizações ou modelos culturais é ir de encontro à própria natureza do ser humano e, conseqüentemente, ir contra sua dignidade, princípio fundamental do Estado brasileiro (art. 1º, III).

A norma prevista no *caput* do art. 5º, “todos são iguais”, deve ser interpretada no âmbito jurídico da sua aplicação. Todos, perante o Direito, são iguais, e assim devem ser tratados pelo Direito⁶. Não obstante, inexistem dois seres humanos biológica-

⁵ O termo *povo* é utilizado neste texto no sentido amplo de nação ou comunidade cultural, e não no sentido político-jurídico.

⁶ Art. 5º - “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: (...)” (BRASIL, 1988).

mente iguais e, muito menos, culturalmente iguais. O Direito deve tratar as pessoas como iguais, mas não visar igualá-las.

Deve-se promover o reconhecimento e a valorização de todos os grupos culturais. Valorização esta que deve ser inculcada desde os primeiros anos de formação da pessoa, fixando-se, nos programas de ensino fundamental, o respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais, conforme dispõe a Constituição (art. 210). O ensino da história brasileira, por sua vez, deve levar em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro (art. 242, § 1º).

O resgate ao respeito da diversidade é um imperativo do Estado Democrático de Direito, no qual todas as culturas devem ter o direito de manifestar-se livremente, conforme o estabelecido no inciso IX, do art. 5º: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Portanto, é tarefa do Estado reconhecer, em primeiro lugar, essas diferenças para assim protegê-las, proibindo qualquer tipo de discriminação e promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (inc. IV do art. 3º).

Entretanto, não é suficiente apenas proclamar o reconhecimento da diversidade cultural (art. 215), ou da liberdade de manifestação de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX), ou a proibição de qualquer forma de discriminação (art. 3º, III), se não se estabelecem normas concretas de proteção e promoção desses direitos. Assim, é competência comum da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios:

“Art. 23. (...)

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

(...)”

Impende salientar que a referida obrigação não deve ficar reduzida à atuação do Poder Público, devendo existir a colaboração da sociedade (216, § 1^o). Com efeito, a sociedade não pode ficar à margem da efetivação dos direitos fundamentais. A Constituição Federal prevê diversos mecanismos de participação popular na defesa de seus direitos. Participação esta que pode ser de forma individual como, por exemplo, por meio do exercício do direito de petição para denunciar ou reclamar a violação de algum direito (conforme a alínea “a” do inciso XXXIV do art. 5^o) ou da ação popular para defender o patrimônio histórico e cultural (inciso LXXIII do 5^o), ou de forma coletiva, por meio da ação civil pública.

A responsabilidade da sociedade está também evidenciada na atividade econômica que, mesmo de natureza privada, deve viabilizar o desenvolvimento cultural e o bem-estar da população (art. 219). Assim, por exemplo, na produção e programação das emissoras de rádio e televisão devem ser atendidos os seguintes princípios:

“Art. 221. (...)”

I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

(...)”

Destarte, Estado e sociedade devem juntar esforços para a concretização dos direitos fundamentais culturais, porque, somente dessa forma, poder-se-á afirmar

que se vive em uma sociedade democrática, na qual todas as pessoas têm iguais direitos de desenvolver plenamente sua personalidade.

7. Conclusão

No atual mundo globalizado, a defesa da diversidade cultural torna-se um imperativo ético indissociável do respeito à dignidade humana, conforme o disposto na “Declaração Universal sobre a diversidade cultural” da UNESCO. Assim, não é mais possível aceitar que as manifestações culturais dos povos minoritários continuem não apenas sendo ignoradas, mas subjugadas, menosprezadas e até exterminadas. No século XXI, a humanidade ainda tem a chance de superar os erros do passado, porque o reconhecimento e o respeito do Outro constituem pressupostos para a construção e solidificação de uma sociedade pacífica.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionais, 1993.

BBC BRASIL. Nobel se desculpa por declarações sobre inteligência negra. *BBC Brasil*, [S. l.], 19 out. 2007. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2007/10/071019_geneticistadesculpa_fp.shtml>. Acesso em: 07 nov 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 nov. 2007.

ELBAZ, Mikhaël. El inestimable vínculo cívico en la sociedad-mundo. In: _____; HELLY, Denise. *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*. Granada: Maristán, 2002.

_____; HELLY, Denise. *Globalização, ciudadanía y multiculturalismo*. Granada: Maristán, 2002.

KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996.

LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Fabris, 2001.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto internacional sobre os direitos civis e políticos*. Natal: Dhnet, 1966. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm>. Acesso em: 27 nov. 2007.

REMILLARD, Gil. Les droits des minorités. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 2., 1986, Quebec. *Atas...* Quebec: [s. n.], 5-8 mar. 1986.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. *Introdução*: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, [200-?]. Disponível em: <<http://www.ces.fe.uc.pt/emancipa/research/pt/ft/intro-multi.html>>. Acesso em: 01 out 2004.

SEMPRINI, Andréa. *Multiculturalismo*. Bauru: EDUSC, 1999.

UNESCO. *Convenção sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais*. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001502/150224POR.pdf>>. Acesso em: 27 nov 2007.

_____. *Declaração universal sobre a diversidade cultural*. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 27 nov 2007

WUCHER, Gabi. *Minorias: proteção internacional em prol da democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

Execução administrativa do crédito da Fazenda Pública

Antônio Souza Prudente

Sumário

1. Introdução. 2. Constitucionalidade da execução administrativo-fiscal. 3. Perfil de uma nova execução fiscal. 4. O crédito da Fazenda Pública na execução administrativo-fiscal. 5. Legitimação passiva na execução administrativo-fiscal. 6. Competência administrativa para o processo de execução fiscal. 7. A defesa do executado na execução administrativo-fiscal. 8. Notificação, arresto e penhora na execução administrativo-fiscal. 9. Da alienação dos bens penhorados na execução administrativo-fiscal. 10. Da prescrição intercorrente na execução administrativo-fiscal. 11. Da permuta de informações do interesse do crédito fiscal e do sigilo legal do interesse do executado. 12. Das disposições finais ao processo de execução administrativo-fiscal. 13. Conclusão.

1. Introdução

Há mais de vinte anos vigora, no Brasil, a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, dispondo sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, com o propósito de acelerar essa cobrança, por meio das normas integrantes de seu procedimento especial.

Na Exposição de Motivos nº 223, que os Senhores Ministros da Justiça, da Fazenda e da Desburocratização enviaram ao Senhor Presidente da República, em 20 de junho de 1980, restou consignado que o anteprojeto da vaticinada lei, “a par de não revogar as linhas gerais e a filosofia do Código, disciplina a matéria no essencial, para assegurar

Antônio Souza Prudente é Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª região. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Decano do Curso de Direito da Universidade Católica de Brasília.

não só os privilégios e garantias da Fazenda Pública em Juízo, como também a agilização e racionalização da cobrança da Dívida Ativa”, concluindo que aquele

“anteprojeto, por outro lado, insere-se no Programa Nacional de Desburocratização, a que se refere o Decreto nº 83.740, de 18 de julho de 1979, uma vez que simplifica o processo da execução da Dívida Ativa, reduz, substancialmente, o número de despachos interlocutórios do Juiz, liberando-o de trabalhos meramente burocráticos em favor da atividade especificamente judicante, utiliza os modernos serviços dos Correios para a citação dos executados, cria condições para a melhor utilização do processamento de dados na execução fiscal, descongestiona as vias judiciais, nas duas instâncias, e adota outras medidas, tudo em consonância com os princípios constitucionais que regem os direitos e garantias individuais e as funções do Poder Judiciário”.

A experiência forense, contudo, ao longo da vigência e aplicação vintenária da referida Lei nº 6.830/80, não tem colhido os bons resultados apontados na profecia de sua exposição de motivos.

Na Justiça Federal, especificamente, a despeito da criação e ampliação de Varas especializadas, em execução fiscal, não se registrou o almejado descongestionamento das vias judiciais, nem tampouco a vaticinada agilização na cobrança do crédito fiscal, como, de resto, a mesma experiência fora vivenciada por toda Justiça brasileira.

Os dados estatísticos do Conselho da Justiça Federal revelam-nos que, até o dia 31 de março de 2007, dos 6.411.638 feitos judiciais em tramitação na Justiça Federal de primeiro grau no Brasil, 2.769.786 são de execuções fiscais, numa perspectiva de crescente acúmulo e emperramento dos feitos relativos a essa cobrança, que, de há muito, carece de mecanismos efetivamente agilizadores de sua realização.

Em busca de solucionar essa pendência histórica, o Professor Leon Fredja Szklarski, que integrou o Grupo de Trabalho instituído pela Portaria Interministerial nº 273, de 15 de julho de 1976, dos Senhores Ministros da Justiça e da Fazenda, na época, tem defendido a proposta pioneira de uma penhora administrativa por órgão jurídico da Fazenda Pública, no que resultou o Projeto de Lei do Senado nº 174, de 1996, re-apresentado sob o nº 608/99, por iniciativa do nobre Senador Lúcio Alcântara.

Não obstante elogiável se apresente a proposta de uma penhora administrativa, no processo de execução fiscal, o texto constante do Projeto de Lei em referência, de 1996, padece dos vícios da insuficiência de uma resposta cabal e satisfatória à questão da morosidade na realização do crédito fazendário e da desobstrução da atividade funcional da Justiça brasileira, posto não se revelar incorporado nas conquistas da processualística moderna e nos avanços da engenharia jurisprudencial, com rápida evolução, nos últimos tempos, atenta aos apelos de uma sociedade voltada para os desafios de um novo milênio, a reclamar por uma Justiça célere e eficaz.

Nesse contexto, sem prejuízo das garantias preconizadas nos institutos da medida cautelar fiscal, regida pelas disposições da Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992, e do arrolamento fiscal, previsto no art. 64 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, apresentamos agora uma proposta inovadora de uma nova Lei de Execução Fiscal, dispondo sobre a cobrança administrativa do crédito da Fazenda Pública e os embargos do executado, no sentido de agilizar e racionalizar a satisfação do crédito da Fazenda Pública, sem congestionar as vias judiciais.

2. Constitucionalidade da execução administrativo-fiscal

O texto proposto, agora, concilia-se com as garantias fundamentais da Constituição em vigor, com os princípios dirigentes do

projeto de “Código de Defesa do Contribuinte” (Projeto de Lei do Senado nº 646, de 1999 – Complementar) e com os princípios e normas genéricas do Código de Processo Civil, em grande parte já reformado, pronto a instrumentalizar, em sua dinâmica processual, a realização administrativa da receita pública e a defesa judicial de uma nova cidadania fiscal.

A execução administrativa do crédito da Fazenda Pública afigura-se juridicamente possível na força dos atributos dos atos administrativos, que se revestem da presunção de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade da Administração, da imperatividade impositiva de seu cumprimento coercitivo e da auto-executoriedade consistente na possibilidade de esses atos serem imediata e diretamente executados pela própria Administração, no uso de sua supremacia de Poder Público, independentemente de ordem judicial.

A competência da União para legislar, por meio do Congresso Nacional, privativamente sobre direito processual e concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual, com supremacia da lei federal sobre normas gerais, na espécie, resulta das disposições dos artigos 22, I, e 24, XI e respectivo parágrafo 4º, da Constituição Federal, em que se ampara a validade formal do projeto ora proposto.

A figura do Juiz natural e o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, inciso XXXV) restam plenamente garantidos aos jurisdicionados nas linhas do novo projeto, que haverá de substituir o da penhora administrativa, dispondo, também, integralmente, sobre a ampla defesa do executado, em juízo.

3. Perfil de uma nova execução fiscal

Partindo-se da garantia fundamental de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5º, XXXV), afigura-se inafastável a convicção de que a atividade de resolver

conflitos e decidir controvérsias é um dos fins primários do Estado moderno, pois os indivíduos, aos quais já não se permite fazer justiça pelas próprias mãos, investiram-se, na ordem jurídica, do direito de ação e de exigir do Estado o dever correlato da Jurisdição.

A tutela jurisdicional do Estado, contudo, na dimensão de uma nova era de proteção dos direitos da cidadania, dispensa o Juiz da tarefa estressante de mero “Cobrador do Fisco”, ante o reclamo popular de tê-lo por inteiro como um hábil solucionador de lides.

Com esse enfoque constitucional, a cobrança administrativa do crédito da Fazenda Pública não afasta a possibilidade dos embargos do executado em juízo, onde poderá ser exercitada sua ampla defesa (CF, art. 5º, LV), sem o sacrifício prévio de seus bens para a instrumentalidade do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), salvo quando se revelem os atentados da litigância de má-fé, autorizativos do arresto imediato.

Na minuta do anteprojeto em comento, contempla-se, no art. 1º, a norma abrangente da execução administrativa do crédito da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de suas respectivas autarquias e fundações públicas, aplicando-se, subsidiariamente, as normas e princípios consagrados no Código de Processo Civil, em ritmo de atualização.

Ainda que se realize na esfera administrativa, a execução do crédito da Fazenda Pública não prescinde da aplicação dos princípios informativos do Direito público e especialmente do direito processual civil, tais como os da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, *caput*) dos atos administrativos em conexão com os princípios da boa-fé e da lealdade processual, do interesse dominante do credor, da economia processual, da responsabilidade patrimonial do devedor, da menor onerosidade da execução, do amplo contraditório e da preclusão, entre outros, garantidos constitucionalmente pelo devido processo legal.

No dispositivo em foco, incluem-se as fundações públicas, como espécies do gênero autarquia, com personalidade jurídica própria e competência para criar e executar o seu título de crédito fiscal, a exemplo das demais entidades contempladas no artigo 1º do aludido anteprojeto, integrando o conceito de Fazenda Pública.

Aboliu-se do texto da proposta em referência a expressão hermafrodita “Dívida Ativa” da Fazenda Pública, por considerarmos que toda dívida há de ser contabilizada na coluna do “passivo” e nunca na do “ativo”, como assim dispôs a megalomania autoritária dos textos legais em vigor (Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, art. 39, § 2º; Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 201, *caput*, e Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, art. 2º, *caput*).

Nos termos da equivocada Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que, originariamente, criou a dubiedade do hermafroditismo conceitual da expressão “Dívida Ativa”, os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não-tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias, e serão exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento, bem como serão inscritos, na forma da legislação própria, como Dívida Ativa, em registro próprio, após ser apurada a sua liquidez e certeza e a respectiva receita será escriturada a esse título (art. 39 e respectivo parágrafo 1º).

Na definição mal inventada da referida Lei,

“Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa Não-Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multas de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas

processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de sub-rogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais” (art. 39, § 2º).

O texto legal em referência já está ultrapassado ao considerar, na época de sua edição, os empréstimos compulsórios e as contribuições estabelecidas em lei como sendo créditos da Fazenda Pública de natureza não tributária, no que já contraria a sua definição de natureza tributária, conforme disposições do Sistema Tributário Nacional, nos termos da Constituição em vigor (CF, arts. 148, 149 e 195, §§ 4º e 6º).

De resto, se na fala equivocada da malsinada Lei nº 4.320/64, Dívida Ativa Tributária ou não tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, a minuta do anteprojeto em comento optou pela expressão inteligível do Crédito Fiscal ou Crédito da Fazenda Pública, na dimensão legal antevista, para cuidar da execução administrativa desse crédito legalmente privilegiado, no perfil moderno de uma nova execução fiscal, abolindo-se o hermafroditismo conceitual da Dívida Ativa.

4. O crédito da Fazenda Pública na execução administrativo-fiscal

Partindo da abrangência da expressão “Fazenda Pública”, como está contida nas letras do artigo 209 do Código Tributário Nacional, a minuta de anteprojeto da nova lei de execução fiscal, que propomos e defendemos, atualiza o conteúdo material daquela expressão, para, assim, considerá-la “Fazenda Pública” da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas Autarquias e Fundações Públicas.

A minuta do texto vocacionado à aprovação congressual da lei, que regule a

execução administrativa do crédito da Fazenda Pública, não se desgarra do princípio constitucional da reserva absoluta de Lei Complementar para cuidar de obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários (CF, art. 146, III, b).

Se o nosso Código Tributário Nacional, ainda que formalmente seja regulado por lei ordinária (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), possui inegável conteúdo material de Lei Complementar, para as finalidades previstas no aludido artigo 146 da Constituição Federal, a matéria relativa ao crédito tributário, de que trata a lei de execução fiscal em vigor (Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980), ou qualquer outra lei ordinária que venha a cuidar dessa matéria, haverá de atrelar-se às disposições vinculantes do referido CTN, respeitando-se a competência da União para estabelecer normas gerais sobre o crédito tributário da Fazenda Pública.

Nesse contexto, o esboço do anteprojeto de uma nova lei de execução fiscal, expurgado o formalismo hermafrodita da expressão “Dívida Ativa”, mantém-se fiel ao texto do Código Tributário Nacional, no que tange à disciplina material do crédito tributário, copiada, a rigor, no particular, pelo tecido da Lei nº 6.830/80, inclusive na dimensão normativa das garantias e privilégios do mencionado crédito.

De outra banda, os aspectos formais, que extrapolam os limites materiais desse crédito, a viabilizar a defesa do contribuinte, na instrumentalidade plena do devido processo legal (CF, art. 5º, incisos LIV e LV), não se adstringem às comportas da Lei Complementar em referência, mas se incorporam à admissibilidade de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela jurisdicional do executado e da própria Fazenda Pública, com observância das normas do Código de Processo Civil e da legislação processual em vigor.

Com essa baliza exegética, o texto minutado dispõe, sem novidades, que qualquer

valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado crédito da Fazenda Pública e que esse crédito, compreendendo o tributário e o não tributário, abrange atualização monetária, juros, multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato (art. 2º, § 1º).

Nas letras do mesmo texto, a inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelas Procuradorias Fiscais, após a apuração da liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição para todos os efeitos de direito, por 180 dias ou até a instauração da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo (art. 2º, § 2º).

Destaca-se que o crédito da União será inscrito e executado na Procuradoria da Fazenda Nacional (art. 2º, § 3º), estabelecendo-se que o Termo da Inscrição do Crédito Fiscal deverá conter: I – o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros; II – o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato; III – a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida; IV – a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita a atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo; V – a data e o número de inscrição da dívida; e VI – o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida (art. 2º, § 4º).

A Certidão de Crédito Fiscal conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente (art. 2º, § 5º). O Termo de Inscrição e a Certidão de Crédito Fiscal poderão ser preparados e numerados por processo manual, mecânico ou eletrônico (art. 2º, § 6º).

Afinando-se à redação do parágrafo único do artigo 569 do CPC, acrescentado ao texto do Código pela Lei nº 8.953, de 13 de dezembro de 1994, dispõe o esboço da nova

lei de execução fiscal em comento que, após a notificação do devedor, a Certidão de Crédito Fiscal não poderá ser emendada ou substituída, nem se admitirá a desistência da execução se já houver embargos, salvo se estes cuidarem de questões meramente processuais, arcando a entidade exeqüente, nesse caso, com as despesas do processo (art. 2º, §7º). Quando os embargos versarem sobre questões de mérito, a emenda ou substituição da Certidão de Crédito Fiscal e a desistência total ou parcial da execução somente serão possíveis com a concordância expressa do executado, devendo a Fazenda Pública arcar com as despesas processuais (art. 2º, § 8º).

Na hipótese de emenda ou substituição da Certidão do Crédito Fiscal, será assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos (art. 2º, § 9º).

O Crédito Fiscal, regularmente inscrito, goza da presunção de certeza e liquidez, sendo relativa essa presunção e por isso passível de ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite (art. 3º e respectivo parágrafo único).

No que tange às garantias e privilégios do crédito fiscal, dispõe a minuta do novo texto, repetindo o CTN e a lei de execução fiscal em vigor, no ponto, que a cobrança administrativa do crédito da Fazenda Pública não está sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento, sendo que o concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público na seguinte ordem: I - União, suas autarquias e fundações públicas; II - Estados, Distrito Federal, suas autarquias e fundações públicas, conjuntamente e *pro rata*; III - Municípios, suas autarquias e fundações públicas, conjuntamente e *pro rata* (art. 4º e respectivo parágrafo único).

Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pela satisfação do Crédito da Fazenda Pública a totalidade

dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis (art. 5º).

Por último, determina-se, na linha dos privilégios consagrados no CTN, que, nos processos de falência, concordata, liquidação, inventário, arrolamento ou concurso de credores, nenhuma alienação será judicialmente autorizada sem a prova de solução do Crédito Fiscal ou de concordância da Fazenda Pública.

As Procuradorias Fiscais, na execução administrativa do crédito privilegiado da Fazenda Pública, poderão dispor de todos os meios legalmente lícitos, nas vertentes do novo texto, que se anuncia, para agilizar a cobrança do referido crédito, observando, sempre, a defesa do contribuinte no devido processo legal.

5. Legitimação passiva na execução administrativo-fiscal

O artigo 7º da minuta do anteprojeto da nova lei de execução fiscal cuida da legitimação passiva para esse tipo de execução, com ligeira alteração do texto da Lei nº 6.830/80, em vigor.

Dispõe o texto do anteprojeto em referência que a execução fiscal poderá ser promovida contra o devedor, reconhecida como tal no título executivo, o fiador, o espólio, a massa, o responsável, nos termos da lei, por dívidas tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado, e os sucessores a qualquer título.

Determina ainda o referido dispositivo que a execução fiscal contra pessoa jurídica de direito público observará o disposto nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil (art. 7º, § 1º). Nesse caso, quando a

Fazenda pública credora executar administrativamente a Fazenda pública devedora, esta deverá ser citada para embargar a execução, no prazo de dez dias (CPC, art. 730, *caput*), perante o Juízo competente, onde funciona a Procuradoria processante (art. 18 do anteprojeto). Se não houver embargos ou se estes forem rejeitados, o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente, observando-se a ordem de apresentação do precatório e a conta do respectivo crédito (CPC, art. 730, I e II).

Se a entidade credora for preterida no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito (CPC, art. 731).

O síndico, o comissário, o liquidante, o inventariante e o administrador, nos casos de falência, concordata, liquidação, inventário, insolvência ou concurso de credores, se, antes de garantidos os créditos da Fazenda Pública, alienarem ou derem em garantia quaisquer dos bens administrados, respondem solidariamente pelo valor desses bens (art. 7º, § 2º do anteprojeto).

O Código Tributário Nacional cuida apenas da solidariedade passiva, estabelecendo que são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e as pessoas expressamente designadas por lei (CTN, art. 124, I e II), como no caso em foco.

A solidariedade prevista no CTN não comporta benefício de ordem (art. 124, parágrafo único) e seus efeitos são os seguintes: o pagamento efetuado por um dos obrigados aproveita aos demais; a isenção ou remissão de crédito exonera todos os obrigados, salvo se outorgada pessoalmente a um deles, subsistindo, nesse caso, a solidariedade quanto aos demais pelo saldo; e a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica aos demais (art. 125, I, II e III).

A minuta do anteprojeto dispõe, ainda, que ao crédito da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial (art. 7º, § 3º).

O Código Tributário Nacional, por sua vez, determina que, nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este, nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis, os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores; os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados; os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes; o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio; o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário; os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício; e os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas (art. 134, I a VII).

O benefício de ordem, contudo, foi restaurado pela norma do parágrafo 4º do artigo 7º do anteprojeto em referência ao dispor que os responsáveis, inclusive as pessoas indicadas no parágrafo 2º do mencionado artigo, poderão nomear bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida.

Afirmando o princípio da responsabilidade patrimonial do devedor, na determinação de que o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, respeitando-se as restrições estabelecidas em lei (art. 591), o nosso Código de Processo Civil cuida do benefício de ordem dos sócios e fiadores. Estabelece, assim, que o fiador, quando executado, poderá nomear

à penhora bens livres e desembargados do devedor. Os bens do fiador ficarão, porém, sujeitos à execução se os do devedor forem insuficientes à satisfação do direito do credor (art. 595, *caput*). E determina, também, que os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade. Cumpre ao sócio que alegar o benefício deste artigo nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito (art. 596, § 1º). O fiador ou o sócio que pagar a dívida poderá executar o afiançado ou a sociedade nos autos do mesmo processo (arts. 595, parágrafo único e 596, § 2º).

Registre-se, por outro lado, que o espólio responde pelas dívidas do falecido; mas, feita a partilha, cada herdeiro responde por elas na proporção da parte que na herança lhe coube (CPC, art. 597).

O CTN, a seu turno, ao cuidar da responsabilidade de terceiros, diz que são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infrações de lei, contrato social ou estatutos as pessoas sujeitas à solidariedade passiva do art. 134, os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado (art. 135, I, II e III).

As preferências do crédito tributário que resultam das letras dos artigos 186 a 192 do CTN aplicam-se ao crédito da Fazenda Pública de natureza não tributária (art. 7º, § 5º, do anteprojeto em comento).

Por último, presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário ou não tributário regularmente inscrito, em fase de execução, não se aplicando tal norma na hipótese de terem sido

reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em execução (art. 7º, §§ 6º e 7º do anteprojeto em referência).

A legitimação passiva na execução administrativo-fiscal que ora se propõe dimensiona-se, assim, nos parâmetros sistêmico-normativos do Código de Processo Civil e do Código Tributário Nacional em vigor para a rápida solução do crédito da Fazenda Pública sem sobrecarregar o Poder Judiciário.

6. Competência administrativa para o processo de execução fiscal

Visando realizar com celeridade o crédito da Fazenda Pública, enquanto se busca uma solução razoável para obter-se a adequada tutela jurisdicional do Estado, perante os órgãos do Poder Judiciário, com a rápida resolução dos litígios e a efetiva proteção dos direitos da cidadania, a minuta do anteprojeto de uma nova lei de execução fiscal de minha autoria cria o foro administrativo e exclusivo do crédito fiscal na própria base territorial da Administração fazendária, estabelecendo que “a competência para processar a execução do crédito da Fazenda Pública é das Procuradorias Fiscais da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas Autarquias e Fundações Públicas, nos próprios autos de Inscrição do Crédito Fiscal” (art. 8º).

Em sendo assim, ordena o texto em referência que “as Procuradorias determinarão os atos executivos e os Agentes Fiscais, com habilitação para o exercício de cargo privativo de bacharel em Direito, realizarão os atos de execução, observando o devido processo legal” (art. 9º). E “o mandado executivo, a ser expedido pela Procuradoria Fiscal, será instruído com a Certidão do Crédito da Fazenda Pública, que dele fará parte integrante, como se transcrito fosse” (art. 9º, § 1º). Esse “mandado executivo e a Certidão do Crédito, devidamente atuali-

zado, poderão constituir um único documento, preparado, inclusive, por processo eletrônico ou virtual” (art. 9º, § 2º).

Se no processo de execução comum, nas vias judiciais, determina o Código de Processo Civil que, “não dispondo a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos e os oficiais de justiça os cumprirão” (art. 577), na execução administrativa, o Procurador Fiscal assumirá a posição do juiz, no sentido de ordenar e presidir a execução, resolvendo as questões incidentes, enquanto os agentes fiscais, com formação em Direito, assumirão o papel dos oficiais de justiça, realizando, materialmente, a execução, no exercício pleno de seu poder de polícia e com a celeridade que o interesse do credor público reclama, observando-se os prazos legais.

Nesta proposta inovadora, o despacho do procurador fiscal que ordenar a expedição do mandado executivo importa em ordem para I – a notificação do executado, a fim de pagar a dívida ou apresentar embargos, com efeito suspensivo da execução, perante o juízo competente, no prazo legal; II – o arresto de bens garantidores, se o executado não tiver domicílio certo ou dele se ocultar, não for encontrado, apresentar embargos manifestamente protelatórios ou agir de má-fé, nos termos dos artigos 17, incisos I a VII e 600, incisos I a IV, do Código de Processo Civil; III – a penhora de bens suficientes, se não for paga a dívida, nem ajuizados os embargos ou se forem eles rejeitados; IV – o registro do arresto ou da penhora, independentemente do pagamento de custas ou de outras despesas cartorárias; e, ainda, V – a avaliação dos bens arrestados ou penhorados (art. 10, incisos I a V).

Como se vê, o texto proposto observa os princípios da concentração dos atos processuais e da economia processual, não tolerando os embargos manifestamente protelatórios e a litigância de má-fé, que autorizam por si só o arresto de bens do executado, para garantia da execução, mas,

a todo modo, prestigia os princípios da boa-fé, da ampla defesa do executado e do pleno acesso à justiça, sem o condicionamento da penhora prévia (CF, art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV), com a melhor garantia do devido processo legal.

Observou-se, também, o prazo razoável e uniforme de dez dias, a partir da data da notificação do executado (e não da juntada do mandado cumprido, como determina, com espaço protelatório, a lei codificada), para o pagamento da dívida com os acréscimos legais, indicados na Certidão de Crédito Fiscal (CCF) ou para a apresentação de embargos à execução, perante o juízo competente, onde funcionar a procuradoria processante (art. 11).

A penhora de bens suficientes à garantia da execução far-se-á, na esfera administrativa, somente, no momento processual oportuno, se não for paga a dívida, nem ajuizados os embargos ou se forem eles rejeitados, judicialmente.

O arresto e a penhora considerar-se-ão feitos validamente, mediante a apreensão e o depósito dos bens, observando-se, na lavratura do auto, os requisitos do art. 665 do Código de Processo Civil. Efetuado o registro do arresto ou da penhora no órgão competente, independentemente do pagamento de custas, constará do respectivo auto, por economia processual, a avaliação dos bens arrestados ou penhorados, passível de impugnação das partes, nos autos da execução administrativo-fiscal, sem prejuízo da ampla defesa do executado, por meio da tutela jurisdicional do Estado.

Somente nesse contexto a dinâmica da execução fiscal tornar-se-á uma realidade, no âmbito da tutela administrativa, sem prejuízo da garantia fundamental do pleno acesso à justiça, com a tutela jurisdicional do Estado (CF, art. 5º, inciso XXXV), onde o juiz deve assumir, em plenitude, a sua função relevante de solucionador de lides, deixando para o agente fiscal a importante missão de cobrador do Fisco, nos lindes de sua competência administrativa.

7. A defesa do executado na execução administrativo-fiscal

O processo de execução por quantia certa, com base em título extrajudicial (como no caso da execução fiscal), caracteriza-se pela realização de atos expropriatórios de bens do possível devedor (executado) visando satisfazer o direito do suposto credor (exequente), na esfera de determinação dos artigos 591 e 646 do Código de Processo Civil, em vigor.

Ainda que a execução para cobrança de créditos esteja legalmente protegida pela presunção relativa de certeza, liquidez e exigibilidade (CPC, art 586), não se deve afastar, mesmo no espaço estreito do processo de execução, a garantia fundamental do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos que lhe são inerentes (CF, art. 5º, inciso LV), admitindo-se, nessa linha de desdobramento, os embargos do executado, a ação anulatória do título exequendo e a exceção de pré-executividade, entre outras medidas capazes de garantir a adequada e efetiva tutela jurisdicional dos direitos do executado, com observância do devido processo legal (CF, art. 5º, incisos XXXV e LIV).

No raio de eficácia dos comandos constitucionais em referência, a minuta do anteprojeto de uma execução administrativo-fiscal de minha autoria estabelece que “a exceção de pré-executividade, envolvendo questão de ordem pública, declarável de ofício, poderá ser argüida, por simples petição, nos autos da execução, que ficará suspensa, até ser resolvida a exceção pela Procuradoria Fiscal, sem prejuízo de sua apreciação nos embargos do executado, se houver e for o caso” (art. 10, § 1º).

A exceção de pré-executividade, doutrinariamente imaginada pelo gênio de Pontes de Miranda e processualmente já instrumentalizada por todos os juízes e Tribunais do país, pode ser apresentada, em qualquer tempo, e subscrita pelo próprio executado ou por seu representante legal, com efeito suspensivo da execução. Contraria, sem

dúvida, a lógica do razoável e o princípio da economia processual admitir-se prosseguir com uma execução excepcionada ou embargada, como na espécie ventilada.

Visando desconstituir o título exequendo, que não oferece as condições essenciais para sua validade e realização, o executado dispõe da exceção de pré-executividade como forma de defesa incidental ao processo executivo, podendo argüir questões que não exijam dilação probatória, tais como decadência, prescrição, inexistência dos pressupostos processuais ou das condições objetivas da ação executiva, inexigibilidade, iliquidez ou incerteza do título.

Na execução administrativo-fiscal, a defesa do executado também se realiza mediante ação incidental de embargos perante o juízo competente, onde funciona a Procuradoria processante.

Os embargos do executado, com efeito suspensivo da execução, serão ajuizados no prazo de dez dias (art. 10, I, e 11) a contar da data da notificação para essa finalidade (art. 11, § 3º) e não da juntada do mandado citatório cumprido, evitando-se, assim, qualquer margem para chicanas e protelações.

Os embargos serão apresentados, independentemente de garantia prévia do juízo, por força do pleno e irrestrito acesso à Justiça (CF, art. 5º, incisos XXXIV, a, e XXXV) e, quando se manifestem claramente protelatórios, autorizam de logo a realização do arresto de bens garantidores da execução (art. 10, II).

No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite (art. 16, *caput*).

Não será admitida, porém, reconvenção e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimento, serão argüidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos (art. 16, § 1º).

Recebidos os embargos, o Juiz mandará citar a Fazenda exequente, por intermédio de sua Procuradoria Fiscal, para impugná-los, no prazo de dez dias designando em seguida audiência de instrução e julgamento, se for o caso (art. 17, *caput*). Contudo, não se realizará audiência se os embargos versarem sobre matéria de direito ou, sendo de direito e de fato, a prova for exclusivamente documental, caso em que o Juiz proferirá a sentença no prazo de dez dias (art. 10, § 1º).

Observe-se, nesse contexto, que a minuta do anteprotejo em referência cuidou de uniformizar os prazos processuais no decêndio legal (dez dias), prestigiando o princípio da isonomia de tratamento dos sujeitos do processo (CPC, art. 125, I).

De ver-se, ainda, que não haverá remessa oficial da sentença que julgar procedentes os embargos à execução fiscal (art. 10, § 2º) e das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor não excedentes a sessenta salários mínimos; admitir-se-ão somente embargos infringentes e embargos de declaração (art. 18, *caput*). Para os efeitos deste artigo, considerar-se-á o valor da dívida monetariamente atualizado e acrescido de multa e juros de mora e demais encargos legais na data da distribuição (art. 18, § 1º).

Os embargos infringentes, instruídos ou não com documentos novos, serão deduzidos, no prazo de dez dias, perante o mesmo juízo, em petição fundamentada, e terão efeitos devolutivo e suspensivo da execução (art. 18, § 2º). Ouvida a Fazenda Pública, no prazo de dez dias, serão os autos conclusos ao juiz, que, dentro de dez dias, os rejeitará ou reformará a sentença recorrida (art. 18, § 3º).

Nos processos de execução fiscal e nos embargos incidentes, será dispensada a audiência de revisor, no julgamento das apelações (art. 19), e na execução por carta, os embargos do executado serão oferecidos e julgados no Juízo perante o qual funciona a Procuradoria processante (art. 20).

Registre-se, por oportuno, que, nos embargos à execução fiscal, qualquer intimação ao representante da Fazenda Pública será feita pessoalmente (art. 21, *caput*) e que essa intimação poderá ser feita mediante vista dos autos, com imediata remessa ao representante judicial da Fazenda Pública pelo cartório ou secretaria (art. 21, parágrafo único).

Observe-se, finalmente, que, se houver embargos, o mandado executivo será devolvido aos autos da execução. Após o julgamento definitivo dos embargos, novo mandado será expedido, com o valor do crédito atualizado, para realização da penhora e avaliação dos bens garantidores da execução (art. 10, § 2º).

É lícito, também, ao executado, no raio de sua ampla defesa constitucionalmente garantida, apresentar embargos à arrematação ou à adjudicação, perante o juízo competente, fundados em excesso ou vícios da penhora ou de seu reforço, bem como da avaliação ou em nulidade da execução, pagamento, novação, transação, compensação ou prescrição, desde que supervenientes à penhora (art. 26).

Como se vê, no processo de execução administrativo-fiscal aqui minutado, será assegurado aos litigantes (exequente e executado) o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LV), com a garantia maior do pleno e irrestrito acesso à Justiça, na instrumentalidade de uma oportuna e adequada tutela jurisdicional do Estado (CF, art. 5º, XXXV).

8. Notificação, arresto e penhora na execução administrativo-fiscal

A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (CPC, arts. 591 e 646), caracterizando-se essa expropriação pela alienação de bens do devedor, pela adjudicação em favor do credor e pelo usufruto de imóvel ou de empresa (CPC, art. 647, incisos I a III), desde que o executado

não pague o débito no prazo legal estabelecido no mandado executivo.

Na execução administrativo-fiscal ora proposta, o executado será notificado para, no prazo de dez dias, pagar a dívida com juros, multa de mora e encargos indicados na Certidão de Crédito Fiscal ou apresentar embargos à execução (art. 11, *caput*).

Registre-se, de logo, que não haverá notificação pelo correio ou com hora certa no processo de execução fiscal (art. 11 da minuta do anteprojeto, I c/c o art. 222, d, do CPC).

A notificação efetuar-se-á em qualquer lugar em que se encontre o executado (CPC, art. 216). Em se tratando de militar, em serviço ativo, a notificação far-se-á na unidade em que estiver servindo, se não for conhecida a sua residência ou nela não for encontrado (CPC, art. 216, parágrafo único).

Não se fará a notificação, salvo para evitar o perecimento do direito, a quem estiver assistindo a qualquer ato de culto religioso; ao cônjuge ou a qualquer parente do morto, consanguíneo ou afim, em linha reta ou na linha colateral em segundo grau, no dia do falecimento e nos sete dias seguintes; aos noivos e aos recém-casados, nos três primeiros dias de bodas; aos doentes, enquanto for grave o seu estado, e aos dementes, impossibilitados de recebê-la, devendo ser notificados na pessoa de seu representante legal ou de seu curador designado (CPC, arts. 217, I a IV, e 218).

A notificação válida interrompe a prescrição, constitui em mora o devedor e torna litigioso o seu patrimônio (CPC, art. 219, *caput*), como garantia da execução.

Se o devedor não for encontrado, será notificado por edital, podendo realizar-se, de logo, o arresto de seus bens (art. 11, II). O edital de notificação será afixado na sede da Procuradoria processante, publicado uma só vez no órgão oficial, gratuitamente, com prazo de trinta dias, e conterá a indicação da Fazenda credora, o nome do devedor e dos co-responsáveis, o montante da dívida

atualizado e sua natureza, a data e o número da inscrição no Registro do Crédito Fiscal, o prazo para pagamento e o endereço da entidade exequente (art. 11, III).

Se o executado estiver ausente do País, será notificado por edital com prazo de sessenta dias (art. 11, § 1º), evitando-se, assim, as intermináveis protelações das cartas rogatórias.

Observe-se, ainda, que o prazo para pagamento da dívida e para os embargos do executado ou de terceiro contar-se-á da notificação para essa finalidade (art. 11, § 3º) e a notificação do executado, pelo Agente Fiscal ou por edital, interrompe a prescrição, que recomeça a fluir pelo prazo previsto no art. 174 do Código Tributário Nacional (art. 11, § 4º). O executado, a todo modo, poderá pagar parcela da dívida, que julgar incontroversa, e embargar a execução do saldo devedor (art. 11, § 5º).

Não encontrando o executado, o agente fiscal arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução. Nos dez dias seguintes à efetivação do arresto, o agente fiscal procurará o executado por três vezes, em dias distintos, a fim de notificá-lo pessoalmente e, não o encontrando, certificará o ocorrido (CPC, art. 653, parágrafo único).

O arresto, como medida cautelar incidental, no processo de execução, visando garantir o credor quanto à cobrança de seu crédito, a fim de que não seja injustamente prejudicado pelo desvio dos bens do executado, conterá, além dos requisitos materiais e formais dos artigos 664 e 665 do CPC, também a avaliação dos bens arrestados pelo agente fiscal que o realizar (art. 14, *caput*).

Compete à Fazenda exequente, dentro de dez dias, contados da data em que foi realizado o arresto, promover a notificação por edital do executado. Findo o prazo do edital, terá o devedor o prazo legal de dez dias para o pagamento da dívida exequenda, convertendo-se o arresto em penhora em caso de não-pagamento (CPC,

art. 654 c/c o art. 11, § 2º, da minuta do anteprojeto).

No caso do arresto em dinheiro, o valor arrestado será convertido em depósito bancário, à ordem e disposição da entidade exeqüente, em estabelecimento oficial de crédito que assegure atualização monetária, de acordo com os índices oficiais, até o trânsito em julgado da sentença definitiva dos embargos (art. 13, § 3º). Se não houver embargos ou se estes forem rejeitados, o valor depositado converter-se-á em renda da Fazenda Pública. Em caso contrário, a quantia depositada será devolvida ao executado, por ordem judicial (art. 13, § 4º).

Na proposta de execução administrativo-fiscal, não ocorrendo o pagamento do débito nem ajuizados os embargos ou se estes forem rejeitados, a penhora poderá recair em qualquer bem do executado, exceto nos que a lei declare absolutamente impenhoráveis (art. 12 da minuta de anteprojeto c/c o art. 649, incisos I a X, do CPC).

A execução expropriatória, como no caso, inicia-se pelo arresto (medida cautelar) ou pela penhora, que é um procedimento coercitivo destinado à apreensão e depósito de tantos bens do executado quantos bastem para a satisfação da dívida exequenda e seus acréscimos legais (arts. 659 e 664 do CPC).

O devedor, aliás, responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei (CPC, art. 591).

Se não houver determinação contrária da entidade credora, o arresto ou a penhora de bens obedecerá a seguinte ordem: dinheiro, pedras e metais preciosos, imóveis, navios e aeronaves, veículos, móveis ou semoventes, direitos e ações, rendas e prestações periódicas, títulos de crédito ou títulos mobiliários, que tenham cotação em bolsa, bem como títulos da dívida pública (art. 13, I a VIII).

A penhora poderá recair, ainda, sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edi-

fícios em construção (art. 13, § 1º). Neste caso, o Procurador Fiscal nomeará um depositário, determinando-lhe que apresente, em dez dias, a forma de administração (CPC, art. 677).

Na execução administrativo-fiscal, a penhora de crédito e de outros direitos patrimoniais observará, no que couber, as regras dos artigos 671 a 676 do CPC.

Em qualquer caso, considerar-se-á feita a penhora mediante a apreensão e o depósito dos bens, lavrando-se um só auto, com observância dos requisitos do art. 665, incisos I a IV, do CPC.

Na penhora de bens imóveis, sem prejuízo da intimação do cônjuge do executado, a Fazenda exeqüente providenciará, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o respectivo registro no ofício imobiliário mediante apresentação do respectivo auto, independentemente do pagamento de custas.

Se a penhora efetuar-se em dinheiro, o valor penhorado converter-se-á, de logo, em renda da Fazenda Pública (art. 13, § 2º) e, a todo tempo, antes da arrematação ou da adjudicação, o executado ou seu responsável poderá requerer a substituição do bem penhorado por dinheiro, que também se converterá, de imediato, em renda da Fazenda exeqüente.

O auto de penhora conterá os requisitos materiais e formais dos artigos 664 e 665 do CPC, como também a avaliação dos bens penhorados pelo Agente Fiscal que o realize (art. 14, *caput*).

O Agente Fiscal, encarregado do cumprimento do mandado executivo, entregará cópia do auto de arresto ou de penhora, para fins de registro, no Ofício próprio se o bem for imóvel ou a ele equiparado; e na repartição competente para emissão do certificado de registro se for veículo; na Junta Comercial, na Bolsa de Valores e na sociedade comercial se forem ações, debêntures, parte beneficiária, cota ou qualquer outro título, crédito ou direito societário nominativo (art. 14, § 1º, incisos I a III).

O executado poderá indicar à penhora bens livres e desembaraçados, oferecidos por terceiro, com o consentimento expresso do respectivo cônjuge, se houver, havendo concordância da Fazenda Pública (art. 13, § 5º). Nesse caso, o terceiro será intimado para, no prazo de dez dias, sob pena de contra ele prosseguir a execução, nos próprios autos, remir o bem se a garantia for real ou remir a execução, pagando a dívida, com juros, multa de mora e demais encargos indicados na Certidão de Crédito Fiscal, pelos quais se obrigou, se a garantia for fidejussória (art. 13, § 6º, incisos I e II).

Na execução administrativo-fiscal, far-se-á a intimação da penhora ao executado pessoalmente ou por edital, se for o caso (art. 13, § 7º).

Não se levará a efeito o arresto ou a penhora quando o produto da execução dos bens encontrados for totalmente absorvido pelo pagamento das custas do processo (art. 31, § 3º). Nessa hipótese e bem quando não encontrar quaisquer bens penhoráveis, o Agente Fiscal descreverá na certidão os que guarnecem a residência ou o estabelecimento do executado (art. 31, § 4º).

Até a assinatura do auto de arrematação ou de adjudicação dos bens penhorados, será deferida, pela Procuradoria Fiscal, ao executado ou a terceiros a substituição da penhora por depósito em dinheiro, que se converterá em pagamento da dívida (art. 15, *caput*). A Procuradoria Fiscal poderá ordenar, contudo, a substituição dos bens arrestados ou penhorados por outros, independentemente da ordem legal, bem como determinar o reforço da penhora insuficiente, no interesse das partes, no processo de execução (art. 15, parágrafo único).

Poderá, ainda, a Procuradoria processante determinar a alienação antecipada dos bens penhorados quando estiverem sujeitos a deterioração ou depreciação ou houver manifesta vantagem para as partes interessadas (CPC, art. 670, I e II). Contudo, na hipótese de alienação antecipada dos bens penhorados, o produto da

alienação será destinado ao pagamento da dívida exequenda (art. 22 da minuta do anteprojeto).

Na execução patrimonial, como no caso, não se deve olvidar que a execução se realiza no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados (CPC, art. 612), mas a Procuradoria Fiscal mandará que a execução administrativo-fiscal se faça pelo modo menos gravoso para o devedor, observando-se as garantias do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana (CF, arts. 1º, III, e 3º, I e III, c/c o art. 620 do CPC).

9. Da alienação dos bens penhorados na execução administrativo-fiscal

A arrematação dos bens penhorados, na execução administrativo-fiscal, será precedida de edital, que conterá a descrição do bem com os seus característicos e, tratando-se de imóvel, a situação, as divisas e a transcrição aquisitiva ou a inscrição, o valor do bem, o lugar onde estiverem os móveis, veículos e semoventes; e, sendo direito e ação, os autos do processo em que foram penhorados; o dia, o lugar e a hora do leilão e a menção de existência de ônus, recurso ou causa pendente sobre os bens a serem arrematados e, ainda, a comunicação de que, se o bem não alcançar lance superior à importância da avaliação, seguir-se-á, em dia e hora que forem desde logo designados entre os dez e os vinte dias seguintes, a sua alienação pelo maior lance (CPC, art. 686, I e VI).

O edital de alienação será afixado no local de costume, na sede da Procuradoria Fiscal, e publicado em resumo uma só vez, gratuitamente, no órgão oficial. O prazo entre as datas de publicação do edital e do leilão não poderá ser superior a trinta nem inferior a dez dias (art. 23 e respectivo parágrafo único).

Na execução fiscal aqui proposta, a alienação de quaisquer bens penhorados será feita em leilão público no lugar designado

pela Procuradoria da entidade exequente. A Fazenda Pública, no entanto, poderá ordenar e o executado requerer que os bens sejam leiloados englobadamente ou em lotes individualizados. A todo modo, cabe ao arrematante o pagamento da comissão do leiloeiro e demais despesas indicadas no edital (art. 24, §§ 1º e 2º).

A Fazenda Pública poderá adjudicar os bens penhorados antes do leilão, pelo preço da avaliação, se a execução não for embargada ou se forem rejeitados os embargos e, findo o leilão, se não houver licitante, pelo prazo da avaliação ou, havendo licitantes, com preferência, em igualdade de condições com a melhor oferta, no prazo de dez dias (art. 25, incisos I e II, alíneas a e b).

10. Da prescrição intercorrente na execução administrativo-fiscal

Na proposta em exame, a Procuradoria Fiscal suspenderá o curso da execução enquanto não forem localizados bens sobre os quais possa recair a penhora. Decorrido o prazo máximo de um ano sem que sejam encontrados bens penhoráveis, a Procuradoria Fiscal ordenará o arquivamento dos autos da execução pelo prazo prescricional de cinco anos. Encontrados que sejam os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução no prazo retrocitado (art. 31 e respectivos parágrafos 1º e 2º da minuta do anteprojeto).

No entanto, não corre a prescrição em favor do executado que fraudava a execução, opõe-se maliciosamente aos atos executivos empregando ardis e meios artificiosos, resiste injustificadamente às ordens executivas e não indica ao Agente Fiscal onde se encontram os bens sujeitos à execução (art. 31, § 5º, incisos I a IV).

A prescrição intercorrente é de ordem pública e ocorre quando a Fazenda exequente deixa de providenciar o andamento do processo, na diligência que lhe couber, no prazo legalmente estabelecido e idêntico ao respectivo prazo de prescrição da ação.

Nesse contexto, a prescrição intercorrente poderá ser decretada, de ofício, pela Procuradoria Fiscal ou pelo Juízo competente para decidir os embargos do executado (art. 31, § 6º).

11. Da permuta de informações do interesse do crédito fiscal e do sigilo legal do interesse do executado

A Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de suas respectivas Autarquias e Fundações Públicas prestar-se-ão mutuamente assistência e permuta de informações sobre a situação patrimonial dos devedores para execução dos créditos respectivos, mantendo-se o sigilo previsto no art. 198 do Código Tributário Nacional, sem prejuízo do disposto no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea b, da Constituição Federal, utilizando-se, inclusive, do sistema virtual de informações (art. 31, § 7º).

Mediante a apresentação do mandado executivo, os Agentes Fiscais poderão exigir todas as informações de que disponham os tabeliães, escrivães, diretores de Secretarias de Vara e demais serventuários de ofício, entidades bancárias e demais instituições financeiras, empresas de administração de bens, corretores, leiloeiros e despachantes oficiais, inventariantes, síndicos, comissários e liquidatários e quaisquer outras entidades ou pessoas portadoras de informações necessárias à execução do crédito da Fazenda Pública com relação a bens, rendas, negócios ou atividades de terceiros, mantendo-se o sigilo legal, sem prejuízo do disposto no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea b, da Constituição Federal, podendo utilizar-se, para essa finalidade, do sistema virtual de informações (art. 31, § 8º).

O processo administrativo correspondente à inscrição do crédito fazendário, à execução fiscal ou à ação proposta contra a Fazenda Pública será mantido na repartição competente, dele se extraindo cópias autênticas ou certidões que forem requeridas

pelas partes ou requisitadas pelo Ministério Público, utilizando-se do sistema virtual, quando for necessário (art. 32).

Como se vê, a minuta do anteprojeto em referência prevê, no interesse do crédito fiscal, a permuta e requisição de informações sobre a situação patrimonial dos executados, com observância do sigilo legal, nos autos do processo executivo.

12. Das disposições finais ao processo de execução administrativo-fiscal

Na execução administrativo-fiscal, compete à Fazenda Pública baixar normas sobre o recolhimento do crédito respectivo perante a repartição competente e aprovar, inclusive, os modelos de documento de arrecadação (art. 28).

O Procurador ou o Agente Fiscal que, por ação ou omissão culposa ou dolosa, prejudicar a execução será responsabilizado civil, penal e administrativamente (art. 29).

O Agente Fiscal deverá efetuar, em trinta dias, as diligências que lhe forem ordenadas, salvo motivo de força maior devidamente justificado perante a Procuradoria da entidade exequente (art. 29, parágrafo único).

A Fazenda Pública, contudo, não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos. A prática de atos processuais de seu interesse dependerá, sempre, de preparo ou de prévio depósito quando forem indispensáveis para a realização do processo judicial. Se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas pela parte contrária (art. 30 e respectivo parágrafo único).

Registre-se, por último, que, para a defesa dos direitos e garantias do executado e

da Fazenda Pública, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela jurisdicional, observadas as normas do Código de Processo Civil e da legislação especial (art. 33).

13. Conclusão

A execução administrativa do crédito da Fazenda Pública afigura-se juridicamente possível na força dos atributos dos atos administrativos, que se revestem da presunção de legitimidade, decorrente dos princípios da legalidade da Administração, da imperatividade e da auto-executoriedade, na linha de possibilidade desses atos serem imediata e diretamente executados pela própria Administração, na supremacia do interesse público, independentemente de ordem judicial.

No entanto, a figura do juiz natural e a garantia da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) estão plenamente asseguradas, nas linhas deste novo projeto, que garante também, integralmente, a ampla defesa do executado, com pleno acesso à Justiça (CF, art. 5º, incisos XXXIV, a, e LV).

Somente nesse contexto, a dinâmica da execução fiscal tornar-se-á uma realidade agilizando a cobrança do crédito fiscal de natureza tributária ou não tributária, no âmbito da tutela administrativa, sem prejuízo da garantia fundamental da tutela jurisdicional do Estado, onde o juiz deve assumir, em plenitude, a função relevante de solucionador de lides e de tutor de direitos, deixando para o agente fiscal a importante missão de cobrador do Fisco, nos lindes de sua competência administrativa.

O regime constitucional do serviço postal e os “monopólios” da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

Vladimir da Rocha França

Sumário

1. Introdução. 2. Serviço postal na Constituição Federal. 3. Disciplina do serviço postal no plano infraconstitucional. 4. Os “monopólios” da Lei Federal nº 6.538/1978 e a Constituição Federal de 1988. 5. Sobre os direitos de exclusividade da ECT. 6. Terceirização do serviço postal pela ECT. 7. Considerações finais.

1. Introdução

Apesar do advento da *Internet*, ainda se recorre ao correio tradicional para utilidades como a correspondência ou o envio de bens quando julgamos conveniente não o fazer de forma presencial. Até mesmo os contratos celebrados por meio de sítios de bens e serviços demandam recursos existentes desde o início do século passado; especialmente em países subdesenvolvidos que padecem de baixa inclusão digital, em que o acesso aos meios de comunicação social eletrônica é um sonho distante para a maioria de sua população¹.

Em face da relevância dessa atividade para o bom desenrolar das relações sociais, é natural que o ordenamento jurídico pátrio dedique parcela de suas normas para garantir segurança e previsibilidade a essa comodidade material. E que o Estado seja obrigado a regular, fiscalizar e assegurar a sua realização. Para tanto, exige-se o

¹ Sobre a questão do subdesenvolvimento, Cf. RIVERO, 2002; SEM, 1999.

Vladimir da Rocha França é mestre em Direito Público pela UFPE. Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professor Adjunto do Departamento de Direito Público da UFRN. Coordenador e Docente Permanente do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN.

exercício da função administrativa² para concretizar essas metas.

No esforço de alinhar a administração pública brasileira com as premissas do modelo do Estado Regulador (ou “Neoliberal”, para os seus desafetos), não raras vezes o processo legislativo é empregado para permitir o maior acesso da iniciativa privada em campos historicamente explorados por empresas estatais. Todavia, nem sempre a ordem constitucional é observada na implementação dessas providências.

Não é diferente no correio, onde se depara com a tensão entre a estrutura jurídica herdada pela Constituição Federal de 1988 e as novas demandas mercantis e tecnológicas.

O objetivo do presente ensaio é examinar o regime constitucional do serviço postal e os limites da lei³ na disciplina dos direitos de exclusividade da empresa estatal que foi criada para atuar nesse setor.

2. Serviço postal na Constituição Federal

Uma distinção tormentosa para a doutrina do Direito Público reside na demarcação dos conceitos de serviço público e atividade econômica no sistema constitucional brasileiro (Cf. GRAU, 2001; GROTTI, 2003; MELLO, 1979; MELLO, 2001; NOVAIS, 1996). Nesse diapasão, qualquer proposta destinada a elucidá-la deve partir desse conjunto normativo⁴.

² Função administrativa é vista aqui como “a atividade de expedição, desempenhada pelas pessoas estatais (ou por quem esteja no exercício de prerrogativas estatais), de regras complementares à lei, sujeitas a controle jurisdicional, numa posição privilegiada e superior diante dos particulares, para viabilizar a concretização dos interesses públicos” (FRANÇA, 2005a, p. 13).

³ Por “lei” deve-se entender o produto do processo legislativo, nos termos do art. 59 da Constituição Federal.

⁴ Merece registro aqui a serena advertência de Eurico Marcos Diniz de Santi (1998, p. 300-301): “As definições do direito não pretendem alcançar o real; elas prescrevem o real. Por isso, a classe das coisas imóveis, no sentido jurídico, como referente real, não há de apresentar-se como móvel nem imóvel. Para o direito, pode ser imóvel uma casa, um terreno, um navio ou uma aeronave (para certos efeitos). O direito cria suas próprias

Entende-se aqui o serviço público como a prestação de utilidades (ou comodidades) materiais para os administrados que deve ser obrigatoriamente realizada pelo Estado sob os princípios do regime jurídico-administrativo (Cf. FRANÇA, 2005b)⁵.

Atividade econômica, por sua vez, envolve a produção, circulação e comercialização de bens e serviços regulada pelos princípios do direito privado e da ordem econômica. Como se adotou o modelo capitalista, ela constitui campo de atuação próprio da iniciativa privada (Cf. GRAU, 2001; MELLO, 2001)⁶.

Em se tratando de serviços públicos econômicos (destinados à satisfação de necessidades coletivas de ordem econômica), os particulares somente poderão explorá-los em regime de concessão ou permissão⁷, por força do art. 175 da Constituição Federal⁸.

realidades, constrói seus próprios conceitos e define-os para sobre eles poder falar com mais precisão. É como um tecido vivo e inteligente, capaz de prontamente absorver novas situações e transformá-las segundo suas categorias operacionais. O direito pretende regular condutas e seu instrumento é a linguagem; para isso, está atento ao teor de imprecisão e de ambigüidade de que a linguagem é portadora e corta a denotação das palavras mediante definições estipulativas, redefinindo a realidade e precisando, assim, os traços conceituais que conformam a urdidura normativa”.

⁵ O regime jurídico-administrativo destina-se à disciplina da atividade administrativa do Estado e encontra-se fundado nos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e da indisponibilidade do interesse público pela Administração, (Cf. FRANÇA, 2000; MELLO, 2001).

⁶ Vide art. 170, parágrafo único, e art. 173, todos da Constituição Federal.

⁷ Sobre as concessões e permissões de serviços públicos, Cf. DI PIETRO, 2002; MELLO, 2001.

⁸ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Os serviços públicos econômicos podem ser prestados em caráter competitivo, com a incidência parcial dos princípios constitucionais da ordem econômica. É o que acontece, por exemplo, na área da energia elétrica e comunicações. Tradicionalmente, muitos desses serviços são rotulados pela doutrina como “serviços públicos comerciais ou industriais” (Cf. DI PIETRO, 2007; MEIRELLES, 2001). Embora haja forte resistência à expressão empregada neste ensaio (Cf. MELLO, 2003), cremos que

Quando a lei, nos termos da Lei Maior, permitir a prestação de serviço materialmente similar sob regime de autorização, tratar-se-á de atividade econômica (Cf. FRANÇA, 2005b)⁹.

Quando o serviço público se destina à concretização dos direitos sociais¹⁰, cuida-se do serviço público social. Sem prejuízo do dever do Estado de prestá-los ou viabilizá-los, os particulares têm a faculdade de atuar nesse campo sob regime de fomento (Cf. FRANÇA, 2005b).

Em rigor, serviço público e atividade econômica são regimes jurídicos distintos. No primeiro, há todo um conjunto de princípios constituído a partir dos preceitos básicos do regime jurídico-administrativo¹¹. No segundo, atuam com todo vigor os princípios constitucionais da ordem econômica e do direito privado, regentes fundamentais da livre iniciativa¹².

Diante desses conceitos, como classificar o serviço postal?

Segundo a Constituição Federal, a União tem competência privativa para legislar sobre a matéria (art. 22, V), sendo ainda sua atribuição “manter o serviço postal e o correio aéreo nacional” (art. 21, X)¹³. Com apoio da doutrina constitu-

cionalista tradicional considerar que não existem termos inúteis nos enunciados do sistema do direito positivo, fica difícil atribuir-lhe alguma utilidade diante da forma como o serviço postal encontra-se regulado no plano infraconstitucional. Afinal, o que usualmente poderia ser qualificado como “correio aéreo nacional” foi inserido no conceito de serviço postal pela lei que disciplina esse setor. Ademais, esse ensinamento clássico merece ser profundamente revisto pela Ciência do Direito.

ela é adequada para extremá-los de serviços públicos com características constitucionais que lhes são bem peculiares.

⁹ Com a devida vênia, é equívoco o entendimento de que o regime jurídico deixou de ser fundamental para o conceito de serviço público, como defende Carlos Ari Sundfeld (2000). Na verdade, a Constituição Federal foi reformada para que prestações historicamente prestadas sob regime de serviço público por imposição técnico-jurídica pudessem ser prestadas sob regime de atividade econômica, conforme a política legislativa predominante.

¹⁰ Vide art. 6º da Constituição Federal.

¹¹ A saber: obrigatoriedade, continuidade, regularidade, igualdade, universalidade, mutabilidade, modicidade, eficiência e controle (Cf. FRANÇA, 2005; GROTTI, 2003).

¹² Autonomia da vontade, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, entre outros (Cf. BASTOS, 2000; GRAU, 2002). Vide o art. 170 da Constituição Federal.

¹³ A expressão “correio aéreo nacional” parece ociosa no texto constitucional. Malgrado a herme-

nalista, é mister asseverar que os demais entes federativos não têm legitimidade para intervir na matéria, salvo no que diz respeito à proteção dos interesses públicos que devem tutelar (Cf. HORTA, 2003; SILVA, 2002).

Assim, a Lei Maior designou à União a titularidade exclusiva do referido serviço, podendo inclusive fazê-lo por meio de entidade de sua administração indireta (Cf. MELLO, 2003)¹⁴. Observa-se ainda que o texto constitucional afastou do particular a possibilidade jurídica de prestá-lo sob regime de concessão, permissão ou autorização, ao contrário do que se vê em setores como as telecomunicações¹⁵. Ademais, não há no texto constitucional qualquer dispositivo que permita uma pessoa privada ter a liberdade de oferecer o serviço postal caso julgue conveniente ou oportuno.

A redação do art. 173, *caput*, da Constituição Federal¹⁶ poderia induzir o intérprete a classificar o serviço postal como atividade econômica sob monopólio da União. Entretanto, as atividades sujeitas a esse regime constitucional compõem o elenco do art. 177 da Carta Magna, em que não existe referência ao serviço postal¹⁷.

¹⁴ Vide art. 37, *caput*, e XIX, da Constituição Federal.

¹⁵ Vide art. 21, XI, da Constituição Federal.

¹⁶ “Art. 173. *Ressalvados os casos previstos nesta Constituição*, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo conforme estabelecido em lei” (grifos acrescidos).

¹⁷ Assevera com precisão Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 24): “(...) é livre de qualquer dúvida ou reticência que o art. 173 não está aludindo à atividade postal, nem não está aludindo à atividade postal, nem às outras atividades previstas no art. 21,

Portanto, o serviço postal deve ser prestado exclusivamente sob regime do serviço público. Fica a critério da União escolher como fazê-lo, desde que o faça nos limites de sua competência legislativa. Podem ser identificadas as seguintes opções: (i) a criação de um órgão da administração direta dotado de competência para disponibilizar tal serviço aos cidadãos¹⁸; (ii) a instituição de uma autarquia¹⁹ ou fundação instituída pelo Poder Público na forma do direito privado²⁰, caso seja considerado conveniente e oportuno afastar qualquer caráter lucrativo; ou, (iii) a estruturação de uma empresa pública²¹ ou sociedade de economia mista²², se o regime jurídico dessas entidades for visto como o mais adequado.

É importante anotar que o serviço postal é um serviço público econômico peculiar, pois é constitucionalmente vedado o uso de instrumentos da concessão e da permissão; mostra evidente de que a lei não poderia dispor em contrário, sob pena de inconstitucionalidade.

O serviço postal brasileiro encontra-se atualmente regulado pela Lei Federal n. 6.538, de 22.6.1978, secundada por vários atos normativos do Poder Executivo e sem prejuízo às normas internacionais sobre a matéria²³. Embora possua algumas impropriedades terminológicas, trata-se de um conjunto normativo que foi recepcionado pela ordem constitucional instaurada pela Carta Magna de 1988.

quando ressaltou a proibição ao Estado de explorar atividade econômica 'os casos previstos nesta Constituição' (o monopólio do art. 177) e os decorrentes de 'imperativos da segurança nacional' ou de 'relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei'. Eis, pois, que os arts. 170 e 173 nada, absolutamente nada, têm a ver com o que ficou disposto no art. 21, X".

¹⁸ Vide art. 4º, I, do Decreto-lei n. 200, de 25.2.1967.

¹⁹ Vide art. 5º, I, do Decreto-lei n. 200/1967.

²⁰ Sobre a existência de fundações de direito privado que são instituídas pela Administração, Cf. DI PIETRO, 2007; MELLO, 2001.

²¹ Vide art. 5º, II, do Decreto-lei n. 200/1967.

²² Vide art. 5º, III, do Decreto-lei n. 200/1967.

²³ Vide art. 1º e art. 2º, *caput*, e § 7º, todos da Lei Federal n. 6.538/1978.

3. Disciplina do serviço postal no plano infraconstitucional

Quando o sistema do direito positivo determina um conceito, ele não deve ser ignorado na aplicação da norma jurídica (Cf. DE SANTI, 1999; KELSEN, 1991; VILANOVA, 1997). Os conceitos jurídico-positivos não são verdadeiros ou falsos (como as definições da ciência do direito), mas sim vigentes ou não de acordo com a dinâmica do próprio ordenamento jurídico.

Embora a Constituição Federal tenha apresentado elementos para se identificar o conceito jurídico-positivo de serviço público, não fez o mesmo para o serviço postal. Nem seria de boa técnica-legislativa o contrário, diante da transformação contínua da tecnologia e da sociedade.

Cabe ao legislador definir o que vem a ser serviço postal dentro das limitações impostas pela Constituição Federal.

O art. 7º da Lei Federal n. 6.538/1978 conceitua o serviço postal como "o recebimento, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, conforme definido em regulamento".

Há três modalidades de serviço postal: (i) serviço postal relativo a objetos de correspondência, abrangendo a carta, carta-postal, impresso, cecograma e pequena-encomenda²⁴; (ii) serviço postal relativo a valores, o qual compreende a remessa de dinheiro, de ordem de pagamento e o adimplemento de obrigações pagáveis por via postal²⁵; e, (iii) serviço postal relativo a encomendas, que diz respeito a remessa e entrega de objetos, com ou sem valor mercantil, por via postal²⁶.

Convém destacar que a Lei Federal n. 6.538/1978 regula também o "serviço de telegrama", definido em seu art. 25 como o "recebimento, transmissão e entrega de mensagens escritas, conforme definido em regulamento".

²⁴ Vide art. 7º, § 1º, da Lei Federal n. 6.538/1978.

²⁵ Vide art. 7º, § 2º, da Lei Federal n. 6.538/1978.

²⁶ Vide art. 7º, § 3º, da Lei Federal n. 6.538/1978.

O diploma legal em apreço define também algumas atividades como “correlatas” ao serviço postal²⁷ e do serviço de telegrama²⁸.

Conforme o art. 2º da Lei Federal n. 6.539/1979, o serviço postal e o serviço de telegrama devem ser explorados pela União, mediante empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações²⁹. A esta entidade reconhece-se a prerrogativa do “monopólio” desses serviços³⁰, bem como o dever de prestá-los a todos aqueles que os solicitarem, assegurando-lhes continuidade de acordo com a legislação em vigor³¹.

Hodiernamente, a empresa pública à qual foi designada a exploração desses “monopólios” é a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), criada por meio do Decreto-lei n. 509, de 20.3.1969 e estruturada pelo Decreto Federal n. 83.726, de 17.7.1979³². Contudo, a ECT tem a faculdade de celebrar contratos e convênios para garantir a efetividade dos serviços de sua competência quando autorizada pelo Ministério das Comunicações³³. Também pode constituir subsidiárias para explorar

as atividades pertinentes ao setor, se isso for permitido pelo Poder Executivo³⁴.

As prerrogativas da ECT foram de certo modo abaladas pelo advento da Lei Federal n. 9.074, de 7.7.1995, que submeteu o serviço postal à Lei Federal n. 8.987, de 13.2.1995³⁵.

4. Os “monopólios” da Lei Federal nº 6.538/1978 e a Constituição Federal de 1988

Independentemente de seu grau de eficácia, todas as normas constitucionais têm a aptidão de revogar todos os preceitos legais que lhes sejam incompatíveis (Cf. SILVA, 1998), sendo possível o Poder Constituinte optar por estabelecer regras de transição para outorgar segurança às situações jurídicas constituídas sob a égide da ordem constitucional superada (Cf. ROCHA, 2001).

Se a lei editada segundo o sistema constitucional derrubado é compatível com a ordem jurídica que se instaura com a nova Constituição, ela é classificada como recepcionada. A recepção constitucional dessa lei pode ser parcial, caso alguma antinomia seja identificada entre um comando desta e a Lei Maior.

Outro ponto a ser realçado envolve a tarefa dos operadores do sistema do direito positivo de desenvolver estratégias de interpretação que assegurem a maior concretização possível às normas constitucionais (Cf. BARROSO, 1996; BASTOS, 1997; SARLET, 2001; SILVA, 1998). Se existem duas ou mais exegeses possíveis na aplicação da lei recepcionada, o órgão competente tem a obrigação de escolher aquela que prestigie de modo mais fecundo os valores e diretrizes impostos pela Constituição Federal.

Assim, o exame do arcabouço normativo do serviço postal brasileiro, construído em sua maioria sob a égide da ordem constitucional anterior, deve ser compreendido

²⁷ Vide art. 8º da Lei Federal n. 6.538/1978.

²⁸ Vide art. 26 da Lei Federal n. 6.538/1978.

²⁹ Por força do art. 21, X, da Constituição Federal, uma empresa pública federal. “Deve-se entender que empresa pública federal é a pessoa jurídica criada por lei como instrumento de ação do Estado, com personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos das pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal” (MELLO, 2001, p. 147, grifos do autor).

³⁰ Vide arts. 9º e 27, todos da Lei Federal n. 6.538/1978. A referida empresa tem inclusive o poder de promover ações de desapropriação, após declaração de utilidade pública emitida pela União (art. 2º, § 6º, da Lei Federal n. 6.538/1978).

³¹ Vide art. 2º, § 4º, e art. 3º, todos da Lei Federal n. 6.538/1978.

³² Convém registrar que a ECT é fruto da transformação do antigo Departamento de Correios e Telégrafos (DCT) em empresa pública.

³³ Vide art. 2º, § 3º, da Lei Federal n. 6.538/1978.

³⁴ Vide art. 2º, § 2º, da Lei Federal n. 6.538/1978.

³⁵ Vide art. 1º, VII, da Lei Federal n. 9.074/1995.

e aplicado em conformidade com o perfil que a Constituição Federal vigente determinou a esse setor.

De imediato, verifica-se a inadequação do termo “monopólio” para designar a exclusividade da União de explorar o serviço postal (Cf. MELLO, 2003)³⁶. Nesse contexto, “monopólio” deve se restringir para nomear a atividade econômica cuja titularidade foi constitucionalmente negada à iniciativa privada (Cf. GRAU, 2002). Afinal, a Lei Maior determina que o serviço postal seja prestado sob o regime do serviço público.

Entretanto, a Lei Federal n. 6.538/1978 assegura a exclusividade da ECT não somente para o serviço postal. O serviço de telegrama não poderia ser explorado por outro ente (estatal ou privado) que essa empresa pública federal.

Ao se debruçar novamente sobre os preceitos constitucionais que cuidam do serviço postal, é mister asseverar a ausência de qualquer menção ao serviço de telegrama no texto da Lei Maior.

Talvez a questão não tenha chamado tanto a atenção da Assembléia Nacional Constituinte de 1985 em razão do estado da arte das comunicações de seu tempo.

Tomando-se por base a definição legal de serviço de telegrama (“recebimento, transmissão e entrega de mensagens escritas”) e os atos normativos do Poder Executivo³⁷, nota-se que essa atividade difere do *email* em virtude da necessidade da entrega da mensagem em papel por meio de um agente da ECT³⁸.

³⁶ Do ponto de vista da Ciência Econômica, a ECT realmente detém o “monopólio” do serviço postal. Mas nem sempre os conceitos de outras ciências adentram no sistema do direito positivo em toda sua pureza.

³⁷ A Portaria n. 1.351, de 21.12.1978, do Ministério das Comunicações, estabelece que telegrama compreende “a mensagem escrita transmitida por qualquer meio de telecomunicação a ser convertida em comunicação escrita a ser entregue ao destinatário” ou “a mensagem escrita em formulário próprio e copiada para ser entregue ao destinatário, mesmo que esteja sujeita a transmissão”.

³⁸ Embora a Constituição Federal faça referência aos meios de comunicação social eletrônica em seu

Uma saída possível seria classificá-lo como um serviço de telecomunicação³⁹? Para resolver essa questão, faz-se necessário apreciar os enunciados constantes do art. 60 da Lei Federal n. 9.472, de 16.7.1997:

“Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º *Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.*

§ 2º Estação de telecomunicação é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis (grifos acrescidos)”⁴⁰.

A análise do referido conceito jurídico-positivo impede a classificação do serviço de telegrama como telecomunicação, uma vez que a mensagem escrita chega ao destinatário dispensando o papel. Desse modo, à luz da Constituição Federal, o serviço de telegrama deve ser interpretado como uma espécie de serviço postal. E, naturalmente, como um serviço público.

5. Sobre os direitos de exclusividade da ECT

A Lei Federal n. 6.538/1978 reconhece à ECT o direito de explorar com exclusividade o serviço postal⁴¹. Todavia, de

art. 222, § 3º, o Brasil padece de um marco regulatório claro para esse setor.

³⁹ Vide o art. 21, XI, da Constituição Federal.

⁴⁰ Apesar da justificada advertência de Celso Ribeiro Bastos (1997) de que não se deve interpretar a Constituição Federal a partir da lei, é preciso lembrar que os conceitos jurídico-positivos constantes de preceitos legais recepcionados não podem ser ignorados pelo intérprete na compreensão e concretização das normas constitucionais.

⁴¹ A ECT não é titular do serviço postal, mas sim do seu exercício (Cf. MELLO, 2001).

acordo com o art. 1º, VII, da Lei Federal n. 9.074/1995, a ECT deve aparentemente atuar segundo o regime jurídico das concessões comuns de serviço público:

“Art. 1º Sujeitam-se ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, nos termos da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes serviços e obras públicas de competência da União:

(...)

VII – os serviços postais”⁴².

Nos termos do art. 2º, II, da Lei Federal n. 8.987/1995, a concessão de serviço público consiste na “delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”. Trata-se de uma modalidade de contrato administrativo que somente pode ser empregado pelo Poder Público quando há amparo constitucional ou legal⁴³.

Em face do disposto no art. 21, X, da Constituição Federal, o art. 1º, VII, da Lei Federal n. 9.074/1995 padeceria de inconstitucionalidade?

Como já foi asseverado, a Lei Maior impede o uso da concessão de serviço público na prestação do serviço postal. Mas uma interpretação conforme do preceito legal em apreço torna dispensável a sua expulsão do sistema do direito positivo por vício de inconstitucionalidade.

As empresas públicas, quando prestadoras de serviços públicos, podem ou não atuar em regime de concessão. Em rigor, quando a empresa pública é criada pelo ente federativo para explorar um serviço de sua competência constitucional, estabelece-se uma relação entre criador

e criatura incompatível com o plexo de direitos reconhecidos aos concessionários de serviço público (Cf. MELLO, 2001). E, na situação sob exame, não se trata de uma descentralização por colaboração, mas sim de uma descentralização por serviços, na qual inexistente espaço para a licitação (Cf. DI PIETRO, 2002; GRAU, 2002).

É o que acontece no serviço postal, uma vez que a ECT é uma empresa pública federal que explora um serviço público de competência exclusiva da União. Por conseguinte, são legítimas as prerrogativas que a Lei Federal n. 6.588/1978 reconhece em favor dessa empresa estatal. Os “monopólios” que foram designados à ECT somente poderiam ser quebrados caso reformado o art. 21, X, da Constituição Federal, nos moldes dos serviços de energia elétrica e telecomunicações.

A melhor interpretação do art. 1º, VII, da Lei Federal n. 9.074/1995 é a de que o regime jurídico das concessões comuns de serviço público deve ser aplicado supletivamente ao serviço postal, diante da presença de lacunas da Lei Federal n. 6.538/1978. Isso sem que a ECT seja visualizada como uma concessionária. Do contrário, sua inconstitucionalidade deve ser reconhecida pelo Poder Judiciário, na condição de guardião da Constituição Federal⁴⁴.

Com relação ao § 1º do art. 1º da Lei Federal n. 9.074/1995, o mesmo não pode ser feito:

“Art. 1º (...)

§ 1º Os atuais contratos de exploração de serviços postais celebrados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT com as Agências de Correio Franqueadas – ACF permanecerão válidos pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão à delegação das concessões ou permissões que os substituirão,

⁴² As concessões especiais de serviço público – as parcerias público-privadas – são reguladas pela Lei Federal n. 11.079, de 30.12.2004.

⁴³ Vide art. 2º da Lei Federal n. 9.074/1995. Sobre a constitucionalidade desse dispositivo legal, Cf. DI PIETRO, 2002; WALD; MORAES; WALD, 2004.

⁴⁴ Vide art. 97, art. 102, I, “a”, e 103, todos da Constituição Federal.

prazo esse que não poderá ser inferior a 31 de dezembro de 2001 e não poderá exceder a data limite de 31 de dezembro de 2002”.

Os contratos referidos nesse dispositivo teriam a sua validade esgotada em 28.11.2007, consoante o art. 1º da Lei Federal n. 10.577, de 28.11.2002. Entretanto, o Poder Executivo resolveu empregar a competência que lhe confere o art. 62 da Constituição Federal para modificar tal regramento.

A Medida Provisória nº 403, de 26-11-2007, determinou a revogação do dispositivo legal em apreço, bem como a prorrogação da vigência desses negócios jurídicos por mais dezoito meses, contados do mesmo dia 28-11-2007. Isso até licitação para celebração de “contratos de franquia postal” sob o regime jurídico indicado no art. 3º deste diploma legal.⁴⁵

Como já se viu, as concessões comuns de serviço público são inadequadas para permitir a prestação de serviço postal por pessoas privadas. Ademais, a providência determinada no art. 1º, § 1º, da Lei Federal n. 9.074/1995 apresentava uma dificuldade adicional no que concerne ao exercício das prerrogativas inerentes do Poder Concedente: caberia a órgão da administração direta ou à ECT⁴⁶? É uma afronta direta e incorrigível ao art. 21, X, da Constituição Federal.

Por conseguinte, revela-se nítida a inconstitucionalidade do art. 1º, § 1º da Lei Federal n. 9.074/1995. Resta saber se a sua expulsão “provisória” do sistema do direito se tornará permanente.

6. Terceirização do serviço postal pela ECT

A ECT goza ainda da possibilidade de terceirizar o serviço postal, contratando particulares para ampliar o acesso do cida-

⁴⁵ “Art. 3º Os contratos de franquia empresarial postal, celebrados pela ECT, são regidos por esta Medida Provisória e, subsidiariamente, pelo Código Civil Brasileiro e pelas Leis nºs 8.955, de 15 de dezembro de 1994, e 8.666, de 21 de junho de 1993, utilizando-se o critério de julgamento previsto no inciso IV do art. 15 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995”.

⁴⁶ Vide art. 2º, I, da Lei Federal n. 8.987/1995.

dão a tal comodidade. Estabelece o art. 2º, § 3º, da Lei Federal n. 6.538/1978:

“Art. 2º O serviço postal e o serviço de telegrama são prestados pela União, através de empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações.

(...)

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

Em primeiro lugar, os contratos celebrados pela ECT com base no dispositivo acima transcrito devem ser precedidos de licitação, como determina a Constituição Federal⁴⁷. Assim, evita-se a violação do princípio da isonomia e da moralidade no exercício desse direito.

Outro aspecto a ser enfrentado reside no regime jurídico dos contratos celebrados entre a ECT e os particulares para permitir que estes possam explorar o serviço postal.

Como a ECT não é uma concessionária de serviço público, não se mostra adequado o uso da subconcessão, prevista no art. 26 da Lei Federal n. 8.987/1995. O uso de contrato administrativo da Lei Federal n. 8.666, de 21.6.1993, é possível em tese, se sua rigidez não comprometer a eficiência do serviço postal.

O certo é que a referida empresa pública federal tem escolhido desenvolver essa faculdade mediante contratos de franquia, regidos no direito privado pela Lei Federal n. 8.955, de 15.12.1994 (Cf. DI PIETRO, 2002)⁴⁸. Nessa modalidade de negócio jurídico, a pessoa privada presta o serviço como franqueado da ECT, empregando

⁴⁷ Vide art. 37, XXI, da Constituição Federal.

⁴⁸ Para Marçal Justen Filho (2003), esses contratos não podem ser enquadrados como franquias, devendo ser inteiramente submetidos ao regime das concessões de serviço público; o que é problemático, uma vez que a ECT não é uma concessionária de serviço público.

o nome, marca e técnicas de atuação do franqueador estatal. Sob regulação do Poder Executivo e fiscalização da ECT, o franqueado tem direito aos resultados financeiros da exploração da atividade em apreço. Para a celebração desse contrato, exige-se o respeito ao princípio da licitação e o pagamento de uma importância pela outorga da franquia, consoante o disposto no edital que a precedeu.

Como envolve um contrato de direito privado da administração pública, a inserção de “cláusulas exorbitantes” próprias do contrato administrativo dependerá de sua expressa previsão no instrumento contratual (Cf. FRANÇA, 2003)⁴⁹. De qualquer forma, a ECT não pode deixar de estabelecer no contrato as prerrogativas que se fizerem indispensáveis para concretizar o seu dever de zelar pela continuidade, confiabilidade, eficiência e qualidade do serviço postal⁵⁰.

Na oportunidade, mostra-se imperioso advertir que os contratos de franquia celebrados pela ECT não podem afastar a responsabilidade dessa empresa estatal no ressarcimento dos usuários pelas perdas e danos decorrentes de falha no serviço postal fornecido pelo particular. Sob a perspectiva do usuário do serviço postal, o franqueado é um mero representante da ECT. É o que se depreende da redação do art. 2º, § 3º, da Lei Federal n. 6.538/1978.

De certo modo, a Medida Provisória 403/2007 satisfaz essas exigências e ponderações, mas caberá ao Congresso Nacional dar a palavra final sobre o assunto⁵¹.

Por fim, cumpre advertir que nem todas as atividades relacionadas ao serviço postal dependem necessariamente de franquia para que possam ser desempenhadas por pessoas privadas. A Lei Federal n. 6.538/1978 prevê que algumas utilidades ou comodidades postais de pequeno porte podem ser realizadas pelo particular,

desde que respeitadas as prerrogativas da ECT⁵².

7. Considerações finais

O serviço postal é um serviço público cuja prestação deve ser feita exclusivamente pela União ou por entidade de sua administração indireta. Atualmente, cabe à ECT desempenhar essa tarefa, garantindo a sua exploração em conformidade com os princípios regentes dessa atividade administrativa.

É uma imposição constitucional.

A reforma do marco regulatório do setor postal passa necessariamente por mais um processo de emenda à Constituição Federal. A integridade do sistema do direito positivo não pode ceder aos impulsos e açosamentos da iniciativa privada e das políticas de reestruturação do Estado.

Outro ponto importante a ser destacado consiste na urgência da revisão do regimento desse serviço público à luz da revolução da informática. O conceito de serviço postal precisa ser redefinido e repensado diante da inevitável expansão da rede de comodidades materiais que a *Internet* e os novos instrumentos de telecomunicação têm oferecido à sociedade brasileira.

Mas isso deve ser feito levando-se em consideração o subdesenvolvimento do Brasil. Senão essa reforma somente atenderá àqueles que já possuem acesso efetivo aos benefícios produzidos pela sociedade e pelo Estado.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: C. Bastos, 1997.

_____. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: C. Bastos, 2000.

⁵² Vide art. 9º da Lei Federal n. 6.538/1978.

⁴⁹ Vide art. 65, § 3º, I, da Lei Federal n. 8.666/1993.

⁵⁰ Vide art. 3º da Lei Federal n. 6.538/1978.

⁵¹ Vide art. 62 da Constituição Federal.

DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. Análise crítica das definições e classificações jurídicas como instrumento para compreensão do direito. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.). *Direito global*. São Paulo: M. Limonad, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002.

_____. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2007.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Aspectos constitucionais da hipótese tributária da taxa pela prestação de serviço público. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 38, n. 149, jan./mar. 2001.

_____. Conceito de contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 41, 2003.

_____. A função administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, jul./set. 2005a.

_____. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. *Interesse Público*, Porto Alegre, a. 7, n. 34, nov./dez. 2005b.

GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: M. Fontes, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. Tradução de Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Serviço postal e atividade econômica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 42, 2003.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 1 v.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. Serviço público: conceito e delimitação na ordem constitucional. In: SUNDFELD, Carlos Ari et al. *Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: M. Limonad, 1996.

RIVERO, Oswaldo de. *O mito do desenvolvimento: os países inviáveis do século XXI*. Tradução de Ricardo A. Rosenbusch. Petrópolis: Vozes, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Natureza e eficácia das disposições constitucionais transitórias. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEM, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: _____. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: M. Limonad, 1997.

WALD, Arnaldo; MORAES, Luíza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a lei de concessões: análise das Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

A cisão moderna entre *homem e cidadão* e a exclusão política do preso no Brasil

A relação entre cidadania e direitos humanos a partir de um diálogo entre Hannah Arendt, Giorgio Agamben e Chantal Mouffe

Silvia Regina Pontes Lopes

Sumário

1. Introdução. 2. A cisão moderna entre homem e cidadão e as rebeliões carcerárias no Brasil. 3. O problema da afirmação dos direitos humanos sem participação política: um diálogo entre Hannah Arendt, Giorgio Agamben e Chantal Mouffe. 4. A exclusão política dos presos como campo da modernidade. 5. Conclusão.

1. Introdução

As recentes rebeliões carcerárias em massa enfrentadas nos presídios brasileiros prestaram-se a reacender uma política de restrição aos direitos individuais dos detentos pátrios em nome de uma suposta manutenção de segurança pública. A ausência de problematização de referidas medidas “securitárias” reforça a já difundida idéia de que os direitos humanos protegeriam a impunidade e obstaculizariam o combate à criminalidade.

A esse respeito, membro da Defensoria Pública do Estado de São Paulo observa que “defender os direitos de todos os seres humanos não significa passar a mão na cabeça do bandido. Hoje, a população carcerária de São Paulo é de 140 mil pessoas, em 140 unidades. E a prisão é o modo mais rápido de transformar alguém ruim em alguém pior. Há revezamento para dormir, as pessoas têm dezenas de doenças, sarna, não têm contato com a família. Quando se trata pessoas desse jeito, o mínimo que se espera é uma reação contra a sociedade da

Silvia Regina Pontes Lopes é Procuradora Federal, Mestra em Direito pela Universidade de Brasília, Pesquisadora integrante do Grupo “Sociedade, Tempo e Direito” – FD/UnB.

mesma forma. Não é tratar o bandido a pão de ló, mas com justiça” (Cf. BARBOSA, 2006). Com efeito, uma análise insensível e superficial do quadro obscurece a compreensão do desrespeito aos direitos humanos dos encarcerados como importante mote para as freqüentes rebeliões carcerárias nas prisões brasileiras.

No presente trabalho, pretende-se abordar a relação das periódicas rebeliões carcerárias vivenciadas nos presídios brasileiros com o desrespeito aos direitos humanos dos encarcerados, aliada à exclusão política do preso definitivo pelo ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, a análise da efetivação dos direitos do *homem* no Brasil perpassará pela compreensão da pernicioso cisão moderna entre *cidadania* e *direitos humanos*, a ser abordada a partir de um diálogo entre o pensamento político de Hannah Arendt, Giorgio Agamben e Chantal Mouffe.

2. A cisão moderna entre homem e cidadão e as rebeliões carcerárias no Brasil

Presente desde a revolucionária “*Déclaration Universelle de Droit de l’Homme et du Citoyen*”, a cisão entre as figuras do *homem* e do *cidadão* mostra-se, para olhos menos críticos, aproblemática. Na irreflexividade da defesa quase metafísica de garantias fundamentais, negligencia-se o fato de que o Homem abstrato dos Direitos Humanos não existe.

Até a Segunda Guerra Mundial, a relação entre *vida* e *política* permaneceu oculta. A vida, de sentido até então auto-evidente e inquestionável, seria tutelada pela mera institucionalização de garantias fundamentais de liberdade e de igualdade, situadas *per se* acima da esfera política. A ascensão do nazismo e a revelação dos horrores da perseguição judaica tornaram manifesta a fragilidade do discurso de proteção da mera vida apolítica: alheios à estrutura decisória governamental e reduzidos ao *status* cru de simples seres humanos, judeus, repentinamente excluídos da esfera pública, foram reduzidos à condição de homens de segundo

escalão, restando-lhes como saída ora a fuga para lugares distantes da atuação do Estado opressor, ora a articulação pára-estatal de uma resistência armada contra esse mesmo Estado. A revelar a natureza política da noção de *humanidade*, referido quadro conduz ao questionamento acerca de em que medida se está, atualmente, imune à sua repetição.

A esse respeito, a sociedade brasileira foi surpreendida, em maio de 2006, por um quadro de rebeliões generalizadas de presos iniciado no Estado de São Paulo. Outra ocorrência em 2001, o cenário apresentou, desta vez, uma espantosa agravante: as rebeliões transbordaram os muros da prisão, atingindo diretamente a população civil, com o cometimento de aproximadamente 500 homicídios dirigidos principalmente contra funcionários carcerários e seus familiares, além de ataques a escolas, hospitais e postos policiais, todos coordenados pela organização criminosa Primeiro Comando da Capital – PCC.

O cenário de guerra civil estava instaurado. A reivindicação de legitimidade do “movimento” veio logo em seguida: em mensagem veiculada pela mídia em 13.08.2006, um dos integrantes do PCC dirigiu “um comunicado para a sociedade e para os governantes” (PRIMEIRO..., 2007), em que empreendeu severas críticas à prática de desrespeito aos direitos humanos nas prisões brasileiras, realizando o seguinte pronunciamento: “Se nossos governantes, juízes, desembargadores, senadores, deputados e ministros trabalham em cima da lei, que se faça justiça em cima da injustiça que é o sistema carcerário, sem assistência médica, sem assistência jurídica, sem trabalho, sem escola, enfim, sem nada. (...) Apenas não queremos e não podemos ser massacrados e oprimidos. Queremos que, um, as providências sejam tomadas, pois não vamos aceitar e não ficaremos de braços cruzados pelo que está acontecendo no sistema carcerário” (PRIMEIRO..., 2007).

A esse respeito, o Deputado Luiz Eduardo Greenhalgh, então Presidente da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da

Câmara dos Deputados, em conferência realizada em julho de 2006, apelou para a *sensibilidade da sociedade*: “A crise no sistema prisional não é um problema só dos presos, é um problema de toda a sociedade. E toda a sociedade passará a sofrer o agravamento das conseqüências de sua própria omissão” (GREENHALGH, 2006).

Contrariamente, todavia, ao referido apelo, a sociedade civil brasileira tem-se mostrado cada vez mais insensível às exigências dos presidiários, notadamente em face dos acontecimentos de maio de 2006 e da insegurança social dele advinda. Nessa linha, Paulo Sérgio Pinheiro, ex-Secretário Nacional de Direitos Humanos do governo Fernando Henrique, diagnosticou, em entrevista ao jornal “O Estado de São Paulo” ocorrida em junho de 2006, que “a onda conservadora (dos direitos humanos) está presente o tempo todo. Depois do 11 de setembro de 2001, é evidente que os direitos humanos parecem ficar no banco de trás” (PINHEIRO, 2006).

Ante a fragilidade da efetivação dos direitos humanos no sistema carcerário brasileiro, que passa a depender da *sensibilidade humanitária da sociedade*, a suspensão constitucional de seus direitos políticos é criticável. O tema parece ter, a propósito, despertado algum interesse político, sendo objeto do Projeto de Emenda à Constituição nº 65 de 2003, da autoria do Senador Pedro Simon, em que se propõe a revogação do art. 15, inc. III, da Carta da República, com o estabelecimento da facultatividade de voto para os presos definitivos e de sua inelelgibilidade. Na justificação da proposta, lê-se: “A concessão do direito do voto aos presidiários é defendida por entidades de apoio à ressocialização do encarcerado, recuperação de presidiários, familiares e suas vítimas como de fundamental importância para humanizar o cumprimento da pena e acenar com a expectativa de melhores condições de vida para os egressos do sistema penitenciário.”¹

¹ Justificação da PEC nº 65, de 2003.

Em face da situação sociopolítica do preso no Brasil, verifica-se uma problemática tensão entre os direitos humanos dos encarcerados e a concomitante negação de cidadania aos condenados penais definitivos: se, por um lado, o sistema penitenciário nacional é conhecidamente marcado pelo reiterado desrespeito a garantias fundamentais, expresso na superlotação e na insalubridade das prisões, na má qualidade de água e de comida nos presídios, na falta de atendimento médico e odontológico, na violência contra os presidiários, entre outras mazelas; por outro lado, o preso definitivamente condenado, que tem suspensos seus Direitos Políticos, por força do art. 15, inc. III, da Constituição Federal de 1988, não tem acesso às vias político-institucionais de reivindicação de seus próprios direitos.

O problema acima levantado guarda relação direta com um instigante e pouco explorado diálogo travado entre o pensamento político de Hannah Arendt e de Giorgio Agamben acerca do fenômeno moderno da inclusão da mera vida natural (*zoé*) na esfera pública. Nesse sentido, a proposta agonista de Chantal Mouffe mostra-se importante na medida em que reforça as chances de uma saída institucional para o fenômeno da politização da vida sem a possibilidade de participação política.

Questiona-se, portanto, se a denegação de direitos políticos aos presos e a impossibilidade de que estes articulem institucionalmente a afirmação de seus direitos humanos constituem uma exclusão política justificada e se contribuiriam para a formação de vida nua e, conseqüentemente, para as freqüentes rebeliões carcerárias enfrentadas no sistema prisional brasileiro.

3. O problema da afirmação dos direitos humanos sem participação política: um diálogo entre Hannah Arendt, Giorgio Agamben e Chantal Mouffe

A ruptura com a estrutura jurídico-política do Estado pré-moderno operou-se

com a introdução da figura do *povo* na esfera pública, decorrente do fenômeno moderno da *politização da vida* em que o fato natural do *nascimento* passou a assumir relevância pública, ora como substrato de inserção do indivíduo numa determinada comunidade política, ora como *locus* de incidência de direitos.

Ao analisar, em “As Origens do Totalitarismo”, a situação dos refugiados apátridas no período do pós-guerra, Arendt revela a fragilidade da proteção abstrata dos direitos humanos desvinculada de uma inserção política do indivíduo, observando que, se um ser humano é desprovido de seu *status* político, enquadrando-se exatamente na situação prevista pela declaração abstrata de direitos inatos e inalienáveis, perde igualmente todas as qualidades que possibilitam aos outros tratá-lo como semelhante (Cf. ARENDT, 1989, p. 334). Arendt questiona a eficácia do discurso dos direitos humanos fora do acesso à *ação política*, desvelando a *impotência* da mera vida biológica.

A importância da ação política e do discurso enquanto instâncias de afirmação da humanidade do ser vivente, e, portanto, de seus direitos humanos, é uma constante na obra arendtiana. Em “A Condição Humana”, a vitória do labor sobre a ação política torna evidente a ruptura moderna entre política e humanidade: para a autora, o homem moderno apenas conheceu pontualmente a autêntica experiência política vivenciada pelos clássicos². Aqui,

² A esse respeito, evidencia-se uma ruptura no pensamento de Hannah Arendt. Com efeito, a cisão entre direitos humanos e cidadania, denunciada em 1951, em “As Origens do Totalitarismo”, sua primeira grande obra, não foi retomada pela autora em obras subsequentes. Assim, a temática foi, lamentavelmente, abandonada pela autora: em “A Condição Humana”, sua obra-prima publicada em 1958, a autora insistiu no resgate da noção greco-clássica de política, totalmente apartada da problematização pública da *zoé*, ou seja, da articulação política da vida natural, anteriormente abordada, com propriedade e clareza, quando da análise da realidade do pós-guerra vivenciada pelos refugiados apátridas. Assim, em vez de reconhecer

o resgate da experiência da Antigüidade clássica, notadamente a grega, mostra-se recorrente: Arendt (2004, p. 40) retoma a dicotomia clássica *oikos* e *pólis*³, bem como o pensamento político aristotélico, que ressalta a instância reveladora da humanidade do ser vivente (*zoé*) na ação política (*bíos*) (ARISTÓTELES, 1997, p. 14), enfatizando o fato de que a noção de humanidade e sua efetiva proteção resulta do discurso e da ação intersubjetiva, e não da contemplação de uma suposta natureza ontológica e universalmente acessível a partir das quais questões afetas ao sentido e à efetivação dos direitos humanos seriam apromáticas.

Assim, a autora questiona a eficácia do discurso dos direitos humanos fora do acesso à *ação política*: “A privação fundamental dos direitos humanos manifesta-se, primeiro, e acima de tudo, na privação de um lugar no mundo que torne a opinião significativa e a ação eficaz” (ARENDT, 1989, p. 330), revelando a complexidade da relação entre direitos humanos e cidadania, ao identificar como o paradoxo da perda dos direitos humanos o fato de que essa perda opera-se no momento em que a pessoa se torna um ser humano em geral – sem uma profissão, sem uma cidadania, sem uma opinião, sem uma ação pela qual

que a modernidade enfrenta uma nova forma de política, a saber: aquela que articula as necessidades e o sentido da vida biológica na esfera pública, o que se mostrou claro na situação dos refugiados apátridas, Arendt insiste no retorno aos gregos. Adota, assim, o puritanismo clássico expresso na concepção quase romântica e ingênua, por negligenciar as complexas e múltiplas formas de integração social na modernidade, de que a temática da vida humana natural e das condições de afirmação de sua dignidade pudesse situar-se exclusivamente no âmbito técnico, sendo assunto para peritos e especialistas, apartando-se da discussão política. Dessa forma, ao desconsiderar as consequências políticas da ascensão do *homo laborans* na modernidade, deixa de explorar as condições para o desenvolvimento legítimo dessa nova forma de política, que alguns autores, como Foucault e Agamben, viriam mais tarde a chamar de *biopolítica*.

³ A distinção clássica entre *oikos* e *pólis* assume, nesse contexto, especial relevo. Com efeito, para os gregos, o *oikos* era o espaço da satisfação das necessidades

se identifique e se especifique (Cf. ARENDT, 1989, p. 336).

Em diálogo com Hannah Arendt, Giorgio Agamben avalia a relação entre soberania, cidadania e direitos humanos. Reconhecendo a atualidade da questão enfrentada por Carl Schmitt, em seu *Politische Theologie*, no qual afirma a contigüidade entre soberania e estado de exceção (Cf. SCHMITT, 1922), identifica a figura do *campo* como o grande “*nomos*” da modernidade. Enquanto “zona de anomia em que todas as determinações jurídicas (...) estão desativadas” (AGABEN, 2004a, p. 78), o campo afigura-se um espaço em que o poder soberano atinge diretamente a *vida nua* sem qualquer intermediação de garantias fundamentais.

Ao desenvolver as ponderações arendtianas, Agamben identifica o surgimento de uma nova forma de política na modernidade – a *biopolítica*, responsável pela decisão sobre a humanidade do ser vivente. Aqui, a passagem da soberania régia para a soberania popular e o discurso dos direitos humanos foi responsável pela introdução do *corpus* – vida nua, vida biológica – como o novo sujeito (e objeto) da política.

O ingresso da *zoé* na esfera pública com a afirmação do corpo soberano operou-se juntamente com uma gradual despolitização da modernidade pelo discurso dos direitos humanos. Contra o panorama insurge-se o autor: “é chegado o momento de cessar de ver as declarações de direitos como proclamações gratuitas de valores eternos metajurídicos” (AGABEN, 2004b, p. 140). A percepção ora denunciada é

vitais do homem – espaço da família e da economia como forma de sustento. A *pólis*, por sua vez, constituía a esfera da liberdade, entendida como espaço da não dominação –, da vida política desenvolvida entre iguais em prol da deliberação de assuntos da cidade, os quais transcendiam as necessidades humanas materiais. Dessa forma, relativamente ao que hoje os modernos chamam de vida (*life, Leben, vie, vita*), os clássicos distinguiram: de um lado, havia a *zoé*, vida natural, biológica, de que cuidava a antiga economia doméstica, o espaço da *oikos*; de outro lado, havia a *bíos* (forma de vida), que se manifestava na esfera política, mediante a revelação de identidades individuais pelo ato da fala.

decisiva para a afirmação de uma suposta *sacralidade* metafísica da vida humana, ocultando a real natureza *política* da decisão sobre a vida, a partir da qual se produz a “vida nua” como o local de decisão sobre a humanidade do ser vivente. Nesse contexto, exsurge a instrumentalidade de tais direitos se apartados de uma tematização política acerca do sentido da vida: “O humanitário separado do político não pode senão reproduzir o isolamento da vida sacra sobre o qual se baseia a soberania, e o campo, isto é, o espaço puro da exceção, é o paradigma biopolítico para o qual ele não consegue encontrar solução” (AGABEN, 2004b, p. 140).

Nesse sentido, declarações de direitos representam a figura originária da inscrição da vida natural na ordem jurídico-política do Estado-nação. Aqui, identifica-se a mácula *metafísica* da política moderna, cujo germe situa-se na noção da sacralidade da vida humana *per se*, responsável que foi pela politização da vida e pela transformação da política em *biopolítica*. Nesse sentido, aponta a politização da vida nua como a tarefa metafísica por excelência, na qual se decide da humanidade do vivente homem, e, assumindo essa tarefa, “a modernidade não faz mais do que declarar a própria fidelidade à estrutura essencial da tradição metafísica”⁴ (AGAMBEN, 1996, p. 19). Negligencia-se, portanto, o fato de que o *agente político*, e não o mero *homem*, mostra-se o verdadeiro autor e aplicador das declarações dos direitos humanos, ocultando-se a natureza política da decisão sobre a valoração da vida humana, que assume a roupagem da difundida e irrefletida noção da sacralidade da vida.

A partir da debatida cisão entre *vida* (homem) e *política* (cidadão), Agamben in-

⁴ Nesse sentido, Agamben (1996) é explícito: “Direitos são atribuídos aos seres humanos até o ponto em que ele ou ela pressupõem a condição imediata de cidadão (ator político)”, alertando igualmente para o fato de ser “tempo de parar de olhar para as declarações de direitos como proclamações de valores eternos, metajurídicos”.

troduz a noção de *campo* – terminologia que se reporta à figura do “campo de concentração” – como uma das características patológicas da política moderna. Aqui, o *campo* mostra-se um espaço velado de desativação de garantias fundamentais, uma zona de anomia situada no espaço de não interseção entre vida nua e vida política. Tais esferas de exclusão encontram-se difusamente presentes no Estado moderno, ora sendo institucionalmente reconhecidas, como é o caso das *zones d’attente* dos territórios de alguns países, ora situando-se no âmbito oculto da informalidade, como ocorre com os habitantes da periferia, com os presidiários, entre outros. Ante a impossibilidade de articulação política de reivindicações de direitos próprios, o campo afigura-se, portanto, um espaço de atuação direta do Estado sobre a vida nua.

Nesse contexto, os movimentos humanitários promovidos por entidades de proteção de pessoas socialmente excluídas reproduziriam, para o autor, o isolamento da vida nua na base da atuação estatal soberana (AGAMBEN, 2004b, p. 140). O fenômeno moderno da politização da vida abriria, portanto, o espaço para a *coisificação* do ser humano, na medida em que a vida nua despolitizada é materialmente objeto de direito e não sujeito, porquanto não se permite de sua parte qualquer ingerência na interpretação ou reivindicação de tais direitos⁵. O grande desafio da política moderna mostra-se, assim, a superação da cisão biopolítica fundamental entre

⁵ A esse respeito, Jacques Rancière (2004, p. 301) identifica um *atual processo de despolitização dos Direitos Humanos*, justificado pela difundida concepção de que problemas a eles afetos podem ser resolvidos mediante um consenso racional que prescinde da participação política dos indivíduos diretamente interessados, o que tem levado à conclusão aporética de que “não há homem dos Direitos do Homem, porque não há necessidade de um tal homem”. Segundo o autor, negligencia-se, portanto, o fato de que “tais direitos são deles (das pessoas envolvidas) apenas na medida em que podem fazer alguma coisa com eles para construir um dissenso contra a negação dos direitos que sofrem”.

cidadania e direitos humanos, o que apenas poderia se dar para Agamben fora da estrutura do Direito e do Estado moderno (Cf. AGAMBEN, 2001, p. 73).

Contrariando tal perspectiva, Chantal Mouffe ([200-?]) oferece um modelo de política democrática agonista, que auxilia a solução para o problema da ruptura entre cidadania e direitos humanos dentro da própria estrutura do Estado moderno. A esse respeito, a autora ressalta a insuficiência de uma concepção democrática assente num discurso meramente abstrato acerca de garantias universais de liberdade e de igualdade apartadas da participação política: “o consenso sobre os direitos do homem e sobre os princípios de igualdade e liberdade (...) não pode ser separado de uma confrontação sobre a interpretação desses princípios.” Afastando-se dos difundidos modelos liberal, republicano e deliberativo de democracia, Mouffe (2001) procura escapar de quaisquer resquícios de objetividade ou de suposta evidência do sentido e da forma de efetivação dos direitos humanos, situando o *conflito* e o *dissenso* no centro do direito e da política moderna. Nesse sentido, as bases de uma sociedade democrática residiriam na possibilidade de articulação institucional do dissenso e no reconhecimento de que toda decisão implica, em maior ou menor grau, uma exclusão, sendo fruto de uma hegemonia provisória. Dessa forma, a principal questão já não seria eliminar o poder, mas construir formas de poder que sejam compatíveis com os valores democráticos. Assim, o discurso dos direitos humanos inserir-se-ia na esfera discursiva geral, assentando-se no caráter irreduzível das contradições, devendo, portanto, ser empreendido entre interlocutores que se reconheçam reciprocamente (Cf. MOUFFE, 2001, p. 19).

À luz de tais reflexões, um Estado que tolhesse a participação de certos grupos na elaboração, interpretação e efetivação de direitos humanos, sob o fundamento irreflexivo de que tais direitos seriam

“conhecidos” e de que o interesse em sua afirmação seria geral, adotaria uma postura política que reafirmaria veladamente aquela figura de vida nua despolitizada, autêntico *homo sacer*, a erigir um campo na modernidade: “Na zoé, que as declarações politizaram, devem ser novamente definidas as articulações e os limiares que permitirão isolar uma vida sacra. E quando, como tem já acontecido hoje, a vida natural for integralmente incluída na *pólis*, estes limiares irão se deslocar (...) além das sombrias fronteiras que separam a vida da morte, para aí identificarem um novo morto vivente, um novo homem sacro” (AGAMBEN, 2004b, p. 138).

Nesse sentido, uma desproblematização, a partir da noção de consenso racional, do discurso dos direitos humanos, notadamente no que se refere à sua interpretação e implementação, levaria à transformação de tais direitos em “direitos dos outros” (LYOTARD, 1994, p. 74), com base na ilegítima, porém difundida, concepção de que problemas a eles afetos são de solução e forma de efetivação evidentes, prescindindo da participação política dos indivíduos diretamente interessados.

4. A exclusão política dos presos como campo da modernidade

A exclusão da cidadania dos presos definitivos, no Brasil, reduziu a questão da afirmação dos direitos humanos no sistema penitenciário a um patamar de mero assunto *humanitário*: enquanto *homens* desprovidos do *status* de *cidadão*, veda-se aos encarcerados a articulação político-institucional das reivindicações de direitos que lhes são próprios, restando-lhes tão-somente a alternativa da rebelião e do uso criminoso da força como forma de articulação pública de suas exigências⁶.

⁶ A tormentosa questão acerca da relação entre cidadania e direitos humanos não restou oculta à ordem jurídica na Europa. A esse respeito, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu, em 6 de outubro de

Já em 1950, Hannah Arendt (1989, p. 320) observava que “a melhor forma de determinar se uma pessoa foi expulsa da lei é perguntar se, para ela, seria melhor cometer um crime. (...) Pois o crime passa a ser, então, a melhor forma de recuperação de certa igualdade humana, mesmo que ela seja reconhecida como exceção à norma”. Nesse sentido, ao analisar a situação carcerária no Estado de São Paulo, Carlos Weiss, membro da Defensoria Pública daquele Estado, enfatiza que, “quando se trata pessoas desse jeito, o mínimo que se espera é uma reação contra a sociedade da mesma forma” (Cf. BARBOSA, 2006).

Nesse contexto de exclusão política, evidencia-se a formação de um *campo* na estrutura jurídico-política brasileira, na medida em que o sistema penitenciário pátrio reflete a incidência direta da soberana atuação do Estado sobre a vida nua despolitizada dos presos. Os problemas a ele afetos são, portanto, freqüentemente considerados como um caso de polícia, o que foi evidenciado a partir das propagandas eleitorais veiculadas em 2006, posto ter-se enquadrado a questão como mero assunto relativo à *segurança pública*.

Verifica-se, portanto, que, no Brasil, a cisão entre direitos do homem e direitos do cidadão encontra plena expressão na condição sociopolítica do preso definitivo: os direitos humanos de indivíduos reduzidos à condição de vida nua tornam-se, em última instância, *direitos dos outros*, na medida em que aqueles não encontram espaço institucional para a reivindicação de direitos próprios, dependendo sua efetivação da articulação política de entidades humanitárias.

Ante o quadro, evidencia-se a impossibilidade de articulação institucional de um *compromisso político* seriamente engajado com as reivindicações dos próprios encar-

2005, ao julgar o caso *Hirst v. The United Kingdom*, que a cassação dos direitos políticos dos presos no Reino Unido viola o art. 3º do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

cerados. Nesse contexto, a inacessibilidade das vias institucionais propicia um espaço fértil para a formação de organizações criminosas como o PCC, que assume quase uma postura substitutiva do Estado na reivindicação por melhoria de condições de vida nas prisões⁷ (PRIMEIRO..., 2007). Tais realidades peculiares do nosso sistema prisional caracterizam a especificidade da forma de vida encarcerada, a merecer articulação institucional a fim de que se rompa com o ciclo vicioso de sujeição dos presos a tais organizações criminosas.

Dessa forma, a concessão de direitos políticos ao preso definitivo no Brasil afigura-se essencial para o combate às rebeliões carcerárias generalizadas, conquanto possibilita a articulação institucional das reivindicações dos presos por respeito a seus direitos humanos, retirando-os daquela condição de *homo sacer*, de vida sagrada, porém matável.

5. Conclusão

Ante todo o exposto, observa-se que a exclusão política do preso definitivamente condenado no Brasil impossibilita a articulação institucional de um compromisso político seriamente engajado com o problema do constante desrespeito aos direitos humanos no sistema carcerário nacional. Nesse contexto, os presos são reduzidos à condição de vida nua e seus direitos humanos tornam-se, na verdade, direitos dos outros, cuja efetivação depende da articulação política de entidades humanitárias.

⁷ Assim, arvora-se da meta de “combater a opressão dentro do sistema prisional”, prenunciando, ademais, princípios de “liberdade, respeito e solidariedade” pelos membros dos grupos e a defesa da luta pela “liberdade, justiça e paz”, nos termos de seu alegado “estatuto”, tal como divulgado em jornais brasileiros em 2001. Tal organização criminosa começa, portanto, a elaborar “políticas” próprias, o que se observa exemplificativamente em fato ocorrido em 2006, quando vários presos, ao receberem, no dia dos pais, a prerrogativa de visita a seus lares, não voltaram à prisão, por se verem coagidos pela organização criminosa a participarem dos ataques à população civil no Estado de São Paulo.

A perniciosa cisão moderna entre homem e cidadão denunciada por Arendt, Agamben e Mouffe concretiza-se na exclusão política do preso no Brasil, evidenciando a formação de um *campo* na estrutura jurídico-política brasileira, a possibilitar a incidência direta da soberana atuação do Estado sobre a vida nua despolitizada dos encarcerados.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. Beyond human rights. Tradução de Cesare Casarino. In: VIRNO, Paolo; HARDT, Michael (Org.). *Radical thought in Italy*. Minneapolis: University of Minnesota, 1996.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004a.
- _____. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2004b. 1 v.
- _____. *La comunità che viene*. Torini: Bollati Boringhieri, 2001.
- ALLEN, Danielle. Invisible citizens: political exclusion and domination in Arendt and Ellison. In: POLITICAL exclusion and domination. New York: NYU, 2005.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- _____. *Between past and future*. New York: Viking, 1968a.
- _____. La désobéissance civile. In: DU MENSONGE à la violence: essais de politique contemporaine. Paris: Calmann-Lévy, 1972.
- _____. *Men in dark times*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1968b.
- _____. *On revolution*. New York: Viking, 1965.
- _____. *Qu'est-ce que la politique?*. Paris: Seuil, 1995.
- ARISTÓTELES. *Política*. 3. ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1997.
- BAKER, Keith M. The idea of a declaration of rights. In: THE FRENCH idea of freedom. Stanford: Stanford University, 1992.
- BALAKRISHNAN, Gopal. *The enemy: an intellectual portrait of Carl Schmitt*. New York: Verso, 2000.

- BARBOSA, Bia. Violência em SP reacende conservadorismo contra direitos humanos. *Carta Maior*, São Paulo, 25 out. 2006. Disponível em: <http://cartamaior.uol.com.br/templates/materiaImprimir.cfm?materia_id=11286>. Acesso em: [200-?].
- BENJAMIN, Walter. A modernidade. In: _____. *A modernidade e os modernos*. 2. ed. Tradução de Heindrun Krieger Mendes da Silva. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- BENJAMIN, Walter. Critique of violence. Tradução de Edmund Jephcott. In: BULLOCK, Marcus; JENNINGS, Michael W. (Ed.). *Walter Benjamin: selected writings*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 1996.
- BINDING, K.; HOCHÉ, A. *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*. Leipzig: [s. n.], 1920.
- BORRADORI, Giovanna. Auto-imunidade: suicídios reais e simbólicos: um diálogo com Jacques Derrida. In: _____. *Filosofia em tempo de terror*. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2004.
- BUTLER, Judith. *Precarious life: the power of mourning and violence*. New York: Verso, 2004.
- CAILLOS, R. *L'homme et le sacré*. Paris: [s. n.], 1939.
- COMPAGNON, Antoine. *Os cinco paradoxos da modernidade*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.
- DERRIDA, Jacques. *Force de loi*. Paris: Galilée, 1994.
- DYMETMAN, Annie. Benjamin & Schmitt: uma arqueologia da exceção. *Lua nova: revista de cultura e política*, São Paulo, n. 53, p. 115-134, 2001.
- EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. *Direito fundamental como oposição política: discordar, fiscalizar e promover a alternância*. Curitiba: Juruá, 2006.
- FRIEDRICH, C. J. *Constitutional government and democracy*. Boston: Ginn, 1941.
- GENEL, Katia. The question of biopower: Foucault and Agamben. *Rethinking Marxism*, [S. l.], v. 18, n. 1, jan./fev. 2006.
- GREENHALGH, Luiz Eduardo. Situação do sistema prisional brasileiro: síntese de videoconferência nacional realizada pela comissão de direitos humanos e minorias da câmara dos deputados em parceria com a pastoral carcerária – CNBB. *Câmara dos Deputados*, Brasília, jul. de 2006. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/comissoes/cdhm/prisional>>. Acesso em: [200-?].
- GREIF, Mark. Apocalypse deferred: Giorgio Agamben's state of exception. *Adam Ash*, [S. l.], n. 1, primavera, 2005.
- HARDT, Michael (Org.). *Radical thought in Italy*. Minneapolis: University of Minnesota, 1996.
- _____. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2004. 1 v.
- _____. *La comunità che viene*. Torini: Bollati Boringhieri, 2001.
- _____. *Means without end: notes on politics*. Tradução de Vincenzo Binetti; Cesare Casarino. Minneapolis: University of Minnesota, 2000.
- _____. *The open: man and animal*. Standford: Standford University, 2004.
- HEINS, Volker. Giorgio Agamben and the current state of affairs in humanitarian law and human rights policy. *German Law Journal*, Toronto, v. 6, n. 5, maio 2005.
- HERBERT, Gary B. Clarity and confusion in the human rights debate: an editorial. *Human Rights Review*, Alabama, v. 5, n.1. out./nov. 2003.
- HONIG, B. Declarations of independence: Arendt and Derrida on the problem of founding a republic. *American Political Science Review*, Washington, v. 85, n. 1, mar. 1991.
- HUNT, Lynn. The revolutionary origins of human rights. In: THE FRENCH revolution and human rights: a documentary history. New York: Bedford Books, 1996.
- LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemony and socialist strategy: towards a radical democratic politics*. London: [s. n.], 1985.
- LYOTARD, Jean-François. The other's rights. In: SHUTE, S. Hurlley S. *On human rights*. New York: Basic Books, 1994.
- MCQUILLAN, Colin. Postmodern politics and the state. *New Thinking*, [S. l.], v. 1. summer, 2003. Disponível em: <<http://www.new-thinking.org/journal/postmodernpolitics.html>>. Acesso em: [200-?].
- MOUFFE, Chantal. *Dimensions of radical democracy*. London: Verso, 2001.
- _____. Globalização e cidadania democrática. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 36, 2001.
- _____. La nueva lucha por el poder. *Política.com*, Buenos Aires, [200-?].
- Disponível em: <http://www.politica.com.ar/Filosofia_politica/La_nueva_lucha_por_el_poder_Mouffe.html>. Acesso em: [200-?].
- _____. *The challenge of Carl Schmitt*. London: Verso, 1999.
- _____. *The democratic paradox*. London: Verso, 2000.
- _____. *The return of the political*. Londres: Verso, 1993.

- NEGRI, Antonio. *Time for revolution*. Tradução de Matteo Mandarin. New York: Continuum, 2003.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. Não existem direitos humanos à brasileira. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 05 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sedh/edh/noticias2.asp?id=1228>>. Acesso em: [200-?].
- PRIMEIRO comando da capital. In: WIKIPÉDIA, [s. l.], 24 jun. 2007. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Primeiro_Comando_da_Capital>. Acesso em: [200-?].
- RANCIÈRE, Jacques. *On the shores of politics*. London: Verso, 2001.
- _____. Who is the subject of the rights of man?. *South Atlantic Quarterly*, [S. l.], spring/summer, 2004.
- RASCH, William. *Sovereignty and its discontents*. London: Birkbeck Law, 2003.
- REIS, Fábio Wanderley. *Política e racionalidade: problemas de teoria e método de uma sociologia crítica da política*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.
- ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- SAVIC, Obrad. Figures of the strangers: citizen as a foreigner. *Parallax*, Berkeley, v. 11. n. 1, inverno, 2005.
- SCHMITT, Carl. *Politische theologie*. München: [s. n.], 1922.
- _____. *Roman catholicism and political form*. Westport: Greenwood, 1996.
- _____. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1982.
- SCHÜTZ, A. L'immaculée conception de l'interprète et l'émergence du système juridique: à propos de fiction et construction en droit. *Droit*, Paris, n. 21, 1995.
- SHAFIR, Gershon. Citizenship and human rights in an era of globalization. *Division of social sciences*, San Diego, 2001. Disponível em: <<http://weber.ucsd.edu/~gshafir/citizenship%20and%20human%20rights.html>>. Acesso em: [200-?].
- SIEGELBERG, Mira. Arendt's legacy usurped: in defense of the (Limited) nation-state. *Columbia Current*, [S. l.], dec. 2005.
- SOUKI, Nádía. *Hannah Arendt e a banalidade do mal*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.
- SOUZA, Eneida Maria. *A pedra mágica do discurso*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

Da plena compatibilidade da aplicação da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos

Insustentabilidade da tese contrária

Francisco Chaves dos Anjos Neto

Costuma-se afirmar que a Constituição é aquilo que o Supremo diz. É curiosa essa afirmação. A Constituição é aquilo que, por delegação popular, ela própria transparece ou sugere, em menor ou maior grau de clarificação, a cujos intérpretes, aí aparece o Supremo, cabem bem fixar o seu alcance. Um tribunal, por mais supremo que ele seja, não pode perder, na sua tarefa precípua de interpretar uma Constituição, o seu sentido de instância reflexiva, sem a qual não poderá captar os sentimentos e os apelos da coletividade, pois é justamente isso que dá legitimidade às suas decisões, como diriam Alexy e Habermas.

O Supremo está prestes a perder essa sintonia com a coletividade, caso confirme-se a sua tendência, até agora em formação, no sentido de decidir, quando do julgamento da Reclamação nº 2.138/DF – e das demais que lhe seguem –, pela inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 (a chamada lei de combate à improbidade administrativa) aos agentes políticos, assim entendidos aqueles que expressam as prerrogativas dos poderes estatais ou que estão na cúpula das decisões governamentais (como, p. ex., Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores, Prefeitos, Juízes, Membros do Ministério Público etc).

É de se dizer isso, porquanto, por ocasião desse aludido julgamento, o então Ministro Nelson Jobim sustentou que seria

Francisco Chaves dos Anjos Neto é Procurador Regional da República. Mestre em Direito Público.

incabível a incidência da Lei nº 8.429/92 em relação a determinados agentes políticos – e aí cita o caso específico do Ministro de Estado, parte interessada na Reclamação nº 2.138/DF –, por entender que os atos considerados como de improbidade administrativa teriam correspondência, pela citada lei, aos crimes de responsabilidade, como tais já tratados na Lei nº 1.079/50, sendo este o único diploma legal a ser aplicável à espécie, tendo presente o regime especial de responsabilização a que tais autoridades públicas estão submetidas no sistema constitucional pátrio, cujo julgamento ficaria a cargo do próprio STF, e não do juízo de primeiro grau, ao qual cabe unicamente apreciar os pedidos de caráter reparatório, a serem deduzidos por ações civis públicas, populares ou qualquer procedimento ordinário ou cautelar com o mesmo figurino, que não a ação de improbidade, a pretexto de que esta última teria uma nítida natureza penal ou punitiva (o que, aliás, reflete, neste particular, uma conhecida posição doutrinária de um de seus pares, o Min. Gilmar Mendes, que compartilha um estudo com essa mesma perspectiva com o advogado Arnoldo Wald).

Na seqüência do julgamento, esse voto do relator foi acompanhado por mais cinco Ministros (Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão, sendo que estes dois últimos não mais compõem o tribunal).

A divergência, pelo menos parcial, coube ao Ministro Carlos Velloso (que também deixou o tribunal), ao sustentar que, em linha de princípio, a Lei nº 8.429/92 aplicar-se-ia igualmente aos agentes políticos, a menos que sua conduta fosse tipificada como crime de responsabilidade, de que trata a lei especial, conforme determina a Constituição Federal (art. 85, parágrafo único), aí aparece a Lei nº 1.079/50, de modo que, só se não houver típica previsão nesta, admite o enquadramento naquela, numa nítida relação de subsidiariedade entre uma e outra.

Portanto, bem se vê que as duas correntes, até agora postas no tribunal, caminham, a primeira, do Min. Jobim – e seus partidários –, no sentido de que, em sede de responsabilização de agentes políticos supostamente envolvidos em atos de improbidade administrativa, há uma plena absorção da Lei nº 8.429/92 pela Lei nº 1.079/50, sendo esta última inerente a crimes de responsabilidade, a única a ser aplicável, entendimento esse do qual diverge parcialmente o Min. Velloso, para quem o regime aplicável seria o de tipicidade estrita, só admitindo a invocação dessa lei de caráter especial (Lei nº 1.079/50), quando a conduta estiver enquadrada em sua tipologia, sem o que se aplica, em sua inteireza, a lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92).

Em suma, ambas as correntes, em menor ou maior grau, admitem a aplicação da Lei nº 1.079/50 como fator prejudicial para o enquadramento dos agentes políticos na Lei nº 8.429/92, sendo que a primeira parte da premissa, que diríamos de caráter absoluto, de que aquela sempre absorveria a segunda, enquanto esta última, do Min. Velloso, tem presente que essa coincidência típica seria só parcial, por isso só aplicando a lei de improbidade administrativa de forma subsidiária.

A par de as duas correntes passarem distantes do seu compromisso de ter a Corte Suprema como uma instância reflexiva dos anseios e sentimentos populares, sob pena de carência de legitimidade de suas decisões, pois não é preciso correr mundo para saber que o esvaziamento, em menor ou maior grau, da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos significa virar as costas para a comunidade, como um todo, que reclama por um maior rigor nesse tipo de responsabilização – ou, dito por outras palavras, nenhuma razão plausível teria para se sensibilizar por uma causa que só interessa a uma diminuta parcela de poder –, o pior de tudo é dar conta do descompasso que esse tipo de decisão acarreta em relação à própria vontade do constituinte de 1988.

Ora, o constituinte de 1988 quis porque quis inaugurar um regime todo especial de proteção à tutela da probidade administrativa, que passa pelas mais variadas formas de responsabilidade, conforme consta da atual Constituição Federal, a saber: a) criminal (art. 37, § 4º, “parte final”, quando lança a ressalva de “sem prejuízo da ação penal cabível” c/c o art. 52, parágrafo único, “parte final”, ao mencionar ressalva, até em maior extensão, eis que “sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”); b) político-institucional ou político-criminal (art. 52, c/c o art. 85, parágrafo único, que trata da lei especial disciplinadora do *impeachment*, entre os vetores ali eleitos de proteção, a “probidade da administração”, segundo o inciso V deste último dispositivo); c) extrapenal, de caráter administrativo ou civil (art. 37, § 5º, que trata dos ilícitos atribuídos a servidores públicos, e art. 52, parágrafo único, como decorrência da mesma ressalva acima citada); d) eleitoral (art. 14, § 9º, naquilo que estabelece, entre os casos de inelegibilidade, tudo que venha a ofender certos valores, entre os quais, a “probidade administrativa, moralidade e legitimidade das eleições”).

Dito isso, basta observar que a defesa da probidade administrativa não se encerra no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, naquilo que faz ressalva, em nome mesmo do compartilhamento de mais de uma instância sancionatória, entre os reflexos punitivos da lei penal quando em convivência saudável com a lei de improbidade administrativa, de cujo passo não se afastou, pelo contrário, tornou até mais nítida essa multiplicação de responsabilidade, quando em conta o art. 52, parágrafo único, da mesma Carta Magna, ao fazer menção, sem prejuízo do processo de *impeachment*, às demais sanções judiciais aplicáveis.

Assim, com tantas ressalvas de sanções e compartilhamento de instâncias, como não nos deixam mentir esses dois dispositivos constitucionais (arts. 37, § 4º, e 52, parágrafo único, ambos pelo que constam

em sua parte final), custa a acreditar que a Corte Suprema ainda encontre inspiração para sustentar algum tipo de exclusividade punitiva para agentes políticos em sede de proteção da probidade administrativa.

Para completar, mesmo se fosse o caso de trabalharmos com as correntes de pensamento que avultam dos votos dos ministros no julgamento dessa Reclamação nº 2.138/DF, chegaríamos à conclusão de que não há correspondência aproveitável entre os tipos previstos na lei de improbidade (Lei nº 8.429/92) e na lei do *impeachment* (Lei nº 1.079/50), tudo isso por uma razão bem simples: os tipos previstos nesta última lei, como sendo de caráter especial, são de tipicidade direcionada e casuística própria, como reflexo dos próprios valores eleitos no art. 85 da Constituição Federal, quais sejam: I – a existência da União; II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV – a segurança interna do País; V – a probidade na administração; VI – a lei orçamentária; VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Como diria José Afonso da Silva (1997, p. 519):

“Todos esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento (art. 85, par. ún., já existindo a propósito a Lei 1.079/50), respeitados naturalmente as figuras típicas e os objetos materiais circunscritos nos incisos do art. 85”.

Pois bem, sem muito esforço interpretativo, não há qualquer parâmetro de comparação entre os bens jurídicos eleitos nos quatro primeiros incisos (proteção da União, do livre exercício dos poderes constituídos e do Ministério Público, em todos os planos federativos, dos direitos políticos, individuais e sociais, e da segurança interna do país), considerando-se a lei de

crimes de responsabilidade, de um lado, quando confrontada à lei de improbidade administrativa, de outro lado, até porque esta última é mais direcionada para a função administrativa do que propriamente política do administrador.

De igual modo, mesmo que considerando a tutela da probidade da administração, que é a razão de ser da Lei nº 8.429/92, e o mesmo vetor de proteção, visto aqui como um dos incisos do art. 85 (inciso V), da Constituição Federal, que justificou o advento, e, a esta altura, a recepção da Lei nº 1.079/50, tida como compatível com a atual Carta Política, na linha de decisão do Supremo Tribunal Federal, quando do MS nº 21.689/DF, não se pode perder de vista que um e outro diploma legal, ainda que possam refletir a mesma questão, assim o fazem sob perspectiva diversa, por isso mesmo dignos de convivência harmoniosa, em suas vertentes próprias de responsabilidade.

É nesse mesmo sentido que tem que ser entendido o Decreto-Lei nº 201/67, aplicável aos prefeitos, no âmbito de seus municípios, sempre que envolvidos em algumas daquelas condutas formuladas no art. 4º, e seus incisos, eis que, embora sem guardar a mesma técnica legislativa da Lei nº 1.079/50 (tanto é assim que o Min. Paulo Brossard, então integrante do STF, quando do julgamento do HC nº 70.671-1/PI, termina por acentuar que, “bem ou mal disciplinado”, é o art. 4º, e não o art. 1º, desse diploma legal, que cuida dos crimes de responsabilidade desses agentes políticos), de todo modo é por meio dele que se impulsiona, na seara local, a instância político-institucional, com as peculiaridades próprias de só se submeter à perda do cargo e de o julgamento caber à Câmara de Vereadores, sob a presidência do dirigente maior desta (portanto, sem cumular com a pena de inabilitação temporária para o exercício de função e sem a submissão do julgamento à presidência do magistrado que dirige o órgão jurisdicional que, em sede criminal, seria o competente

para apreciar e julgar o mesmo agente político, características essas ínsitas ao mesmo processo de responsabilidade, no plano federal).

O certo é que a Lei nº 8.429/92 alcança o agente no seu exercício administrativo propriamente dito, enquanto as disposições da Lei nº 1.079/50 – e porque não dizer o art. 4º do Decreto-Lei nº 201/67 – tratam dos atos genuinamente políticos, assim entendidos naquela margem considerável de autonomia, em suas decisões, mas que sofrem limitações em nome mesmo de uma convivência harmoniosa com os demais poderes constituídos e em função do próprio respeito aos pilares capitais da Constituição Federal. Observe-se, a propósito, a tipologia presente no art. 9º de um desses diplomas legais, mais especificamente a Lei nº 1.079/50, como tal aplicável à instância político-institucional dos crimes de responsabilidade, no plano federal (como, p. ex., a omissão ou retardamento de publicação de leis e resoluções do Poder Legislativo ou atos do Poder Executivo, não prestação de contas ao Congresso Nacional, não chamar para si a responsabilização de seus subordinados envolvidos em delitos funcionais ou atentatórios à Constituição, ordens ou requisições flagrantemente inconstitucionais ou infração às leis de concurso público), cujas condutas em nada se confundem com aquelas descritas naquele primeiro diploma legal (Lei nº 8.429/92), mesmo no art. 11 deste, porquanto inerente à improbidade administrativa vista sob o enfoque do gestor, em sua rotina administrativa, carente da mesma margem de discricção política que caracteriza aquele, em sua roupagem de governante.

Como é sabido, os agentes políticos praticam, além de atos que fazem jus ao nome, outros de natureza eminentemente administrativa. É justamente para esta última situação que se reserva a lei de improbidade administrativa. Na pena firme de Celso Antonio Bandeira de Mello (2003, p. 351-352), tem-se como atos políticos ou de

governo aqueles “praticados com margem de discricção e diretamente com obediência à Constituição, no exercício de função puramente política, tais o indulto, a iniciativa de lei pelo Executivo, sua sanção ou veto... Por corresponderem ao exercício de função política e não administrativa, não há interesse em qualificá-los como atos administrativos, já que sua disciplina é peculiar”.

Destarte, nem toda atividade do agente político se apresenta com essa margem exclusiva de discricção política, sabendo-se que há determinado tipo de atuação, sobretudo no manejo de recursos públicos, que se reveste de caráter eminentemente administrativo, não havendo espaço para maior leque de discricionariedade. Esse tema, enquanto relacionado aos gestores públicos municipais, foi enfrentado com muita propriedade por José Afonso da Silva (2000, p. 627-628):

“Caberá à Lei Orgânica de cada Município discriminar as funções do Prefeito, que, *grosso modo*, se distinguem em funções de governo e funções administrativas. As primeiras compreendem as funções políticas, tais como: representação do Município, direção geral dos negócios municipais, relações com outras autoridades; as funções colegislativas, como: sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, vetar projetos de lei, enviar mensagens à Câmara sobre a situação do Município; e as funções executivas estrito senso, como a fixação de diretrizes do governo municipal, o planejamento da administração local, a direção dos negócios municipais etc. As segundas – as funções administrativas do Prefeito – absorvem grande parte de sua atividade. Dentre elas sobressaem a execução das leis, pondo em movimento a máquina administrativa, a nomeação e exoneração de seus auxiliares, o provimento de cargos públicos municipais, a expedição de atos referentes à vida funcional

dos servidores locais, a arrecadação e guarda das rendas municipais, tomando providências sobre sua aplicação, autorizando pagamentos; a gestão do patrimônio e bens municipais, enfim, supervisionando todos os serviços locais, executando obras públicas reclamadas pelo desenvolvimento da comunidade local”.

Para exemplificar, impõe-se observar que, embora a negligência na arrecadação de tributo ou renda, bem como na conservação do patrimônio público, possa ser vista como um ato de improbidade administrativa (art. 10, inciso X, da Lei nº 8.429/92), ao mesmo tempo um ato sujeito à responsabilidade político-institucional, quer no plano federal (art. 11, item “5”, da Lei nº 1.079/50), quer no plano municipal (art. 4º, inciso VIII, do Decreto-Lei nº 201/67), ressalte-se que estas últimas duas condutas haverão de ser tratadas sob a perspectiva de quem se encontra no seu papel típico de governante, maior ou mirim, e não como mero gestor, na sua rotina administrativa diária, que caracteriza aquela primeira conduta.

Com isso se quer significar que não há relação de prevalência ou de uma cogitada prejudicialidade (aqui entendida em um sentido menos técnico) entre as condutas atribuídas em qualquer um desses diplomas legais, quando considerados entre si, pois cada um deles tem um campo próprio de atuação, assim como tem sido reconhecido em relação à convivência harmoniosa entre os crimes de responsabilidade e os ditos comuns, quando imputados ao mesmo agente político, conforme entendimento já pacificado em sede doutrinária e jurisprudencial, ao admitir a tramitação de processos simultâneos sob essa última perspectiva duplamente considerada, sem que isso importe em dupla punição.

A rigor, nessas situações de interação típica, em que a mesma ação atribuída ao agente político possa aparentemente impulsionar mais de uma responsabilidade, o que se exige é tão-somente uma perfeita

identificação dessas cogitadas condutas às concepções ontológicas de cada um desses diplomas legais, de modo que isso significa dizer que, nos demais casos, em que não existe essa tipicidade interativa – o que se dá, aliás, na maioria das situações –, é de se concluir que cada tipo fala por si mesmo.

O mesmo raciocínio se aplica ao inciso VI do art. 85 da Carta Magna, ao eleger, como um de seus vetores de proteção, o respeito à lei do orçamento, o que terminou por se refletir no art. 10, e seus vários itens, da Lei nº 1.079/50, mas cujo dispositivo legal em nada guarda parâmetro com qualquer um relacionado à Lei nº 8.429/92, nem mesmo no art. 10, dentro da particularidade de seus incisos VI (“realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea”) e IX (“ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento”), pois nessas últimas situações o que está em jogo é o descumprimento de rotinas administrativo-financeiras impostas por alguns diplomas legais, como é o caso da Lei nº 4.320/64, ou mesmo infralegais, aí se inclui o Decreto nº 93.872/86, diferentemente daquele primeiro ato legiferante, voltado para a tipicidade por crimes de responsabilidade, e como tal mais preocupado com os cometimentos políticos inerentes à observância dessa lei específica, dotada de proteção constitucional, que é aquela de formulação e execução orçamentária anual, para a qual é dado exigir do governante um fiel cumprimento, em seus balizamentos e contornos próprios, perspectiva esta que se aplica igualmente aos prefeitos municipais, a teor do Decreto-Lei nº 201/67, mais precisamente no seu art. 4º, inciso VI (“Descumprir o orçamento aprovado para o exercício financeiro”).

Por igual perspectiva, aqui se toma o último dos vetores eleitos no art. 85, da Constituição Federal, assim se entendendo o respeito ao “cumprimento das leis e das decisões judiciais”, pois o art. 12 da

Lei nº 1.079/50, ao tratar dessas hipóteses (como, p. ex., impedir, por qualquer meio, o efeito dos atos, mandados ou decisões do Poder Judiciário; recusar o cumprimento das decisões do Poder Judiciário no que depender do exercício das funções do Poder Executivo; deixar de atender a requisição de intervenção federal do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior Eleitoral; impedir ou frustrar pagamento determinado por sentença judiciária), mais parece levar em conta o equilíbrio dos poderes constituídos, visto sob a ótica da necessária harmonia entre o Executivo perante o Judiciário, a qual resta violada por qualquer uma dessas condutas atribuídas ao governante, o que mais uma vez significa dizer que a responsabilidade deste é própria de sua atividade de discricção política, e não de rotina administrativa, quando só nesse último caso aplicaria-se a Lei nº 8.429/92, o que não é o caso.

Com tanto mais razão, não há porque invocar, como se fosse prejudicial à aplicação da lei de improbidade administrativa, os tipos previstos no art. 11 da Lei nº 1.079/50, até porque, em relação a estes, que tratam da “guarda e legal emprego dos dinheiros públicos”, tal bem jurídico não compõe o rol protetivo do art. 85 da Carta Magna, o que levou alguns doutrinadores, como é o caso de Luís Roberto Barroso (2006), a sustentarem a não recepção desse dispositivo legal diante da ordem constitucional, tanto a atual, a partir de 1988, como a imediatamente anterior, de 1967/1969, porquanto só arrolada, na última vez, em plano constitucional, ao tempo do art. 89, inciso VII, da Carta de 1946, e não mais repetida nas seguintes.

Daí para frente se pode assentar que, se, de um lado, nem todos os tipos previstos na Lei nº 1.079/50 ainda estariam em vigor, por outro lado, mesmo considerando aqueles que foram recepcionados pela atual ordem constitucional, há de se ponderar que, naquelas situações de interação típica, em que a mesma conduta aparentemente possa impulsionar mais de um tipo de responsabilidade, é de se concluir que há

uma perfeita convivência daquela com a Lei nº 8.429/92, na medida em que cada um desses diplomas legais toma o ato do agente político sob uma perspectiva diversa; o primeiro, sob a margem de discricção política, peculiar àquele, e o segundo, em face da rotina burocrática que inspira o atuar administrativo de todo e qualquer agente público, aí incluído até mesmo um dirigente máximo de poder constituído ou mesmo uma autoridade maior de um órgão de cúpula administrativa.

Em conclusão, bem se vê que exigir tratamento diferenciado para os agentes políticos mais parece defender uma tese que, de tão casuística, não resiste ao teste de universalidade, por isso mesmo se ressentindo de maior rigor científico.

A propósito, basta observar que, de *lege lata*, nem todo agente político necessariamente se submete a processo de *impeachment*, pois não basta a Constituição Federal arrolar diversas autoridades públicas dignas de submissão a crimes de responsabilidade quando a lei regulamentadora, que é a Lei nº 1.079/50, é casuística em só arrolar certas autoridades: Presidente da República (art. 4º); Ministros de Estado (art. 13); Ministros do STF (art. 39); Presidentes de Tribunais Superiores ou não, que exercem cargo de direção ou equivalentes (art. 39-A, parágrafo único); Procurador-Geral da República (art. 40); Advogado-Geral da União (art. 40-A, parágrafo único, II); Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar e dos Ministérios Públicos dos Estados e Distrito Federal, bem assim os equivalentes, em igual plano federativo, ao Advogado-Geral da União, assim como os membros dos Ministérios Públicos da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando à frente de funções de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições (art. 40-A, parágrafo único, II, da Lei nº 1.079/50); Governadores e Secretários de Estado (art. 74, sendo que, em relação a estes, a fonte de

inspiração é a própria lei ordinária, e não a Constituição Federal, porque silente quanto a estes agentes políticos, em particular).

Digno de registro é constatar que os parlamentares, a menos que estejam eventualmente no exercício de uma atividade administrativa (titular de um Ministério ou Secretaria de Estado), estão fora da previsão da Lei nº 1.079/50.

Há mais um porém. Muitos dos corifeus dessa corrente que vem ganhando corpo na Reclamação nº 2.138/DF, e para eles há de se emprestar uma presunção de boa-fé, não deram conta da possibilidade de estarem patrocinando um festival de impunidade, pois, conforme já decidiu mais de uma vez o Supremo Tribunal Federal (Inq 1.350, decisão monocrática do Min. Celso de Mello, e decisão colegiada no MS 21.564/DF), a desinvestidura do imputado do cargo a que responde, por crime de responsabilidade, implica a impossibilidade de ser intentado o processo de *impeachment*. Dito por outras palavras, basta o imputado, nessa situação, trabalhar com a possibilidade de não se submeter ao controle jurisdicional, a pretexto de sua condição de agente político, e, uma vez preclusa tal decisão, simplesmente operar um juízo de estratégia política sobre a necessidade ou não de renunciar ou pedir exoneração do cargo, para efeito de se subtrair ao processo de *impeachment*, embora, se fosse o caso de submeter tão-somente a este, a única pauta de julgamento se inspire num juízo de conveniência política, própria desse tipo de julgamento.

Por tudo isso, acredita-se que a nossa Corte Suprema ficará sensibilizada com a preocupação da sociedade brasileira, que clama por mais rigor nesse tipo de imputação de responsabilidade.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Crimes de responsabilidade e processos de impeachment. *Juris Plenum*, Caxias do Sul, a. 87, v. 2, mar. 2006.

MELLO, Antonio Bandeira. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Curso de direito constitucional positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

A doutrina brasileira do *habeas corpus* e a origem do mandado de segurança

Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal

Luiz Henrique Boselli de Souza

A origem do mandado de segurança em nosso ordenamento jurídico está intrinsecamente relacionada com a história da defesa dos direitos fundamentais em juízo e também com o que ficou conhecido como Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus* no período da Primeira República.

Em nossa atual Constituição, o *habeas corpus* coloca-se ao lado do mandado de segurança, do mandado de injunção, do *habeas data*, da ação popular e da ação civil pública para formar o rol dos remédios constitucionais ou *writs*. Esse termo, como ressalta Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 85), “lembra que na origem eram ordens escritas, em latim, expedidas pelos tribunais reais. Com efeito, *writ* tem a mesma raiz do verbo *to write* (escrever)”.

Essas ações constitucionais são espécies de garantias ativas, ou seja, instrumentos jurídicos para se defender e implementar os demais direitos. Direitos sem garantias tornam-se fórmulas vazias, faltando-lhes o veículo para a efetividade. Essa distinção já era sabiamente feita por Ruy Barbosa ao tempo da Primeira República.

Ocorre que a Constituição de 1891, documento de notórias influências liberais e que trazia em seu bojo uma Declaração de Direitos na qual eram enunciados direitos eminentemente individuais, continha apenas uma espécie de garantia ativa ou *writ*: o *habeas corpus*.

Luiz Henrique Boselli de Souza é mestre e doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP; especialista em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas e em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

Em razão disso, o tempo e a prática judiciária evidenciaram a carência de instrumentos para defesa de inúmeros direitos. A consequência foi uma reinterpretação do instituto do *habeas corpus* decorrente dos esforços doutrinários e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dando origem à doutrina brasileira do *habeas corpus*, que conferiu, em nossa terra, ao antigo instrumento processual inglês, maior extensão. Segundo alguns, a maior do mundo.

A razão disso estava na redação original do art. 72, § 22, da Constituição de 1891 que dizia, “dar-se-á *habeas-corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Como se pode notar, o referido dispositivo não fazia nenhuma remissão ao direito de ir e vir, nem à liberdade de locomoção. Também não falava em *prisão*, *constrangimento corporal*, em *liberdade física* propriamente dita. Somando-se a isso a presença das expressões *coação*, *ilegalidade* e *abuso de poder*, construiu-se a tese da utilização desse *writ* em todas essas hipóteses, independentemente da presença de um constrangimento físico direto.

Essa tese, que ficou conhecida como a Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus*, encontrou em Ruy Barbosa ardoroso defensor. Segundo ele, “não se fala em prisão, não se fala em constrangimentos corporais. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do *habeas corpus*” (SENADO FEDERAL, [19 -- ?]).

Ruy defendia a utilização do *habeas corpus* em todas as hipóteses. Para ele, não se tratava de uma mera interpretação do texto constitucional. Antes, o legislador constituinte havia, de fato, agido intencionalmente, dando ao instituto do *habeas corpus* conotação ampla, tornando-o instrumento de defesa contra todos os abusos e ilegalidades.

O *habeas corpus* já estava previsto no Código Criminal de 1830 e no Código de Processo Criminal de 1832. Tais textos, porém, faziam menção expressa à prisão e ao constrangimento físico. Por isso, defendia Ruy Barbosa que “a questão está resolvida pelo confronto da letra das instituições republicanas com a letra das instituições imperiais. Se a Constituição de 1891 pretendesse manter no Brasil o *habeas-corpus* com os mesmos limites dessa garantia durante o Império, a Constituição de 1891 teria procedido em relação ao *habeas-corpus* como procedeu relativamente à instituição do júri. A respeito do júri, diz formalmente o texto constitucional: É mantida a instituição do júri”. E completa Ruy: “o *habeas-corpus* hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal; o *habeas-corpus* hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade” (SENADO FEDERAL, [19 -- ?]).

Como exemplo, o *Habeas Corpus* nº 3.536 do Supremo Tribunal Federal, de 6 de maio de 1914, em que Ruy Barbosa é, ao mesmo tempo, impetrante e paciente. Insurge-se o então Senador pelo Estado da Bahia contra o Chefe de Polícia que impediu a publicação no jornal denominado *O Imparcial* de discurso por ele proferido no Senado Federal contra ato do Governo da União que, infringindo preceitos constitucionais, prorrogou por seis meses o estado de sítio.

Assim decidiu o Supremo:

“Considerando que o constrangimento ou coação de um deputado ou senador no exercício de seu mandato concedido pela soberania nacional, partindo de poder público, incide evidentemente na hipótese do art. 72, § 22, da Constituição da República, que manda conceder *habeas corpus* ‘sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou abuso de poder’;

Considerando que o fato de que se queixa o senador impetrante do presente *habeas corpus* 'de se achar privado de publicar os seus discursos na imprensa, fora do *Diário Oficial*', por ato do chefe de Polícia desta cidade, importa em manifesta restrição na sua liberdade de representante da Nação, porque o seu mandato deve ser cumprido em sessões públicas do parlamento (art. 18 da Constituição), em discursos, pela palavra falada para a Nação que ele representa; Considerando que neste regímen político a publicidade dos debates do Parlamento é da sua essência, porque todos os poderes políticos surgem da Nação no exercício de sua soberania, e ela, como comitente do mandato, precisa saber como agem seus representantes; Considerando finalmente que a publicação dos discursos, restrita à imprensa oficial sob a fiscalização do executivo, anula a publicidade; Acordam por estes fundamentos conceder a ordem impetrada, para que seja o impetrante, senador Ruy Barbosa, assegurado no seu direito constitucional de publicar os seus discursos proferidos no Senado, pela imprensa, onde, como e quando lhe convier" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, [19 -- ?]).

A questão, porém, contou com votos divergentes, que demonstram a polêmica do debate acerca do cabimento do *habeas corpus* em hipótese como esta que, na verdade, resguarda a liberdade de expressão. De fato, vale consignar o voto do Ministro *Godofredo Cunha*, vencido:

"Não tomei conhecimento do presente pedido de *habeas corpus*, por entender que este não é o remédio hábil para corrigir ou reparar o mal de que se queixa o impetrante.

O preceito do art. 72, § 22, da Constituição, deve ser interpretado em

termos, e não com a generalidade que a maioria lhe empresta.

É essa a opinião de Lucio de Mendonça, conselheiro Lafayette, Hwrd, Kent, Rossi, Blackstone e outros, os quais provam que o *habeas corpus* é destinado tão-somente a proteger a liberdade pessoal, isto é, o poder de franca locomoção: *personal liberty is the power of unrestrained locomotion*.

Este artigo, pela expressão *indivíduo*, circunscreve a disposição à pessoa física. Na hipótese, por exemplo, do art. 80, § 2º da lei fundamental, só as pessoas físicas podem ser presas e desterradas e não as morais, por não serem susceptíveis de prisão ou desterro.

O impetrante e paciente não está coagido em sua liberdade, nem ameaçado de constrangimento ilegal com relação à sua pessoa" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, [19 -- ?]).

Outro julgado emblemático foi o do "Caso da Bahia", em que os advogados Ruy Barbosa e Methodio Coelho impetraram ordem de *habeas corpus* em favor de Aurélio Rodrigues Vianna, 2º vice-governador em exercício do Estado da Bahia, e outros deputados estaduais, alegando encontrarem-se em constrangimento ilegal, pois haviam sido impedidos de exercer seus cargos em Salvador, ocupada por força militar da União. Neste julgado, *Habeas Corpus* nº 3.137 do Supremo Tribunal Federal, ficou consignado que "compete ao Poder Judiciário garantir com *habeas corpus* a liberdade individual necessária ao exercício das funções políticas" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, [19 -- ?]).

Em verdade, à posição extrema de Ruy Barbosa contrapunha-se a interpretação ortodoxa do *habeas corpus* apenas como meio de defesa da liberdade de ir e vir.

Entretanto, de notável importância, posto que empregada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi corrente intermediária que, a despeito de também

permitir uma interpretação mais ampla, fundava seu entendimento na tese de que a liberdade de locomoção era condição necessária para o exercício de inúmeros outros direitos que, por isso, poderiam ser protegidos pelo *habeas corpus*.

De fato, nenhum direito pode ser exercido se não houver liberdade de locomoção. Ela é condição e meio para o exercício de praticamente todos os demais direitos. Se um redator é impedido de adentrar na sede do jornal, ou se um religioso é obstado a freqüentar determinado culto, justificada seria a concessão de *habeas corpus*; porém, não para defender a liberdade de imprensa, ou a liberdade de religião, mas sim o direito de ir e vir, condição para o exercício daqueles.

Exemplo concreto é o caso dos Conselheiros Municipais do Distrito Federal. Alegando ilegalidade na formação interna do referido Conselho, com infração a dispositivos do Regimento Interno, o Presidente da República expediu decreto impedindo o Conselho de compor-se e reunir-se, fechando também o edifício. Contra tal ato e em favor de Conselheiros eleitos foram impetrados *habeas corpus* a fim de ser permitido o ingresso dos pacientes no edifício do Conselho e para o exercício do mandato.

O mérito pela tese que coloca o direito de locomoção como condição para os demais, possibilitando o amparo pelo *habeas corpus*, deve ser atribuído a Pedro Lessa, então Ministro do Supremo Tribunal Federal. Para ele, o *habeas corpus* tem função específica de proteger a liberdade, entendida em sua acepção estrita. Tanto que chegou a negar provimento em um dos *habeas corpus* do Conselho do Distrito Federal, sob o argumento de que o que se tentou conseguir “não foi garantir a liberdade individual somente, mas resolver concomitantemente uma questão de investidura em funções de ordem legislativa” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, [19 -- ?]).

Porém, Lessa defendia que o *habeas corpus* deveria ser admitido sempre que

o impetrante fosse privado de sua liberdade, que deveria ser vista também como um meio de exercício de todos os demais direitos. Tanto que, dias após, votou favoravelmente à Concessão da ordem a outro grupo de Conselheiros do Distrito Federal, os quais ele considerava regularmente investidos e que, portanto, pretendiam tão-somente a preservação de sua liberdade de exercer suas funções, e não a investidura. Em suas exatas palavras no HC nº 2794, de 11.12.1909:

“O *habeas corpus* tem por função exclusiva garantir a liberdade individual, e não investir quem quer que seja em funções políticas e administrativas.

Desta vez concedi a ordem, porque, analisando a espécie, verifiquei que é completamente distinta da anterior.

Os impetrantes, neste caso, alegam e provam que, exercendo os direitos que lhes davam os seus diplomas, passados pela Junta de Pretores, se haviam reunido regularmente sob a presidência do mais velho para a verificação de poderes.

O *habeas corpus* tem por fim exclusivo garantir a liberdade individual.

A liberdade individual ou pessoal, que é a liberdade de locomoção, a liberdade de ir e vir, é um direito fundamental, que assenta na natureza abstrata e comum do homem.

A todos é necessária; ao rico e ao indigente; ao operário e ao patrão; ao médico e ao sacerdote; ao comerciante e ao advogado; ao Juiz e ao industrial; ao soldado e ao agricultor; aos governados e aos governantes.

O direito de locomoção é uma condição *sine qua non* do exercício de uma infinidade de direitos.

Usa o homem da sua liberdade de locomoção para cuidar da sua saúde, para trabalhar, para fazer seus negócios, para se desenvolver científica, artística e religiosamente”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, [19 -- ?]).

Quando Pedro Lessa afirmava que o *habeas corpus* servia à proteção da liberdade entendida em sentido estrito (ponto em que foi, inclusive, acusado de contraditório pelo Presidente da República na ocasião em que concedeu *habeas corpus* em favor dos Conselheiros), ele queria dizer, na verdade, que o *writ* não se prestava a defender outros direitos que não o de liberdade, mas que, todavia, deveria ser concedido sempre que este, de alguma maneira, mesmo como condição de outros direitos, fosse ofendido.

Pontes de Miranda (1972) critica o entendimento de Pedro Lessa externado no *Habeas Corpus* nº 3.567, de 1º de julho de 1914, quando este diz que “é evidente que a liberdade de pensamento, a de consciência e a religiosa podem ser violadas por dois modos: ou pela coação à liberdade de locomoção impedindo-se que o jornalista, o tipógrafo e os demais empregados do jornal penetrem no edifício da folha ou pratiquem quaisquer outros atos de locomoção, necessários à publicação do jornal, ou que o orador vá à praça pública ou suba à tribuna onde tem de falar, que o adepto de certas idéias religiosas se afaste do lugar onde lhe ofendem as crenças, que o sectário de um culto se entregue aos atos do culto externo, dependentes da liberdade de movimentos, ou por outros quaisquer meios, pelo embaraço ao exercício de outros direitos, tolhendo-se, por exemplo, a construção de edifícios que tenham a forma de templo, apreendendo-se uma tipografia, todos os exemplares de um livro, exigindo-se, para a nomeação para certos cargos públicos, ou para todos, a profissão de certa fé religiosa. No primeiro caso, está claro que o remédio é o *habeas-corpus*, visto como há coação ilegal à liberdade de locomoção, condição, meio, caminho, para um sem-número de direitos. Dá-se o *habeas-corpus* para o paciente ir à praça pública, ou ao edifício do jornal, e poder manifestar os seus pensamentos pela tribuna ou pela imprensa” (...) “Quando a liberdade de pensamento, a de consciência e a de cultos, ou religiosa,

são tolhidas por outros meios que não a coação à liberdade de locomoção, absurdo fora conceder o *habeas-corpus* para garantir quaisquer direitos fundamentais. Se uma autoridade despótica arranca um templo, apreende arbitrariamente os exemplares de um livro, ou de uma folha diária, quem no gozo de suas faculdades mentais se lembraria de requerer um *habeas-corpus*?”. (REVISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1914, p. 267)

Para Pontes de Miranda (1972, p. 185), “a argumentação do ministro obscurecia a verdadeira extensão do *habeas-corpus*: não se protege o indivíduo, nesses casos, pelo simples fato de não serem atentados à liberdade física, e sim a coisas. Se fossem, o *habeas-corpus* seria indicado. Não no sendo, como nos exemplos lembrados pelo jurista, ou dar-se-ia início ao processo criminal pelos crimes imputados, ou, no caso de dano, propor-se-ia, para eficiente e pleno reembolso do paciente, a respectiva ação de indenização...”.

No entanto, Pontes de Miranda (1972, p. 186), não era a favor da interpretação restritiva ou ortodoxa do *habeas corpus*. Muito pelo contrário, como se pode inferir das seguintes passagens: “Qualquer que fosse o modo de acentuar, restringindo ou ampliando, as limitações do remédio, da forma, que o da Constituição de 1891, art. 72, § 22, equiparou a direito público constitucional, subjetivo, o que não se pode negar é a intenção do constituinte dando-lhe mais larga esfera de aplicabilidade. Boa ou excessiva: pouco importaria. Era o que lá estava”.

E mais adiante: “E que é que dizia o § 22 da Declaração de Direitos? O que os vocábulos desse parágrafo consignavam e mandavam é que se desse o *habeas-corpus* ‘sempre’ que houvesse coação ou violência, proveniente de atos ilegais ou abuso de poder. O ‘abuso de poder’ era conceito, aí, complementar de ‘ilegalidade’. A Constituição considerou que o abuso de poder pode não ser ilegal. Como se deveria en-

tender isso? Restritivamente, como se todos esses dizeres mantivessem apenas a antiga instituição? A negativa impunha-se a olhos vistos. Seria acusar o legislador constituinte de incurável e absoluta incompetência, ou prolixidade vazia, em coisas de escrever. Seria excetuar, por meio de interpretação clinicamente tendenciosa, toda a história liberal de nossa jurisprudência e de nossa política. Seria mais ainda: atentaria contra os mais corriqueiros preceitos universais de exegese" (MIRANDA, 1972, p. 187).

Assim, apresenta seu veredicto: "tecnicamente, o parágrafo estava perfeito. Miudear circunstâncias seria impróprio de uma Constituição: dizer mais do que disse rastrearia pelo ocioso e redundante; e dizer menos seria prometer outra coisa menos liberal, o que não foi, positivamente, a intenção do constituinte" (MIRANDA, 1972, p. 188).

Othon Sidou (1969, p. 53), assim como Pontes de Miranda (1972), enxerga no *habeas corpus* da Constituição de 1891 uma criação típica nacional, visando a defesa dos direitos fundamentais. Para ele o equívoco foi mais na escolha do nome do instituto criado para defesa dos direitos individuais do que nele próprio. Segundo Sidou, "é tempo de atentar para que, em verdade, o que a primeira constituição republicana fez não foi elevar o *habeas corpus* da sua condição processual para dar-lhe guarida em seu bojo, porém batizar com o nome específico do *habeas corpus* a garantia genérica em preservação dos direitos pessoais. Criou-se um instituto que, potenciado em defesa dos direitos individuais, exigia curso célere, e nesse propósito, perseguindo a rapidez, deu-se-lhe o nome de *habeas corpus*, tomando de seu, apenas, essa característica, peculiar a todos os interditos, e de todas a mais impositiva".

Houve, assim, sem dúvida, a criação de uma doutrina própria e autêntica do *habeas corpus* - a doutrina brasileira -, denominação justa em face de sua originalidade, que, apesar de ter partido do molde apre-

sentado pelo antigo instrumento jurídico inglês, adquiriu contornos pátrios bem particulares. Alguns chegaram a dizer que o instituto brasileiro era o mais amplo do mundo. Outros o comparam com o direito de *amparo* previsto na Constituição do México de 1917.

De qualquer forma, esse episódio foi um dos capítulos mais importantes de nossa história jurídica, principalmente por ter dado azo ao desenvolvimento e a posterior criação de outros institutos. Para Pontes de Miranda (1972, p. 233), "a tese reacionária e a antítese liberal fizeram explodir a mais memorável contenda jurídica constitucional do Brasil. Mais: da América Latina".

Tal foi a eficiência e a eficácia do *habeas corpus* durante o atribulado período da Primeira República que logo precipitou seu fim.

De fato, em 3 de setembro de 1926 adveio revisão constitucional que introduziu alterações no art. 72 da Constituição de 1891, a declaração de direitos. No entanto, nenhuma delas foi tão substancial como a realizada no parágrafo 22, que passou a ter a seguinte redação: "Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção".

A leitura demonstra que foi omitida a coação e acrescentada a liberdade de locomoção.

Passando a fazer referência expressa ao direito de locomoção, a Constituição restringiu o campo de aplicação do *habeas corpus* às hipóteses de cerceamento do direito de ir, ficar e vir.

A jurisprudência ainda tentou resistir, mantendo a interpretação de que o *writ* poderia ser utilizado sempre que a liberdade de locomoção fosse um direito condição para o exercício de outros direitos, mas certamente a posição restou enfraquecida pela alteração constitucional.

Direitos outros que não a liberdade de locomoção restaram, dessa forma, desam-

parados. E para solucionar esse problema a doutrina teve que buscar alternativas.

Alguns chegaram a defender a tese da posse dos direitos pessoais, ensejando a possibilidade de utilização dos interditos possessórios para sua defesa. Ruy Barbosa foi novamente um dos defensores de tal tese, que acabou não vingando.

Mas o fato é que a discussão jurídica ao fim da doutrina brasileira do *habeas corpus* acabou rendendo frutos. A lacuna teria que ser preenchida por outro instrumento.

Esse cenário fez parte da gênese do mandado de segurança, criação jurídica nacional como a doutrina que o precedeu e incentivou, introduzido pela primeira vez na Constituição de 1934 (art. 113).

Como disse Pontes de Miranda (1972, p. 235): “como dar remédio àquelas coações e ameaças providas dos poderes públicos quando a liberdade de locomoção não fosse o direito condição? Foi então que se pensou no Mandado de Segurança, criação posterior, porém que remonta ao projeto de Guidesteu Pires, em 1926. A data é sugestiva. Fechando-se a porta que a jurisprudência abria, era preciso abrir outra”.

Em 1934, era a seguinte a redação constitucional do art. 113, nº 33: “Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por acto manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as acções petitoriais competentes.”

Note-se que até o rito era o mesmo do *habeas corpus*. Inclusive, diante disso, não haveria, na prática, diferença entre os dois institutos, caso não tivesse o mandado de segurança sido regulamentado pela lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, que especificou as hipóteses de seu cabimento.

A Carta de 1937, por sua vez, obviamente em virtude do regime autoritário então adotado, suprimiu tal garantia, como é afeto a regimes dessa natureza.

Porém, em 1946 o mandado de segurança retornou ao quadro constitucional, nele permanecendo até hoje. Vale destacar, todavia, a redação do art. 141, § 24, da Constituição da 1946, que assim dispunha: “Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

Certo é que a menção expressa a tutela por via de mandado de segurança de direito não amparado por *habeas corpus* – e na atual Constituição acrescida da referência também ao *habeas data* – deixa transparecer, sem dúvida, sua origem.

Na esteira desse dispositivo constitucional, adveio a lei disciplinadora em 1951 (Lei nº 1.533, de 31 de dezembro), até hoje vigente.

Assim, a análise da doutrina brasileira do *habeas corpus* e das origens do mandado de segurança demonstra que este surgiu da necessidade e da importância de se disponibilizar ao cidadão instrumentos para a garantia, isto é, tutela e preservação, de seus direitos.

Sua gênese remete a um meio rápido, eficaz e constitucionalmente assegurado, criado como defesa contra as ilegalidades do Poder Público e, pois, indispensável ao Estado de Direito.

Desse modo, deve ser prestigiado como meio acessível e indispensável à manutenção das instituições democráticas e como criação do direito brasileiro.

Referências

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. 1 t.

REVISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rio de Janeiro: Supremo Tribunal Federal, v. 2, ago./dez. 1914.

SABINO JÚNIOR, Vicente. *O habeas corpus e a liberdade pessoal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

SENADO FEDERAL. *Annaes do senado*: sessão de 22 de janeiro de 1915. Brasília, [19--?].

SIDOU, J. M Othon. *Do mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

_____. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: julgamentos históricos. Brasília, [19--?]. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 mar. 2006.

A regulamentação da repercussão geral das questões constitucionais nos recursos extraordinários

EC nº 45/2004, Lei nº 11.418/2006 e Emenda Regimental do STF nº 21/2007

Fábio Martins de Andrade

Sumário

1. Introdução. 2. A regulamentação. 2.1. Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004. 2.2. Lei nº 11.418, de 19.12.2006. 2.3. Emenda Regimental do RISTF nº 21, de 30.04.2007. 2.4. Quadro esquemático do trâmite no STF. 3. A repercussão geral das questões constitucionais x a arguição de relevância das questões federais. 4. *Writ of certiorari*. 5. Conclusão.

Introdução

A Emenda Constitucional nº 45/2004 iniciou e deflagrou uma série de iniciativas legislativas com vistas a prestigiar principalmente a celeridade processual e minimizar a morosidade judiciária. O presente estudo analisa especificamente uma relevante modificação introduzida pela Reforma Constitucional do Poder Judiciário.

O art. 1º da Emenda nº 45 acrescentou o § 3º ao art. 102 da Constituição da República. Estabeleceu como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário a necessidade de demonstração preliminar pelo recorrente da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei. Posteriormente, a Lei nº 11.418/2006 trouxe as modificações necessárias ao Código de Processo Civil (acréscimo dos arts. 543-A e 543-B) para regulamentar o mencionado dispositivo constitucional. Recentemente, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF)

Fábio Martins de Andrade é graduado pela PUC-Rio, doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, mestre pela Universidade Cândido Mendes, pós-graduado em Direito Penal Econômico na Universidad Castilla-La Mancha, Espanha, pós-graduado em Criminologia na Universidad de Salamanca, Espanha, pós-graduado em Control Judicial de Constitucionalidad na Universidade de Buenos Aires, especialização e aperfeiçoamento em Direito Processual Constitucional na Universidad de Buenos Aires, especialização e aperfeiçoamento em Direito Processual Constitucional na UERJ, advogado.

foi modificada pela Emenda Regimental nº 21/2007, que concluiu a disciplina do tema em sede regimental. Esse será o arcabouço legislativo objeto de análise no presente trabalho, que inclui a apresentação de um quadro esquemático do trâmite desse novo instituto no Supremo Tribunal Federal.

Ademais, serão explicitadas as principais semelhanças e diferenças entre esse novo instituto e a antiga argüição de relevância das questões federais. Por fim, serão ressaltados os principais aspectos do *writ of certiorari* norte-americano.

2. A regulamentação

2.1. Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004

O § 3º do art. 102 da Constituição da República, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, estabeleceu novo pressuposto de admissibilidade ao recurso extraordinário: a preliminar da repercussão geral das questões constitucionais.

A dicção desse novo dispositivo constitucional é a seguinte: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

Inicialmente, quando da interposição do recurso extraordinário, “o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”¹.

Em um segundo momento, caberá exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal examinar a admissão do recurso no que tange a essa preliminar. Em caso de sua

¹ Desta maneira, “precisará demonstrar-se que o tema discutido no recurso tem uma relevância que transcende aquele caso concreto, revestindo-se de interesse geral, institucional, semelhantemente ao que já ocorria, no passado, quando vigorava, no sistema processual brasileiro, o instituto da argüição de relevância” (WAMBIER, 2005, p. 97). A comparação entre ambos será feita no tópico 3 adiante.

recusa, a decisão deverá ser manifestada por dois terços de seus membros (oito Ministros)².

Uma crítica lançada ao dispositivo é levantada por Luiz Rodrigues Wambier (2005, p. 97, 2007, p. 240): “É surpreendente, todavia, que tenha entendido o legislador constitucional deverem-se distinguir questões relevantes das não relevantes no plano do direito constitucional e não no plano da lei federal, como se tudo o que constasse da lei federal fosse relevante”.

2.2. Lei nº 11.418, de 19.12.2006

A Lei nº 11.418/2006 trouxe a regulamentação legal ao dispositivo constitucional introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Quando da publicação do acórdão de segunda instância, à parte que interpuser o recurso extraordinário incumbirá demonstrar, preliminarmente de maneira cabal, a existência de repercussão geral da(s) questão(ões) constitucional(is) nele versada, sob pena de sua recusa ou não conhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível (art. 543-A, *caput*, do Código de Processo Civil).

Para a demonstração de tal transcendência, a parte recorrente provará: (a) a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (art. 543-A, § 1º)³; e/ou (b) que impugna decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (art. 543-A, § 3º)⁴.

² Houve preocupação da doutrina sobre a necessidade de que essa decisão fosse tomada pelo Plenário e da conseqüente dificuldade de operacionalizar tal instituto (WAMBIER, 2005, p. 97; MORO, 2004, p. 210).

³ É recomendável que se divida o rol de relevância de cada ponto de vista apontado nas razões recursais: econômico, político, social e/ou jurídico, isto é, que sejam tratados separadamente, e não todos juntos.

⁴ Atualmente, muitas causas chegam ao Supremo Tribunal Federal em decorrência do dever legal de recorrer por parte das procuradorias. Por exemplo, mesmo em questões pacificadas na jurisprudência da Suprema Corte, ainda assim os representantes da Fazenda Nacional e do INSS recorrem de decisões

A demonstração da transcendência da questão constitucional pela parte recorrente quando impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal é presumidamente de repercussão geral, nos termos do § 1º do art. 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na redação dada pela Emenda Regimental nº 21/2007. Por si só já é suficiente para a admissão dessa preliminar e exame do RE interposto.

A demonstração da *transcendência* da questão constitucional pela parte recorrente em decorrência da existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico será mais bem delineada pelo amadurecimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Apesar de conceitos vagos ou indeterminados, a questão submetida à apreciação pode ser relevante, por exemplo, do ponto de vista: *econômico*, quando discutir “o sistema financeiro de habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais”, ou ainda, nas questões de matéria tributária e previdenciária; *político*, quando versar sobre temas que influenciem as relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais, ou ainda, a interpretação de tratados e pactos firmados pelo Brasil, bem como assuntos relacionados a CPIs; *social*, nos casos que debatem os problemas relativos “à escola, à moradia ou mesmo à legitimidade do MP para a propositura de certas ações”, bem como a defesa de interesses coletivos e difusos, como o meio-ambiente saudável e a segurança dos consumidores; *jurídico*, “quando estiver em jogo o conceito ou a noção de um instituto básico do nosso direito”, como o direito adquirido, ou mes-

que não se modificarão exatamente pela aplicação de precedente em situação idêntica ou semelhante. Neste sentido, necessária e complementar medida que já foi devidamente adotada na esfera legislativa é a regulamentação da Súmula Vinculante. Juntos, esses dois mecanismos de controle de aplicação da jurisprudência do STF poderão ajudar a desafogar o volume de processos submetidos à apreciação do órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional.

mo, a proteção de direitos fundamentais (Cf. WAMBIER, 2007, p. 242-246)⁵.

No âmbito do tribunal de origem (segunda instância), caber-lhe-á selecionar um ou mais recursos representativos de idêntica controvérsia e encaminhá-lo(s) ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte Suprema, nos termos do art. 543-B, § 1º, do Código de Processo Civil⁶.

Ressalte-se que a apreciação acerca da existência ou não da repercussão geral é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (art. 102, § 3º, da Lei Maior c/c o art. 543-A, § 2º c/c o art. 543-B, *caput*, ambos do Código de Processo Civil)⁷.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Relator designado poderá admitir, na análise específica da preliminar de repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do art. 543-A, § 6º, do Código de Processo Civil e do § 2º do art. 232 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal⁸.

⁵ Elas não são cumulativas. A verificação de qualquer uma delas é suficiente para que o RE seja admitido e apreciado no mérito pelo STF.

⁶ É interessante notar que: “Pensamos que, havendo sobrestamento indevido da tramitação de algum recurso extraordinário, por esta razão, deverá ser admitido agravo para o STF (cf. art. 544), demonstrando-se que aquele recurso não se insere no rol de recursos com fundamento em idêntica controvérsia selecionados pelo órgão *a quo*” (WAMBIER, 2007, p. 251).

⁷ Caso esta competência exclusiva seja usurpada por qualquer tribunal, tal decisão será impugnável por meio de reclamação (art. 102, inciso I, alínea I, da Constituição da República). No mesmo sentido: Luiz Rodrigues Wambier (2007, p. 249).

⁸ Registre-se que: “Entendemos, além disso, que a previsão contida no § 6º do art. 543-A estende-se também ao recorrente que teve o seu recurso sobrestado, em razão da subida de recurso extraordinário ‘com fundamento em idêntica controvérsia’ interposto por outra pessoa (cf. art. 543-B, *caput*, examinado infra) e poderá manifestar-se, com o intuito de ver reconhecida a repercussão geral. É que, embora o órgão *a quo* deva ‘selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal’, pode aquele que teve seu recurso sobrestado ter outros argumentos que justifiquem o reconhecimento da relevância da questão, argumentos estes

A apreciação, pelo Supremo Tribunal Federal, da existência ou não da repercussão geral e conseqüente acolhimento ou recusa dessa preliminar do recurso extraordinário divide-se em dois distintos procedimentos, a saber: um regula a hipótese de sua existência e outro regulamenta a situação de sua inexistência.

Na hipótese de reconhecimento da inexistência da repercussão geral, essa decisão somente será possível com a manifestação nesse mesmo sentido de, pelo menos, dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, isto é, oito Ministros⁹.

Tomada a decisão nesse sentido, a Súmula da decisão constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão (art. 543-A, § 7º). Nesse caso, os recursos sobrestados nos tribunais de origem (segunda instância) considerar-se-ão automaticamente inadmitidos (art. 543-B, § 2º) ou serão indeferidos liminarmente todos os recursos sobre matéria idêntica, salvo revisão da tese, nos termos do RISTF (art. 543-A, § 5º).

Na hipótese de reconhecimento da existência da repercussão geral do recurso extraordinário, a Turma assim decidirá por, no mínimo, quatro votos convergentes e será dispensada a sua remessa ao Pleno (art. 543-A, § 4º).

A conseqüência da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da repercussão geral de determinada questão constitucional será que: (a) se os autos ainda estiverem no tribunal de origem (segunda instância) e algum recurso extraordinário em caso idêntico for julgado pelo Supremo Tribunal Federal no mérito, então os recursos sobrestados serão apreciados pelos tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se (art. 543-B, § 3º); ou (b) se

não levados em consideração nos recursos escolhidos” (WAMBIER, 2007, p. 248).

⁹ De fato, embora a lei em questão não estabeleça este *quorum* qualificado, o dispositivo constitucional introduzido pela EC nº 45/2004 foi claro nesse sentido.

os autos já estiverem no Supremo Tribunal Federal e for mantida a decisão e admitido o recurso, então poderá cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada (art. 543-B, § 4º).

O art. 5º dessa lei estabelece que ela somente entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação, para, então, aplicar-se aos recursos *interpostos* a partir do primeiro dia de sua vigência (cf. art. 4º), isto é, 20 de fevereiro de 2007.

Destaque-se que a regulamentação da repercussão geral das questões constitucionais finalizou-se com a recente modificação do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF, cuja referência foi especialmente prestigiada na dicção dessa lei¹⁰.

2.3. Emenda Regimental do RISTF nº 21, de 30.04.2007

A Emenda Regimental nº 21 trouxe as modificações necessárias ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal para que a regulamentação da repercussão geral fosse concluída.

Inicialmente, a alínea *c* do inciso V do art. 13 foi modificada, passando a preceituar que é atribuição do Presidente do Tribunal despachar, como Relator, nos termos dos arts. 544, § 3º, e 557 do Código de Processo Civil, antes mesmo da distribuição, os recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, ou a matéria que seja destituída de repercussão geral, conforme jurisprudência

¹⁰ Por exemplo, o RISTF é mencionado para completar dita regulamentação, seja por dispositivos já existentes, seja por meio de dispositivos que precisavam ser criados e a ele acrescentados, como se lê nos seguintes dispositivos legais: art. 543-A, §§ 5º e 6º; art. 543-B, *caput* e § 5º, todos do Código de Processo Civil, bem como o art. 3º da Lei nº 11.418/2006: “Caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta Lei”. O § 5º do art. 543-B também atribui ampla competência a ser regulamentada regimentalmente: “O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral”.

do Tribunal. No primeiro caso, o recurso não atende a um dos pressupostos de admissibilidade necessário ao seu exame preliminar. No segundo, trata-se de mera aplicação da jurisprudência pacificada da Corte.

Na mesma linha, o § 1º do art. 21 do RISTF passou a ter a seguinte redação: “Poderá o Relator negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário a jurisprudência dominante ou a súmula do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil”.

Quando o recurso não tiver sido liminarmente recusado monocraticamente pelo Presidente, nas hipóteses de não apresentação da preliminar formal e fundamentada, e/ou quando a matéria carecer de repercussão geral, o Relator sorteado poderá recusá-lo ainda liminar e monocraticamente, de acordo com precedente do Tribunal.

Tanto o Presidente do Tribunal como também o Relator não recusará recursos extraordinários por falta de repercussão geral se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão. No caso específico de recusa liminar do RE, caberá agravo. Esse recurso possibilita à parte recorrente a oportunidade: a) de explicitar a necessidade de revisão da tese ou a existência de seu procedimento; b) de pleitear que os argumentos da preliminar sejam submetidos ao Tribunal, e não recusados liminarmente.

O art. 322 estabelece que o Tribunal “recusará” (não conhecerá) recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral, isto é, a existência de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes envolvidas na causa, isto é, não ofereçam transcendência no caso.

O art. 323 preceitua que o Relator submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência ou não da repercussão geral. Esse procedimento não terá lugar quando: a) o recurso versar sobre questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal; b) o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante; c) for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão. Nos dois primeiros casos, será presumida a existência da repercussão geral.

O Relator poderá admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral. Essa decisão é irrecurável, nos termos do § 2º do art. 323.

O art. 324 dispõe que, uma vez recebida a manifestação do Relator, os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral. O parágrafo único prescreve que: “Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso [8], reputar-se-á existente a repercussão geral”.

Segundo o art. 325¹¹, o Relator juntará cópia das manifestações aos autos, e, uma vez definida a existência da repercussão geral, julgará o recurso ou pedirá dia para seu julgamento, após vista ao Procurador-Geral, se necessária. Todavia, se for negada a existência, formalizará e subscreverá decisão de recusa do recurso¹².

A decisão colegiada de inexistência de repercussão geral é irrecurável e, valendo para todos os recursos sobre questão idêntica, deve ser comunicada, pelo Relator, ao Presidente do Tribunal (art. 326), para que

¹¹ Quando não se tratar do processo informatizado de que cuida a Lei nº 11.419/2006.

¹² O parágrafo único dispõe que: “O teor da decisão preliminar sobre a existência da repercussão geral, que deve integrar a decisão monocrática ou o acórdão, constará sempre das publicações dos julgamentos no Diário Oficial, com menção clara à matéria do recurso”.

ele: a) recuse os recursos que não apresentem tal preliminar formal e fundamentada; b) recuse aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo o precedente do Tribunal (art. 327); c) promova ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral; d) e promova a formação e atualização de banco eletrônico de dados a respeito (art. 329).

De acordo com o art. 328, protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, o Presidente do Tribunal ou o Relator, de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo ainda pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.

O parágrafo único do art. 328 preceitua que: “Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, o Presidente do Tribunal ou o Relator selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turma de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil”¹³.

2.4. Quadro esquemático do trâmite no STF

Confira o quadro esquemático do trâmite da preliminar de repercussão geral no STF na página seguinte.

Tratando-se de multiplicidade de recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia, a aplicação dos precedentes cabíveis pode dar-se em dois momentos distintos. No primeiro, ainda no tribunal de origem, incumbir-lhe-á

¹³ Por fim, o § 5º do art. 321, que cuidava dos recursos extraordinários interpostos no âmbito do Juizado Especial Federal, e a Emenda Regimental nº 19, de 16.08.2006, que acrescentou a alínea *c* ao inciso V do art. 13 do RISTF, foram revogados pelo art. 2º da Emenda Regimental nº 21.

selecionar um ou mais casos representativos acerca da controvérsia preliminar e encaminhá-lo(s) ao Supremo Tribunal Federal. Os demais serão sobrestados até o seu pronunciamento definitivo. Essas normas são reproduzidas da regulamentação legal examinada anteriormente. No segundo momento, já no Supremo Tribunal Federal, o seu Presidente ou o Relator do recurso protocolado ou distribuído, de ofício ou a requerimento da parte interessada, selecionará os casos representativos e comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, nos termos do art. 328, par. único do RISTF.

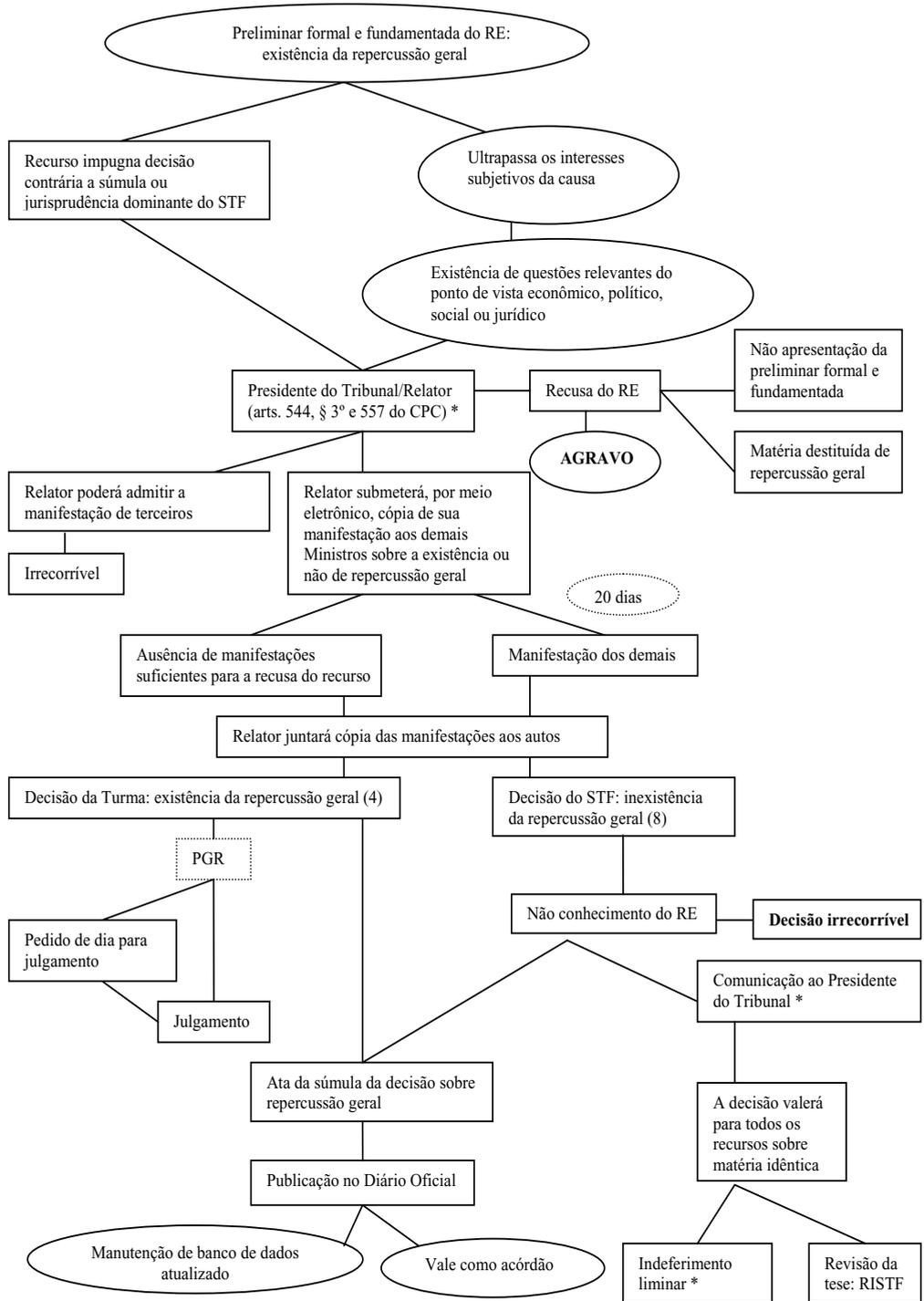
3. A repercussão geral das questões constitucionais x a arguição de relevância das questões federais

O instituto da repercussão geral tem semelhanças e diferenças em relação à antiga arguição de relevância das questões federais. Neste tópico, serão destacados os principais dispositivos regimentais que regulavam a matéria para, ao final, estabelecerem-se em quadro comparativo as principais características de cada um.

A justificativa para o estabelecimento daquele requisito de admissibilidade do recurso extraordinário era igualmente o excesso da carga de trabalho ao qual estavam submetidos os Ministros da Suprema Corte, bem como a “ordinarização” do Tribunal, que se via frequentemente transformado em órgão judicante de terceira instância. Assim, a necessidade de reservar ao Supremo Tribunal Federal o exame apenas das questões mais relevantes foi o motivo de criação daquele instituto.

A arguição de relevância das questões federais tinha permissivo constitucional no § 1º do art. 119 da EC nº 1/1969, acrescentado pela EC nº 7/1977¹⁴. Foi prevista no

¹⁴ O dispositivo tinha a seguinte redação: “As causas a que se refere o item III, alíneas *a* e *d*, deste artigo serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espé-



Onde (*) representa a comunicação das decisões de não conhecimento do RE ao Presidente do STF para a possibilidade de indeferimento liminar em casos idênticos (art. 544, § 3º, e 557 do CPC).

Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nos termos do inciso XI do art. 325 e seguintes e limitava-se aos casos em que o recurso não seria admissível pelas outras hipóteses previstas constitucional, legal ou regimentalmente.

O seu exame competia privativamente ao Supremo Tribunal Federal, em sessão de Conselho e do despacho que indeferisse o seu processamento cabia agravo de instrumento. Entendia-se por relevante a questão federal que, “pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal” (art. 327, § 1º, do RISTF).

O art. 151, inciso I, do Regimento Interno previa que as sessões seriam secretas quando algum dos Ministros pedisse que a Turma ou o Plenário se reunisse em Conselho. O art. 153 dispunha que os registros dessas sessões secretas conteriam somente a data e o nome dos presentes, salvo quando as deliberações devessem ser publicadas.

A argüição era suscitada em capítulo destacado na petição do próprio recurso extraordinário, com a indicação pelo recorrente das peças que entendia devesse necessariamente integrar o instrumento, sendo obrigatória a menção da sentença de primeiro grau, o acórdão recorrido, a própria petição de recurso extraordinário e o despacho resultante do exame de admissibilidade.

Na hipótese de inadmissão do recurso extraordinário no tribunal de origem e quando houvesse agravo do despacho denegatório pelo recorrente, ele deveria reproduzir em capítulo destacado na petição

cie, valor pecuniário e relevância da questão federal”. Essas alíneas mencionadas conferiam competência ao STF para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida contrariasse dispositivo da própria Constituição ou negasse vigência de tratado ou lei federal, ou ainda, desse à lei federal interpretação divergente da que lhe tivesse dado outro Tribunal ou o próprio STF.

de agravo a argüição de relevância do recurso extraordinário. Nesse caso, um único instrumento subiria ao Supremo Tribunal Federal, com as peças referidas acima.

Porém, subiria em instrumento próprio, em dez dias, quando o recurso não comportasse exame de admissibilidade no tribunal de origem e quando, inadmitido o recurso, o recorrente não agravasse do despacho denegatório.

O recorrente custearia as despesas, inclusive de remessa e retorno, quando fosse necessária a formação de instrumento.

Na hipótese de admissão do recurso extraordinário no tribunal de origem, a argüição de relevância seria apreciada pelo próprio Supremo Tribunal Federal nos autos originais do processo.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o trâmite se desenvolvia de acordo com as seguintes regras: I – Subindo a argüição nos autos originais ou no traslado do agravo, haveria registro e numeração do recurso extraordinário ou do agravo de instrumento, seguidos de registro e numeração da argüição de relevância da questão federal; II – Subindo a argüição em instrumento próprio, seria este registrado como argüição de relevância da questão federal, com a numeração pertinente; III – Em qualquer caso, preparar-se-ia um extrato da argüição de relevância para distribuição a todos os Ministros, com referência à sessão do Conselho em que seria apreciada; IV – As argüições de relevância seriam, por sua ordem numérica, distribuídas aos Ministros, a partir do mais moderno no Tribunal, e, em caso de impedimento, haveria compensação imediata; V – Caberia ao Ministro a que fosse distribuída a argüição de relevância apresentá-la ao Conselho na sessão designada para seu exame, ou, em caso de ausência eventual, na primeira a que comparecesse; VI – O exame da argüição de relevância precederia sempre o julgamento do recurso extraordinário ou do agravo; VII – Estaria acolhida a argüição de relevância se nesse sentido se manifestassem quatro

ou mais Ministros, sendo a decisão do Conselho, em qualquer caso, irrecorrível; VIII – A ata da sessão do Conselho seria publicada para ciência dos interessados, relacionando-se as argüições acolhidas, no todo ou em parte, e as rejeitadas, mencionada, no primeiro caso, a questão federal havida como relevante.

Quando fosse apreciada nos autos originais a argüição de relevância, o recurso extraordinário seria distribuído e, acolhida, caberia à Turma ou ao Plenário considerar tal decisão ao julgá-lo. Cuidando-se do traslado do agravo, caso acolhida a argüição de

relevância, seria processado o recurso extraordinário e ficaria prejudicado o agravo; caso rejeitada, o agravo seria distribuído e julgado. Se fosse apreciado em instrumento próprio, se acolhida a argüição de relevância, seria processado o recurso extraordinário; se rejeitada, o traslado retornaria ao tribunal de origem.

Para melhor visualização das principais semelhanças e diferenças entre a antiga argüição de relevância da questão federal e a atual repercussão geral da questão constitucional, confira o quadro comparativo abaixo:

<i>Argüição de relevância da questão federal</i>	<i>Repercussão geral da questão constitucional</i>
Com permissivo constitucional e regulamentação regimental.	Com previsão constitucional, legal e regimental.
Justificativa: excesso de trabalho / 3ª instância.	=
Limitava-se à hipótese "subsidiária" de cabimento do RE, quando não previsto nas demais regras constitucionais e regimentais.	Aplicável a todos os recursos extraordinários como preliminar necessária, formal e devidamente fundamentada.
Competência privativa do STF.	=
Reflexos na ordem jurídica pelos aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa.	Questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social e/ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa e/ou que impugna decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.
Registro e numeração próprios. Possibilidade de autuação em instrumento próprio.	Sem registro e numeração próprios. Exame nos autos do recurso extraordinário.
Exame preliminar ao recurso extraordinário.	=
Possibilidade de interposição de Agravo de Instrumento do despacho que indeferisse o processamento da argüição.	Possibilidade de interposição de Agravo Regimental da decisão que indeferir o processamento da repercussão geral.
Sessão secreta do Conselho.	Coleta das manifestações por meio eletrônico (?)
Necessidade de manifestação de pelo menos quatro Ministros para a admissão.	=
Possibilidade de decisão sem motivação explícita.	Necessidade de motivação da decisão (art. 93, IX, da CF).
Necessidade de publicação da decisão.	=
Decisão final irrecorrível.	=

Pela comparação apresentada no quadro acima, demonstra-se que há semelhanças e diferenças entre os dois institutos. Verifica-se que a repercussão geral das questões

constitucionais trouxe em seu arcabouço normativo algumas permanências da antiga argüição de relevância das questões federais.

Não se pretende trazer as conhecidas críticas que permearam o período de aplicação da arguição de relevância¹⁵, mas talvez o ponto de maior tensão com os dias de hoje seja a apreciação da relevante preliminar da repercussão geral – necessária a todo e qualquer recurso extraordinário – a partir da coleta de informações por meio eletrônico, isto é, sem a sessão pública estabelecida como condição das decisões judiciais pelo art. 93, inciso IX, da CF.

4. *Writ of certiorari*

Dada a “semelhança” da antiga arguição de relevância das questões federais e, agora, da repercussão geral das questões constitucionais com o instituto norte-americano do *writ of certiorari*, impõe-se trazer alguns pontos de sua regulamentação regimental, para que o leitor compreenda melhor o seu funcionamento.

A Parte III do Regimento Interno da Suprema Corte norte-americana¹⁶ cuida da sua competência acerca do *writ of certiorari* (regras 10 a 16).

A Regra 10 dispõe sobre as considerações relacionadas à revisão proporcionada pelo *Certiorari*. Nesse sentido, expressamente estabelece que: “A revisão com base no *writ of certiorari* não é matéria de direito, mas de discricionariedade judicial. Uma petição pleiteando o *writ of certiorari* será deferida somente por razões extremamente relevantes”¹⁷.

Apesar de não controlar ou limitar a discricionariedade da Corte, as seguintes regras indicam as razões que serão levadas em consideração na apreciação do *writ of certiorari*, isto é, quando: a) a decisão de uma Corte de Apelação conflitar com a decisão de outra sobre a mesma matéria de igual

importância, ou a decisão sobre uma questão federal relevante conflitar com outra de uma Corte estadual em último recurso, ou quando for proveniente do curso natural dos procedimentos judiciais, ou ainda, de um tribunal inferior, que requeira o exercício do poder de supervisão da Suprema Corte; b) um tribunal estadual decidir em última instância uma questão federal importante que conflite com a decisão de um outro tribunal estadual, ou ainda, de uma Corte de Apelação dos Estados Unidos; c) um tribunal estadual ou uma Corte de Apelação dos Estados Unidos decidir uma questão de direito federal importante que ainda não foi pacificada, embora já devesse ter sido, pela Suprema Corte, ou ainda, decidir uma questão federal importante de modo a conflitar com decisões relevantes da Suprema Corte¹⁸.

A Regra 11 estabelece a possibilidade de impetrar o *writ of certiorari* perante a Corte de Apelação dos Estados Unidos e em momento anterior ao julgamento, quando será requerida a remessa imediata do caso para a Suprema Corte, desde que demonstrada a sua importância pública imperativa como capaz de justificar o desvio do curso que seria natural ao recurso de apelação.

A Regra 12 prevê extensa regulamentação acerca das partes em litígio e dos procedimentos básicos na impetração do *writ of certiorari*. Entre elas, merecem especial destaque as seguintes: geralmente, o requerente deve ajuizar 40 cópias da petição (*writ of certiorari*) preparada de acordo com os demais dispositivos regimentais e pagar o preparo devido, exceção feita ao hipossuficiente; em qualquer caso, é dever dos requerentes assegurar a notificação dos requeridos; as partes envolvidas no caso perante o tribunal prolator do acórdão recorrido são presumidamente interessadas

¹⁵ Para aprofundamento, ver Batista (1976) e Alvim (1988).

¹⁶ Rules of the Supreme Court of the United States.

¹⁷ Tradução livre de: “Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only by compelling reasons”.

¹⁸ Ao final da Regra 10, o Regimento estabelece que: “A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law”.

e podem juntar documentos, exceto se o requerente demonstrar a falta de interesse no resultado do julgamento para desqualificar um ou mais requerido(s).

A Regra 13 estabelece normas acerca da tempestividade de impetração do *writ of certiorari*: até 90 dias após o julgamento recorrido ou decisão impugnada. Excepcionalmente, um Ministro (*Justice*) pode estender esse prazo em até 60 dias.

A Regra 14 enumera o conteúdo necessário da petição do *writ of certiorari*, assim resumido: a) as questões submetidas à revisão expressadas concisamente (curto e sem argumentação ou repetição) em relação às circunstâncias do caso, sem detalhes desnecessários; b) o rol das partes envolvidas no processamento perante o tribunal recorrido; c) se a petição exceder cinco laudas, um sumário com as autoridades citadas; d) citações dos relatórios oficiais ou oficiosos das decisões e ordens relacionadas ao caso pelos tribunais ou agências administrativas; e) uma exposição concisa sobre a base legal da competência da Suprema Corte no caso; f) os dispositivos constitucionais, dos tratados, das leis e dos regulamentos envolvidos no caso; g) uma exposição concisa do caso com os fatos submetidos à apreciação; h) a argumentação direta e concisa das razões pertinentes à admissão do *writ*; i) um apêndice contendo o material necessário e minuciosamente descrito para a análise do caso.

O dispositivo da Regra 14 (4) estipula que: “A falha pelo requerente na apresentação com exatidão, brevidade e clareza que forem essenciais à pronta e adequada compreensão dos pontos submetidos à apreciação é motivo suficiente para que a Corte denegue a petição”. A correção dentro de 60 dias após o recebimento da notificação será considerada tempestiva.

A Regra 15 preceitua sobre a contestação pelo réu, suas informações e juntada dos demais documentos.

Por fim, a Regra 16 dispõe acerca do julgamento da petição do *writ of certiorari*.

Depois de considerar os documentos constantes dos autos, a Suprema Corte emite uma ordem, que pode ser uma disposição sumária do mérito. O tribunal recorrido é notificado. São marcadas as audiências de instrução e a exposição oral.

Em singela síntese, esse é o procedimento previsto no Regimento Interno da Suprema Corte norte-americana para o *writ of certiorari*.

5. Conclusão

O exame do arcabouço legislativo que regulamenta a preliminar da repercussão geral das questões constitucionais no recurso extraordinário indica o especial relevo atribuído ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, tantas vezes referenciado pela lei que disciplina o dispositivo criado pela Reforma Constitucional do Poder Judiciário.

A despeito da semelhança da repercussão geral das questões constitucionais recentemente criada no ordenamento processual constitucional brasileiro com a antiga argüição de relevância das questões federais, importa destacar a principal vantagem que se pode vislumbrar na aplicação do novo instituto.

Na realidade, essa principal vantagem já existia na versão antiga da argüição de relevância e permanece nessa nova “roupagem”: a possibilidade de escolha, pelos membros integrantes do STF, das questões que consideram importantes e que devem ser submetidas a julgamento, a exemplo do que ocorre na sistemática norte-americana do *writ of certiorari*.

Com efeito, a função primordial que esse instituto potencialmente desempenhará refere-se a sua capacidade de filtrar as principais questões que deverão ser apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, selecionadas pelos seus próprios membros. Com isso, a Suprema Corte poderá livrar-se da exacerbada carga de julgar milhares de casos (muitos dos quais de menor ou pouca importância) e dedicar-se à solução

das principais questões que efetivamente afligem o meio social.

Afinal, há um desejo generalizado de que a Suprema Corte se ocupe primordialmente de julgamentos mais importantes para a condução do destino do país, especialmente na fase atual de turbulências e flutuações na vida política, econômica, social e jurídica. Espera-se que esse instituto introduzido no ordenamento processual constitucional brasileiro seja utilizado com sabedoria e bom senso¹⁹.

Referências

- ALVIM, Arruda. *A argüição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- ANDRADE, Fábio Martins de. *Reforma do poder judiciário: aspectos gerais, o sistema de controle de constitucionalidade das leis e a regulamentação da súmula vinculante*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 171, p. 177-197, jul./set. 2006.
- BATISTA, N. Doreste. *Da argüição de relevância no recurso extraordinário: comentários à emenda regimental nº 3, de 12-6-1975, do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3: leis 11.382/2006, 11.417/2006, 11.418/2006, 11.341/2006, 11.419/2006, 11.441/2007 e 11.448/2007*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); lei 10.444/2002; lei 10.358/2001 e lei 10.352/2001*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁹ Para aprofundamento do tema, inclusive com esquemas que facilitam a compreensão, ver Andrade (2006, p. 177-197).

Juridicização da Política

Carlos Alberto Simões de Tomaz

Sumário

Introdução. 1. Concentração e desconcentração de poder: a estruturação clássica da organização do Estado mediante a repartição de funções. 2. A crise no paradigma clássico: deslocamento do eixo de tensão Legislativo – Executivo para Legislativo – Judiciário e Executivo – Judiciário. 3. Juridicização da Política. 4. Aportes finais.

O futuro não é o que se teme, é o que se ousa.
Carlos Lacerda

Introdução

O Estado moderno, desde a versão liberal, foi erigido sob o paradigma organizacional de que a criação e a aplicação normativas são suas funções básicas. Com efeito, a desconcentração do poder absoluto com a queda das monarquias absolutistas da Idade Média irrompeu uma estrutura estatal fundada numa organização a partir de repartição das funções.

De lá para cá, pode-se afirmar que o Estado moderno ainda encontra-se erigido sob o mesmo paradigma; todavia, já se divisam metamorfoses que decorrem da crise vivenciada no relacionamento entre os poderes.

Com efeito, não é preciso ir muito longe para se perceber o alcance do tema ora proposto para exame. A toda hora, a todo instante, as decisões judiciais são objeto

Carlos Alberto Simões de Tomaz é Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB/DF. Doutorando em Direito pela UniSinos/RS. Juiz Federal e professor em Belo Horizonte.

de questionamento. Desde a proferida pelos juízos monocráticos até a da mais alta corte. Não faltam argumentos a favor ou contra essa ou aquela decisão, isso porque o Poder Judiciário tem sido chamado, não raro, a decidir casos difíceis que têm exigido às vezes a substituição da atuação do Executivo, quando define políticas públicas, e também a atuação do Legislativo, na criação de normas.

Nosso propósito não é estabelecer um prognóstico do Estado contemporâneo, mas, sim, contribuir para melhor compreendê-lo; por isso, longe de estabelecer conclusões, tem mais como escopo fomentar o debate, já que, como lembra Vilanova (2003, p. 99):

“A Teoria Geral do Estado é a reação, em termos de conhecimento, por parte do homem, a uma determinada circunstância política em que o homem se acha implantado. O estar incluso dentro de uma circunstância política provoca dois comportamentos diversos: o querer atuar dentro da circunstância, o comportamento como sujeito prático que elabora e, ao mesmo tempo, padece da circunstância; outro é o comportamento como querer compreender e descrever a realidade política circundante, a conduta como sujeito de conhecimento.”

Imerso por essas duas veredas, o cientista do direito depara-se com a necessidade de melhor conhecer o Estado, e o caminho não se avulta outro senão o de sua teorização, que, invariavelmente, passa pela teorização, do direito, justificando os aportes das teorias jurídicas que aqui serão lançados apenas e exclusivamente a esse declarado escopo, sobretudo porque hodiernamente, cada vez mais, torna-se impossível separar o jurista prático, que trata o direito como instrumento de trabalho – o advogado, o agente do ministério público, o magistrado, o delegado, etc. –, daquele exclusivamente dedicado às suas questões teóricas, pois estas não se encontram tão mais dissociadas

da ordem prática, e, não raro, é exatamente pela falta de familiaridade com determinados conceitos abstratos, certas categorias e caminhos hermenêuticos que viabilizam a mobilização de tais categorias e conceitos que a compreensão do Direito e do Estado deixam a desejar.

1. Concentração e desconcentração de poder: a estruturação clássica da organização do Estado mediante a repartição de funções

Equacionar os problemas da agenda mundial do século XXI pressupõe, sem dúvida, uma investigação em torno dos postulados filosóficos que empreenderam a experiência do Estado e do Direito desde o Estado liberal. Neste estudo, procede-se a um corte epistemológico em torno do Estado, para enfrentá-lo apenas a partir do surgimento do Estado de Direito Liberal, sob o fortalecimento do Estado-Nação.

Não se quer, com isso, imprimir menor relevância às experiências vividas pela sociedade anteriormente, que consagraram Estados de organização considerável, como a civilização egípcia, a mesopotâmica, o império persa, as cidades gregas e o império romano, entre outras.

O marco encontra razão de ser em face do fenômeno da racionalização¹ do poder, com o surgimento do Estado liberal burguês, a partir de quando o monarca não mais exercia o poder sob o influxo da vontade divina, não mais inteiramente por vontade própria, mas sob a vontade de

¹ “Novas concepções de Estado, de Direito, de ética, de democracia e de liberdade surgiram e contribuíram decisivamente para as profundas reformas políticas ocorridas a partir da Modernidade [...] Todas estas grandes questões foram tratadas à luz da Razão, de uma racionalidade que passaria a responder pela nova idéia de progresso constante da humanidade. A fé na Razão passou a oferecer os novos rumos da humanidade ocidental. Liberdade, igualdade e fraternidade passaram a se constituir como pano de fundo de um cenário revolucionário para marcar definitivamente o fim do “estado de natureza” e o surgimento do “Estado de Direito”. (PEPE, 2006, p. 09-10).

normas jurídicas escritas, que limitavam o seu exercício.

É dizer, o poder se tornou produto da razão limitado em normas, retirando o monarca do campo do absolutismo para submeter sua vontade à lei. A partir daí, pode-se cogitar, de fato, de uma dicotomia entre Estado e Direito. O Estado passa a ser a fonte de criação e aplicação normativas voltada a limitar o poder real.

Percebe-se, desde aí, o quanto intimamente vinculadas estão as idéias de Direito e de Estado. Sem penetrar na discussão deflagrada por Kelsen (1992, p. 184), para quem “o Estado como comunidade jurídica não é algo separado de sua ordem jurídica...”, daí por que entende que “...o Estado pode ser juridicamente compreendido como o próprio Direito” (KELSEN, 1979, p. 424), não se pode perder de vista que a experiência do Estado encontra-se visceralmente ligada à experiência do Direito; decorrendo, assim, a concepção advinda a partir do Estado de Direito Liberal, ou seja, a de que o Direito limita a atuação do Estado.

Descrevendo a ordem medieval, cuja derrocada ensejou o absolutismo no poder, que irromperia, mais tarde, no Estado Liberal de Direito, Crossman (1980, p. 19) assinala que “o homem era preso ao país em que vivia [...] com uma infinidade de obrigações e pouquíssimos direitos...”.

Com efeito, o homem, aqui identificado como servo, via-se na mesma condição que os escravos das civilizações antigas, é dizer: como núcleo de irradiação apenas de deveres, submetido, na verdade, não apenas a uma, mas a três esferas de poder, pois, efetivamente, na ordem medieval podia-se divisar ao menos três núcleos bem definidos de poder: o poder do monarca, o poder dos senhores feudais e o poder da Igreja Católica. A estabilização dessa estrutura, quer no plano econômico, a fim de assegurar a economia inteiramente doméstica, quer no plano político, a fim de garantir o poder real, passava por um emaranhado de interesses em que a figura

da Igreja aparece com imissão não apenas no campo espiritual, como igualmente no âmbito do poder temporal.

O papel da Igreja nesse cenário era visivelmente distinguido. A hegemonia que o papado exercia sobre os senhores feudais e sobre os monarcas é amplamente divisada na história, quando se sabe que, para satisfação de seus interesses no plano temporal, a Igreja anulava casamentos de nobres, posicionava-se nas guerras e definia marcos para as conquistas².

Alguns acontecimentos levaram à concentração do poder nas mãos do monarca. De fato, a derrocada do feudalismo, entre outras causas, pelo fortalecimento das cidades em face do desvio da economia, que se descola da produção voltada para abastecimento do próprio feudo para chegar à cidade com a expansão do comércio, bem como pela ruína dos senhores feudais após as chamadas “guerras santas”, que consumiram os recursos dos feudos em defesa da propagação da fé católica, e, ainda, pelo enfraquecimento do poder da Igreja Católica em face da reforma protestante

² Esse papel também foi muito bem enfrentado por Crossman (1980, p. 20): “Centralizada no Vaticano, de Roma, com magnífica burocracia e um obediente emissário em cada aldeia podia pressupor que tinha um completo controle sobre a arte, a educação, a literatura, a filosofia e sobre a ciência da cristandade ocidental. Durante séculos, a Igreja Católica deu à Europa Ocidental uma cultura comum que todos os reis e senhores aceitavam. A civilização era católica, e o catolicismo era civilização. Vinculado à terra, limitado em seu comércio e apegado às suas leis, o homem medieval era um cidadão de um país religioso que envolvia a totalidade do mundo ocidental. Por esse motivo, seu pensamento, tanto quanto sua cultura e sua música, eram essencialmente eclesiásticos. Não havia nele nada além da teologia, como não havia terra além do domínio da Igreja Católica. A teológica constituía o *summum* da sabedoria e o papa figurava como o seu senhor espiritual. A teologia podia delegar para a ciência, para a arquitetura ou para a lógica, determinados campos de estudo, do mesmo modo que o papa podia outorgar a certos príncipes o encargo da proteção temporal dos súditos. Existiam disputas sobre a divisão da tarefa e, em conseqüência, havia lutas entre reis e papas, mas o princípio fundamental permanecia incólume. Em todos os assuntos

com as idéias de Calvino e Lutero, gizou o ambiente propício para o fortalecimento do poder nas mãos do monarca, a ponto mesmo de irromper a laicização quando os interesses de Roma contrariaram os do monarca, de que é exemplo a criação da Igreja Anglicana sob os auspícios de Henrique VIII, rompendo com o poder do papado, que se recusou a anular seu casamento, porque não convinha à Igreja Católica.

O monarca amealhou tanto poder em suas mãos em detrimento dos feudos e da própria Igreja Católica, com o rompimento da aliança do poder temporal com o espiritual, que, em determinado momento, era a única fonte de criação e aplicação normativas, a ponto de Luís XIV estar sempre sendo lembrado pela sua célebre frase: *L'État c'est moi*.

De fato, o Estado, numa visão essencialmente jurídica, era o próprio rei, que enfeixava suas funções típicas: criava o direito (exercia a função legislativa); aplicava o direito para executar sua vontade (a do monarca), exercendo a função executiva; e aplicava o direito para dirimir os litígios (função jurisdicional). O fenômeno da concentração de poder deflagra o aparecimento das monarquias absolutistas.

Numa estrutura em que o poder encontrava-se concentrado nas mãos de uma única pessoa, que revelava, portanto, uma vontade unipessoal, não há espaço para se

espirituais, a Igreja reinava inquestionavelmente. Porém, à universalidade da fé cristã correspondeu, no plano temporal, a crença na natureza universal da lei. A lei não era algo que surgia do desejo de um soberano ou de uma assembleia popular, mas surgia da própria atmosfera da vida social que tudo abrangia. Ela era tão natural ao homem como lhe era natural respirar, comer e beber. Não dependia da razão humana, para sua existência. Era uma verdade eterna que se ia descobrindo em decorrência de um paciente estudo. Quando nós pensamos em uma lei, sabemos que ela é a resultante da vontade de um parlamento ou de uma ditadura. Na Idade Média, se considerava que ela era o marco, dentro do qual os príncipes, os barões e os servos deviam decidir sobre todas as coisas. A lei era uma das dádivas de Deus ao homem, tão intocável, inalterável e independente do capricho humano como os próprios dogmas da cristandade.”

falar em liberdade, em direitos, já que o indivíduo, que era escravo nas civilizações antigas, no império romano e nas cidades gregas, e um servo no sistema feudal, agora era um súdito do rei, desprovido de direitos sob o império das monarquias absolutas, que começou na França e na Espanha, chegando mais tarde à Inglaterra e outras regiões da Europa.

A biografia do Estado está a revelar que, toda vez que o poder se concentra, tende a ser exercido de forma absoluta em detrimento da liberdade individual. Rompe-se com o almejado equilíbrio no binômio *autoridade x liberdade*, que estava longe de ser cogitado na estrutura concentrada de poder das monarquias absolutistas.

Nesse passo, para fazer frente ao poder absoluto das monarquias, surgem os ideais liberais, que continham, em sua essência, duas grandes idéias. A primeira era a *preocupação com a liberdade individual*, que veio a engendrar toda uma política de lutas para se reconhecer os direitos do homem, à época, as preconizadas liberdades políticas, desde o direito deambulatório (a liberdade de ir, vir e de se deixar ficar) à liberdade de pensar e conseqüente liberdade de expressar o pensamento, passando pela liberdade de culto. Era preciso, pois, não somente reconhecer, como assegurar esses direitos ante os abusos do poder absoluto dos monarcas medievais³.

Assim, para que fosse possível o exercício desses direitos por todos, era preciso limitar o poder do monarca. Este não poderia mais concentrar todos os poderes e exercê-los de forma absoluta.

³ Registra Bobbio (2002, p. 20-22) que “há uma acepção de liberdade – que é a acepção prevalecente na tradição liberal – segundo a qual ‘liberdade’ e ‘poder’ são dois termos antitéticos, que denotam duas realidades em contraste entre si e são, portanto, incompatíveis: nas relações entre duas pessoas, à medida que se estende o poder (poder de comandar ou de impedir) de uma diminui a liberdade em sentido negativo de outra e, vice-versa, à medida que a segunda amplia a sua esfera de liberdade diminui o poder da primeira.”

A segunda idéia, por sua vez, decorrente da primeira, dizia respeito à *desconcentração do poder*. Poder concentrado, já se disse, identifica-se com o exercício despótico em detrimento das liberdades individuais. Era imprescindível a desconcentração do poder. Dentro desse clima, vem à tona a célebre obra de Montesquieu, *De l'Esprit des Loix*, preconizando a separação tripartida dos poderes.

A Montesquieu (2003) deve-se, realmente, a divulgação da teoria da separação dos poderes; no entanto, convém lembrar que Locke (1963), na obra *Segundo Tratado sobre o Governo*, alude à matéria com base na prática inglesa. Sim, porque na Inglaterra, desde 1215, quando o baronato inglês impôs ao Rei João Sem Terra a *Magna Charta Libertatum*, divisava-se o aparecimento de atuação legislativa, sem que fosse representativa da vontade do monarca. Era, na verdade, uma manifestação corporativa da aristocracia feudal em face de seu rei, mas é possível divisar, sem dúvida, um ponto de partida para irradiação dos direitos do homem, como se colhe do art. 39º daquele texto, assim vazado: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos, nem mandaremos proceder contra ele, senão em julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”.

Como registra Bonavides (1993, p. 34), o célebre livro de Locke ficou longe de alcançar os efeitos do *Espírito das Leis* em matéria de contenção de poder. Coube mesmo a Montesquieu o mérito da sistematização teórica da separação dos poderes e a sua divulgação no mundo político. Em Locke, ressalta o mestre cearense, “o poder se limita pelo consentimento, pelo direito natural, pela virtude dos governantes, de maneira mais ou menos utópica. Em Montesquieu, sobretudo pela técnica de sua organização, de forma menos abstrata.”

Porém, a idéia de separação dos poderes remonta, na verdade, à antiguidade. Mes-

mo em Aristóteles ela é encontrada, como chama a atenção Jellinek (1973, p. 452), fazendo ver que a “célebre teoria de Aristóteles sobre as três partes do poder, limita-se simplesmente a descrever os caracteres típicos dos Estados Gregos daquela época, Senado, Autoridades, Tribunal Popular, e as atividades que estes exercitam, derivam de uma divisão dos assuntos do Estado”.

No entanto, foi ao sabor do liberalismo que a doutrina da separação dos poderes foi levada a extremos. Enquanto na França o poder do soberano hipertrofiava-se em detrimento dos Estados Gerais, na Inglaterra ocorria o contrário. O parlamento inglês adquiria cada vez mais poderes em detrimento do poder real. Daí a preocupação de Montesquieu⁴ em separar os poderes e fixar-lhes a esfera de competência.

A primeira constituição a adotar o princípio foi a norte-americana de 1787. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, formulada na França em 1789, dispõe no art. 16: “Toda sociedade em que a garantia dos Direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”. Depois, a Constituição francesa de 1791 adotou o princípio que, a partir daí, tornou-se praxis nas constituições do mundo moderno.

Na verdade, o exercício despótico do poder é incompatível com a vivência da liberdade. Daí a preocupação com a divisão do poder em funções distintas para ser exercido por órgãos distintos. Só com a divisão dos poderes, lembra Groppali (1953, p. 213), é que há uma

⁴ Cf. Montesquieu (2003, p. 165-166), “há em cada Estado três espécies de Poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das coisas que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-rogas aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamamos este último ‘o poder de julgar’, e o outro chamamos simplesmente o poder executivo do Estado.”

“maior garantia da liberdade individual, fixadas de modo preciso as atribuições de cada um dos poderes, o cidadão é assegurado em sua liberdade, seja pela certeza do direito que regula as relações sociais, seja pelo fato de tanto os órgãos do poder executivo quanto os do poder judiciário, privados da atividade legislativa no exercício de suas funções, serem contidos nos limites de normas pré-constituídas pelos órgãos do poder legislativo.”

Enfim, o exercício da liberdade exige condições de clareza e certeza. Somente a norma legislada poderia, ao definir as condutas, estabelecer essas condições. A legalidade surge como dado imprescindível.

Significa dizer, desde aí, que no modelo clássico de organização a relevância recaia sobre a função legislativa exercida ao escopo de limitar o exercício do poder pelo Executivo. Ou por outras, como expressa Bonavides (1993, p. 38):

“Na sociedade estatal, a liberdade primitiva, para ser parcialmente recuperada, fez-se liberdade jurídica. A organização política restitui aos indivíduos, através da lei e da participação na elaboração da vontade estatal, os direitos que estes lhe haviam cometido, limitando a própria liberdade, ao estatuírem as bases do contrato social...”

Essa liberdade, todavia, não se estendia efetivamente às classes menos favorecidas. Restringia-se a uma generalização nominal e, como faz ver Bonavides (1993, p. 38), “disso não advinha para a burguesia dano algum, senão muita vantagem demagógica, dada a completa ausência de condições materiais que permitissem às massas transpor as restrições do sufrágio e assim concorrer ostensivamente, por via democrática, à formação da vontade estatal”.

Do chamado Estado liberal, não obstante proclamar tantas liberdades, tantos direitos, como se sabe, não se conseguiu

o esperado. Com efeito, limitou-se apenas a reconhecer direitos – é certo, agora de forma expressa, pois o *ius nom scriptum*, inadequado, porque revelava um direito contingente e circunstancial vinculado à vontade momentânea do monarca, cede espaço para o direito escrito, que assume suas próprias conotações, como já se assentou, com o surgimento das primeiras constituições escritas e, depois, com o fenômeno da codificação, que se estenderia por todos os Estados europeus –; porém, proclamar direitos não significa assegurá-los.

O Estado liberal, na verdade, revela o que se convencionou denominar “Estado policial”, porque apenas reconheceu, fazendo vazar em normas jurídicas, as chamadas liberdades públicas, não se preocupando em estabelecer meios para que os direitos reconhecidos fossem efetivados. Com isso, o Estado assumia uma atitude passiva, abstendo-se de prestações voltadas para imprimir eficácia aos direitos fundamentais. Enfim, quem já era livre continuava a ser, como igualmente quem não gozava de liberdade, não obstante agora a tivesse expressamente reconhecida, continuava na condição de alijado desse direito inerente à natureza humana.

A opção social veio para corrigir a falha e não desconsiderou os pressupostos filosóficos do Estado liberal. No entanto, consciente de que só é vivenciada a liberdade onde se estabeleçam condições de igualdade, acrescentou um novo dado a ser observado.

Pode-se afirmar que o jusnaturalismo é o pressuposto filosófico fundamental do Estado liberal, erigido sob três matices: 1º) a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais à vida e à liberdade, sob suas várias acepções (deambulatória, de crença, etc.); 2º) o respeito da parte do Estado por meio de limites pré-constituídos e estabelecidos em normas a tais direitos, o que conduzia a uma postura negativa do Estado diante deles, e que Canotilho (1992, p. 519) denomina *abstinência estatal*; e 3º) a

liberdade encarada como liberdade-defesa ou liberdade-autonomia em face do poder do monarca.

Com efeito, para Canotilho (1992, p. 519), a teoria social dos direitos fundamentais, “ao contrário do que a teoria liberal defendia, não postula a abstinência estatal, antes exige uma intervenção pública estritamente necessária à realização destes direitos; a intervenção estatal é concebida não como um *limite*, mas como um *fim* do Estado”.

De fato, o Estado começou a perceber que a pretendida efetividade dos direitos fundamentais passava necessariamente por exigir dele prestações existenciais de caráter positivo. Trocando em miúdos, o Estado precisava descruzar os braços e criar condições para que o fraco se tornasse forte perante o forte. Assim, sem se afastar do pressuposto filosófico do Estado liberal, a preocupação vai recair sobre a igualdade. A verdade é que a concepção social revela que somente a igualdade é capaz de proporcionar a vivência da liberdade.

Assim, a atuação do Estado voltada para imprimir condições com vistas a implementar a igualdade e, dessa forma, garantir a vivência da liberdade passou a exigir intervenção de sua parte em áreas que antes se supunha de atuação exclusiva da atividade privada.

O Estado, com efeito, intervém na propriedade para limitar o seu abuso e assegurar sua função social, na saúde, na educação, por meio de prestações positivas, desviando, sem desconsiderar, mas exatamente ao escopo de bem equacionar, a atenção voltada para o binômio *liberdade x autoridade* agora para o binômio *trabalho x capital*. A bem da verdade, o problema do Estado, ontem, hoje, e, ousa-se afirmar, sempre, será bem equacionar esses dois binômios. Portanto, do Estado interventor exigem-se prestações positivas de caráter existencial ou deveres sociais nas áreas de habitação, trabalho, saúde, educação, cultura, lazer, etc.

Enfim, quando sob o influxo das idéias marxistas concebeu-se, segundo lembra Canotilho (1992, p. 521), que “a criação de condições materiais possibilitadoras do livre ‘desabrochar’ dos direitos fundamentais exige ou pressupõe a apropriação coletiva dos meios de produção e a gestão coletiva da economia”, o Estado deixou de ser apenas um interventor para se tornar monopolizador e, além de se divisar uma minimização ou redução da dimensão subjetiva dos direitos humanos, deparou-se com uma “tendencial redução dos direitos à existência de condições materiais, econômicas e sociais, com manifesto desprezo das garantias jurídicas”.

É nesse sentido que se se legitima na teoria socialista até mesmo a supressão de direitos para que se pudesse alcançar as condições de plenificação advindas do ideal socialista. E foi exatamente por isso, por olvidar o outro lado da balança, a liberdade, que restou amesquinhada ou mesmo aniquilada em detrimento da hipertrofia da igualdade, que a opção socialista extrema não conseguiu seu desiderato.

Impende, agora, enfrentar a opção democrática. Primeiramente, anote-se que os pressupostos filosóficos do liberalismo e do Estado social foram encampados pelo Estado democrático. Não obstante, a liberdade agora tem um novo sentido, não quer mais significar a liberdade-autonomia, porém uma liberdade-participação. A preocupação não é mais o homem indivíduo, mas o homem-membro da sociedade. No dizer de Pedrosa (1978, p. 11), “o autêntico Estado de Direito não se pode satisfazer em fixar o modo de *como* deve ser exercido o poder; é igualmente decisivo estabelecer *quem* deve exercê-lo.”

Bobbio, buscando uma definição mínima de democracia, inspira-se em Kelsen (1992, p. 278) quando o mestre da escola de Viena, em sua visão positivista, aponta para o Estado democrático como aquele em que há liberdade política, o que existiria quando o indivíduo participa do processo

de criação e aplicação normativas e por isso submete-se à vontade política estabelecida. Essa liberdade política ensejaria, segundo Kelsen, uma vontade geral que se legitimaria se erigida a partir da obediência a procedimentos formais de investidura e exercício do poder pré-estabelecidos pelo Direito que, assim, limitaria o próprio Estado, fazendo surgir uma auto-obrigação da parte deste na medida em que ocorreria a submissão do Estado ao Direito por ele próprio criado (KELSEN, 1979, p. 416-417). Nas palavras do mestre italiano:

“... o único modo de chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos...” (BOBBIO, 2002, p. 30-31).

Esse ponto de partida, para enfrentar a teoria democrática, atrelando a democracia à existência de regras adrede definidas para ensejar a investidura e o exercício do poder e que não poderiam ser alteradas durante o jogo senão pela via de normas também previamente definidas

ao declarado escopo, também foi dividido por Dworkin (2001, p. 6-7), quando afirma que:

“Ela insiste em que, tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos. O governo, assim como os cidadãos comuns, devem agir segundo essas regras públicas até que elas sejam mudadas, em conformidade com regras adicionais sobre como elas devem ser mudadas, que também são especificadas no conjunto das normas”.

Nesse quadro, exsurge no Estado democrático o princípio da legitimidade como essencial. Não basta a desconcentração do poder, é necessário que o seu exercício pelos órgãos competentes repouse no consentimento popular. Não basta a proclamação solene dos Direitos, é preciso cercar o indivíduo de garantias, para preservar e evitar que esses direitos sejam sufocados pelo exercício da autoridade.

No entanto, a pugna existente no binômio *autoridade x liberdade* persiste, e aí é que reside o âmago da questão, pois a intenção, quer no Estado liberal, quer no Estado social, quer no Estado de Direito democrático, sempre foi a de que “o Estado que faz e desfaz o direito esteja essencialmente limitado por ele” (SALDANHA, 1980, p. 9).

Nessa ordem, portanto, a idéia de Estado de Direito democrático sempre estará ligada a dois fatores: 1º) a limitação jurídica e legitimação do poder; 2º) a eficácia dos mecanismos garantidores dos direitos fundamentais, aí incluídos não apenas os direitos individuais, mas também os direitos sociais e, ainda, os “[...] designados direitos de solidariedade, como o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito ao meio ambiente”, como com bastante precisão lembra Mathias (1997, p. 10).

A bem da verdade, há de se notar que somente a concepção democrática pode proporcionar a existência de tais pressupostos, que, em conjunto, dirigem-se para a satisfação de um básico direito fundamental: a felicidade, como aponta Bobbio (2000, p. 11).

O enfrentamento de tais questões ensejou o deslocamento do eixo de tensão antes, sob o paradigma liberal, irrompido entre os Poderes Legislativo – Executivo para os Poderes Legislativo – Judiciário e Executivo – Judiciário. Esse deslocamento tem provocado profundas metamorfoses na estrutura organizacional do Estado, como adiante se examinará.

2. A crise no paradigma clássico: deslocamento do eixo de tensão Legislativo-Executivo para Legislativo- Judiciário e Executivo-Judiciário

Para Streck e Bolzan (2004c, p. 163), “a clássica separação de funções de cada um dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) de há muito está superada”.

Na verdade, hoje se divisam novas funções, o que se percebe com o aparecimento de órgãos controladores das atividades desenvolvidas pelos demais, que se pode denominar função controladora, e aqui encontra-se o desempenho de órgãos como o ministério público e os tribunais de contas, ou mesmo, ainda, a atuação dos órgãos de cúpula como gestores da esfera privada, sobremodo quando essa se organiza para subsidiar ou mesmo substituir o Estado gerando novos espaços de criação e aplicação normativas (a moderna função de gestão).

Isso não significa dizer, todavia, que os mecanismos estruturalizantes adotados classicamente pelo Estado estejam superados. Passam, evidentemente, por metamorfoses, o que se percebe quando se enfrentam as crises vivenciadas no relacionamento entre os poderes. De fato, é

produto dessa crise, na expressão de Streck e Bolzan (2004c, p. 163), o “deslocamento da esfera de tensão, passando do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário”, que há de se compreender a organização do Estado contemporâneo.

Isso acontece, efetivamente, em decorrência de uma superação, ainda que parcial – porque o Estado não abandonou integralmente o modelo –, do mecanismo da estruturação organizacional funcional preconizada desde o Estado Liberal, que concebia a separação de competência dos órgãos de poder ordenada pelo fim⁵, vale dizer: criação e aplicação de direito, como caminho para garantir a vivência da liberdade.

De mecanismo de contenção do poder, a organização funcional passa, ela própria, a cumprir determinadas tarefas preconizadas mercê da atribuição de novos valores. Essa transformação foi percebida com clareza por Canotilho (1992, p. 689-690), quando afirma que a compreensão material das estruturas organizatório-funcionais do Estado implica:

“(1) articulação necessária das *competências e funções* dos órgãos constitucionais com o cumprimento das *tarefas* atribuídas aos mesmos; (2) consideração das normas organizatórias, não como meros *preceitos de limites* materialmente vazios (típicos de um Estado Liberal tendencialmente abstencionista), mas como verdadeiras normas de *acção* (típicas de um Estado intencionalmente constitutivo), definidoras das tarefas de conformação econômica, social e cultural confiadas às várias constelações orgânico-constitucionais; (3) a atribuição de um carácter de acção aos preceitos organizatórios implica,

⁵ Segundo Malberg (1948, p. 253), o critério de distinguir as funções do Estado em razão do fim remonta a Jellinek, e não é seguro porque funções diversas podem ter fim idêntico e uma mesma função finalidades diversas.

concomitantemente, a articulação das normas de competência com a idéia de *responsabilidade constitucional* dos órgãos constitucionais (sobretudo dos órgãos de soberania) aos quais é confiada a prossecução autônoma de tarefas; (4) apuramento de uma noção de *controle constitucional* que não se limite a enfatizar unilateralmente o controle jurídico das inconstitucionalidades e se preocupe também com as sanções políticas pelo não-cumprimento das tarefas constitucionais distribuídas pelos órgãos de soberania.”

O redirecionamento da crise partindo dos Poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário decorre, nesse espectro, da assunção por este poder de responsabilidades constitucionais afetas aos demais; quer quando atue como legislador de terceiro grau⁶, quer decidindo aspectos inerentes a políticas públicas.

Inicialmente, o eixo de tensão eclodiu entre os Poderes Legislativo e Executivo. Deveras, os Estados que sobreviveram ao peso da 1ª Grande Guerra começaram a enfrentar o século XX com enormes dificuldades. Na verdade, a grande crise econômica que assolou o mundo após o conflito veio a ensejar profundas modificações no plano interno. A economia das nações estava arrasada e a ação dos governos se desenvolvia no sentido de restaurar as suas economias; ao mesmo tempo, no plano externo, a preocupação com as relações internacionais e o medo de um novo conflito criaram todo um clima de expectativa e precaução, tanto que passou a haver uma corrida em procura de armamentos para que assim pudessem os Estados se apresentar preparados no caso

⁶ Segundo Bonavides (2001, p. 21), “em todo sistema jurídico-constitucional do Estado de Direito contemporâneo, nascido à sombra dos postulados do contrato social, há, em rigor, três legisladores perfazendo as tarefas normativas do regime. Um legislador de primeiro grau que faz a norma fundamental – a Constituição. Sua autoridade depois remanesce no corpo representativo, legitimado pela vontade constituinte. Mas remanesce como um poder jurídico

da eclosão de novo conflito. Essas, entre outras, foram as causas que determinaram um novo conflito entre os Estados, agora em maior proporção em face do desenvolvimento científico e tecnológico por que passava a humanidade.

Foi nesse conturbado período que apareceu a chamada *legislação governamental*. O fato é que, durante a época dos conflitos, exigia-se uma maior rapidez nas tomadas de decisão. Não se podia esperar pelos processos legislativos normais. Tudo exigia celeridade. Uma decisão não tomada a tempo poderia acarretar sérios prejuízos. Nesse clima, o Executivo atraiu para si grande parte das funções tipicamente legislativas.

No entanto, esperava-se que, “findos os conflitos, a situação voltasse à normalidade constitucional, mas o que se verificou foi que ‘outras causas vieram a justificar e conservar aquelas práticas excepcionais: a inflação, a crise econômica, a deflação, mantiveram os governantes em estado de ‘mobilização’ que, embora pacífica, continuou a reclamar medidas extraordinárias. Os povos e as autoridades foram, assim, se habituando a esse esbulho de autoridade legislativa” (BURDEAU, apud RAO, 1962, p. 526).

Todavia, o eixo de tensão deslocou-se para o Legislativo – Judiciário e igualmente para o Executivo – Judiciário.

3. Juridicização da Política

Ressalta Luhmann (1985, p. 34) que “a diferenciação e a separação institucionais entre os processos legislativos e as decisões judiciais sobre disputas fazem parte dos dispositivos auto-evidentes das sociedades modernas...”. A questão diz respeito, portanto, a perquirir até que ponto os juízes podem

limitado, apto a introduzir tão-somente as alterações que se fizerem mister ao estatuto fundamental com o propósito de aperfeiçoar a Constituição e manter a estabilidade dos mecanismos funcionais de governo. E também para tolher, por via de emenda, reforma ou revisão, o advento das crises constitucionais, dando-lhes solução adequada e legítima. A seguir,

criar normas, não apenas atuando dentro de uma margem já previamente delineada – mas não precisada pelo legislador –, mas também a esse se substituindo. Luhmann já asseverava que a interpretação dessa diferenciação era imprecisa (1985, p. 34).

Essa zona de tensão tem sido denominada “juridicização da política” ou “poli-tização do Poder Judiciário”. Muitos têm se ocupado da questão. Luhmann (1985, p. 34-60), Dworkin (2001, p. 3-152) e Streck (2004a, p. 33-63), sob perspectivas diferentes, oferecem elementos ao debate.

Para Luhmann (1985, p. 35), a diferenciação não pode residir na oposição da generalidade própria da lei em confronto com a norma particular criada pelo juiz. A partir do momento em que se opera a generalização das expectativas, porque congruentes – o que significa dizer que casos iguais devem ser decididos da mesma forma –, a generalidade também repousaria na decisão judicial. Haveria, a partir daí, uma generalização primária que residiria na lei, e uma generalização secundária vazada na decisão judicial erigida a partir da formulação de princípios jurídicos. A legislação vê-se transformada nesse procedimento de estruturação congruente secundária – criação da decisão judicial – em critério de diferenciação técnica.

O problema, todavia, reside na circunstância de que, ao contrário do legislador, que pode decidir (entenda-se: generalizar expectativas) sem comprometer-se com elas – é dizer, uma lei pode ser facilmente revogada por outra –; o juiz, segundo Luhmann (1985, p. 35), “compromete-se com suas decisões e as premissas a elas vinculadas”

depara-se-nos, em escala de verticalidade, o legislador de segundo grau, que faz a norma geral e abstrata, na qualidade de legislador ordinário. Para desempenhar este múnus constitucional, recebe a colaboração do Poder Executivo, cujo Chefe sanciona ou não atos das assembleias parlamentares. Têm estas, porém, o poder de rejeitar o veto do presidente e restabelecer a vontade do órgão legiferante. Enfim, depara-se-nos o legislador de terceiro grau, no estreitamento do funil normativo, a saber, o juiz, que dirime conflitos e faz a norma jurídica do caso concreto. Legisla entre as partes.”

para idênticos casos futuros. Um novo direito apenas poderá ser criado quando ele tratar novos casos constituindo casos diferentes (LUHMANN, 1985, p. 36).

Porém, o próprio Luhmann (1985, p. 35) adverte para a circunstância de que “toda proclamação judicial de princípios jurídicos de vigência genérica⁷ é, no entanto, perigosa, pois leva a determinações rígidas, dificilmente retratáveis, o que é arriscado principalmente no contexto rapidamente mutável da sociedade moderna”.

De fato, a experiência tem demonstrado que é mais fácil mudar uma lei do que uma generalização congruente consolidada na jurisprudência, sobretudo quando, igualmente ao que acontece na generalização primária, os juízes encontram-se, do mesmo

⁷ No sistema jurídico pátrio, a introdução, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, das súmulas vinculantes revelará uma generalização congruente consolidada pela jurisprudência. Assim, essa proclamação judicial de princípios jurídicos de vigência genérica terá maiores dificuldades de modificação, não obstante se tenha admitido como legitimados para deflagrar o processo ao declarado fito os mesmos legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI (CF: art. 103-A, § 2º), pois, não se olvide, é no próprio órgão que condensou ou generalizou o entendimento que o mesmo poderá ser modificado. Atento para o problema, Streck registra: “ementas e enunciados em geral, que são predominantes no ‘mundo jurídico’, não têm força de lei e não gozam dos ‘requisitos’ da regra-abstratação e generalidade. E de qualquer modo não abarcariam todas as hipóteses de aplicação. Mas, ao serem assim utilizados, transformam-se em regras, escondendo e impedindo o aparecimento do princípio que subjaz em cada regra (e o princípio é a razão prática da discussão jurídica; é a realidade que é trazida para dentro da discussão; enfim, é o caso – concreto –, que só existe na sua singularidade, irrepetível, pois!). Ementários não podem ser aplicados, portanto, de forma irrestrita e por ‘mera subsunção’ (sic). Dito de outro modo: precedentes não ‘universalidades’ de cada caso jurídico. A partir das quais o intérprete teria a simplista tarefa de ‘subsumir’ o particular ao geral/universal. Interpretar (e aplicar) não é nunca uma subsunção do individual sob os conceitos do geral... E exemplos de pautas gerais são comuns e recorrentes na nossa jurisprudência. Dito de outro modo, no ‘verbete jurisprudencial’ não está contida a essencialidade (ou o *holding*) relativa ao que seja uma insignificância jurídica (como era o caso *sub judice*). Como diz Heidegger, tomar aquilo que

modo que o legislador, afetos a um tratamento oportunístico dos valores.

É exatamente por isso que Dworkin (2001, p. 3) assevera, ao abrir a discussão sobre a tensão, que “as decisões que os juízes tomam *devem* ser políticas em algum sentido. Em muitos casos, a decisão de um juiz será aprovada por um grupo político e reprovada por outros porque esses casos têm consequências para as controvérsias políticas.”

Em que sentido, portanto, deve-se conceber a juridicização da política? Dworkin (2001, p. 6-7) toma como ponto de partida para alcançar uma resposta a concepção de Estado de Direito que opere o magistrado. Para ele, a expressão *Estado de Direito* pode ser enfrentada a partir de duas concepções: a primeira, do ponto de vista formal a que ele denomina concepção “centrada no texto legal” e, a segunda, do ponto de vista material denominada concepção “centrada nos direitos”⁸.

“é” por uma presença constante e consistente, considerado em sua generalidade, é resvalar em direção à metafísica. Por tal razão é que o saber representativo (metafísico), ao invés de mostrar o ente como ele é, acaba por escondê-lo e anulá-lo, fincando o ‘crime como o crime’ afastado, obnubilado. Cumpre destacar, nesse sentido, que vem sendo prática recorrente em *terrae brasilis* – não há sentença ou acórdão que assim não proceda – a menção de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões. Tal circunstância acarreta um enfraquecimento da força persuasiva da doutrina, deixando-se às decisões dos tribunais a tarefa de atribuição do sentido das leis, fenômeno que é retroalimentado por uma verdadeira indústria de manuais jurídicos, que colacionam ementários para servirem de ‘pautas gerais’. Tal menção pode confortar uma orientação ou demonstrar a viabilidade jurídica de um entendimento, *mas nunca fundamentar, de per se, a decisão*. Com efeito, como venho denunciando de há muito, os verbetes jurisprudenciais (ou enunciados) não possuem uma essência (acompanhada de um sentido em-si-mesmo) que seja comum e que se adapte (ou abarque) a todos os ‘casos’ jurídicos. Na verdade, aplicados de forma descontextualizada, levam ao obscurecimento da singularidade do caso.” (STRECK, 2006b, p. 215-217).

⁸ A diferenciação entre Estado de Direito em sentido formal e material na linha do pensamento de Kelsen foi muito bem deduzida por Pedrosa (1978). Naquele inédito trabalho, a autora demonstra que toda comunidade política tem forma e conteúdo. A forma se identifica com a própria ordem jurídica estatal, daí por que se vale do positivismo Kelseniano para concluir

A concepção centrada nos direitos “pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo [...] O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais...” (DWORKIN, 2001, p. 7).

A partir daí, Dworkin (2001, p. 10) demonstra que a conduta dos juízes que adotam a concepção de Estado de Direito centrada no texto legal resvala para admitir que, na solução dos casos, “devem tentar descobrir o que está ‘realmente’ no texto jurídico” e, ainda, que estariam proibidos de decidir “com base em seu próprio julgamento político, pois uma decisão política não é uma decisão sobre o que está, em qualquer sentido, no texto legal, mas, antes uma decisão sobre o que deveria estar lá.”

Por outro lado, se o juiz amolda-se à concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, terá presente que o texto jurídico não é a fonte exclusiva dos direitos⁹. Terá mais presente ainda que “os direitos morais

que “todo Estado é Estado de Direito”, porquanto ordem coercitiva. Todavia, se a análise for orientada para o exame dos fins e dos meios vinculados à idéia de um Estado ideal, a investigação descortinará para se verificar se a ordem é justa e aqui a conclusão será a de “alguns Estados não são Estados de Direito”. Também sob o influxo das idéias de Kelsen, Bobbio (2000, p. 17-19) coloca a questão na mesma esteira percorrida por Dworkin. Confira-se: “Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio ‘invioláveis’ (esse adjetivo se encontra no art. 2º da constituição italiana). Desse ponto de vista pode-se falar de Estado de direito em sentido forte para distingui-lo do Estado de direito em sentido fraco, que é o Estado não despótico, isto é, dirigido não pelos homens, mas pelas leis, e do Estado de direito em sentido fraquíssimo, tal como o Estado kelseniano segundo o qual, uma vez resolvido o Estado no seu ordenamento jurídico, todo Estado é Estado de direito (e a própria noção de Estado de direito perde toda força qualificadora.)”

⁹ A idéia de não se reduzir o Direito apenas ao texto da lei é antiga: *se a justiça vem apenas pela lei,*

que os cidadãos efetivamente possuem devem ser acessíveis a eles no tribunal. Portanto, uma decisão que leva em conta direitos de fundo será superior, do ponto de vista deste ideal, a uma decisão que, em vez disso, especula, por exemplo, sobre o que o legislador teria feito se houvesse feito alguma coisa” (DWORKIN, 2001, p. 15). O juiz, nesse último modelo, prossegue Dworkin (2001, p. 15):

“tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas no caso. Mas ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras.”

Todavia, para quem não superou a idéia de que direito é muito mais que a norma jurídica escrita, ou por outra, para quem vive sob o império da segurança sedutora da hermenêutica metodológica, o primeiro caminho alvitrado por Dworkin será trilhado sem dificuldades. Ou existe norma e a incidência dessa sobre um fato permite a extração de certo efeito, ou a resposta a uma demanda é não.

Do ponto de partida Streckiano, por sua vez, a vivência do autêntico Estado de Direito repousaria hodiernamente na atuação do Poder Judiciário, já que “inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2004a, p. 55).

A atuação do Judiciário como mecanismo de transformação tem sido, como já se

então Cristo morreu inutilmente, era o que propagava São Paulo: (Gal. 2: 19 – 21).

viu, objeto de investigação. A análise de Streck tem a originalidade de apontar o caminho da hermenêutica filosófica como novo paradigma em direção àquilo que Rocha (1995, p. 137, 153, apud STRECK, 2004a, p. 59) denomina “democracia juristicista”.

Streck (2004b, p. 179-196), não obstante proclame que o Poder Judiciário não pode assumir uma atitude passiva diante da sociedade¹⁰, alerta para a circunstância de que a juridicização da política, conquanto condição de possibilidade no Estado Democrático de Direito, “não precisa invocar o domínio dos tribunais, nem defender uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário. A própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios, e essa tarefa é de responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, de uma atuação dos tribunais, mas sobretudo do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer”, na precisa lição de Cittadino (2002, p. 39, apud STRECK, 2004b, p. 195).

Diferentemente de Dworkin, Streck tem a experiência de um operador do Direito em um Estado periférico em que são gritantes as deficiências do poder público na satisfação das políticas públicas estabelecidas na Constituição. Nos exemplos por ele ofertados¹¹, confira-se que o magistrado,

¹⁰ Porque “as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito, não estão relegadas somente ao governo e à administração (Gilberto Bercovici), mas têm o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário”. (KRELL, 2000, p. 41, 55, apud STRECK, 2004b, p. 194)

¹¹ “No Brasil, alguns exemplos mostram a viabilidade da tese do deslocamento do centro de decisões acima especificado. Segundo a Constituição Federal (art. 205), a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, tanto é que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, segundo estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 54, I, cabendo ao município atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação fundamental infantil (art. 211, § 2º, e art. 60 das disposições transitórias da CF). Isso

ao decidir, invadiu a esfera de atuação do Executivo no âmbito das políticas públicas para garantir vagas em ensino fundamental, o que pode ter ocorrido em detrimento, por exemplo, de ampliação de leitos em hospitais. Isso, obviamente, seria inconcebível no paradigma da estruturalização funcional clássica.

A obra de Dworkin (2001, p. 10) é também rica em exemplos, e não poderia deixar de ofertá-los ao examinar a questão. Um deles chama a atenção porque diz com os limites da atuação do Judiciário “ao criar norma geral”. Trata-se do caso *Charter*, em que o Judiciário inglês teve de estabelecer se proibir a participação de negros como sócios de uma agremiação política encontrava vedação na lei que estabelece que as organizações que servem a “uma parte do público” não devem praticar discriminação.

Um olhar sobre a hermenêutica clássica mandará o juiz aferir a vontade do legislador ao estabelecer na norma a expressão etimológica “uma parte do público”, e a

aliado ao fato de que a Constituição estabelece, entre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade justa e solidária, garantindo o desenvolvimento, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais (art. 3º). E se faltarem vagas na rede pública?, pergunta o Juiz de Direito Urbano Ruiz. Pois na cidade de Rio Claro, o Promotor de Justiça ingressou com uma ação civil pública (instrumento do Estado Democrático de Direito) para obrigar a municipalidade a criá-las, para que no ano letivo de 98 nenhuma criança ficasse fora da escola, sob pena de multa diária, além de responsabilizar penalmente o prefeito, que poderia ser destituído do cargo e ficar inabilitado para o exercício de cargo ou função pública por cinco anos. *O juiz determinou, liminarmente, a criação das vagas.* Não houve contestação por parte da prefeitura. Esse fato, complementa Ruiz, mostrou que é possível utilizar o Judiciário para o desenvolvimento de políticas públicas, ou seja, por meio dele é possível exigir das autoridades que cumpram seus deveres, que tomem atitudes. Na mesma linha, demonstrando o novo perfil do Poder Judiciário – não mais como mero assistente e, sim, intervencionista, em face do deslocamento de tensão já delineado anteriormente –, vale conferir a decisão prolatada pelo magistrado Ivo Dantas, no processo n. 1.404/88 – JCJ do Recife, tendo como pano de fundo os direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal. Segundo a sentença, “à

questão se tornará semântica, até mesmo por decomposição para saber o que é público, como precisar uma parte dele, etc. Na perspectiva dessa linha, Dworkin (2001, p. 11) compreende que:

“diferentes juízes darão diferentes respostas a essas questões de semântica; nenhuma resposta será tão claramente correta a ponto de todos concordarem com ela. Não obstante, cada juiz estará tentando, de boa-fé, seguir o ideal do Estado de Direito segundo o livro das regras porque estará tentando, de boa-fé, descobrir o que as palavras do texto legal realmente significam.”

O enfrentamento sob outro prisma, tal como sustentado por Streck (2004a, p. 45-46), ou mesmo sob o ponto de partida da concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, como quer Dworkin (2001, p. 15), aponta para que a decisão deverá privilegiar os direitos de fundo e o direito que o cidadão possui de a eles ter acesso mediante o exercício da jurisdição, cuja decisão deveria expressar a vontade geral implícita no direito positivo e nos princí-

primeira vista tem o empregador o poder potestativo de despedir, mormente se entendermos o inciso I do art. 7º de forma isolada. Contudo, a primeira lei da Hermenêutica é no sentido de nenhum artigo, inciso, parágrafo ou alínea poder ser entendido de forma isolada; devem, sim, ser interpretados sob a ótica sistêmica, tanto inter, quanto intra-sistematicamente. *Ademais, os princípios próprios da Interpretação Constitucional deverão estar obrigatoriamente presentes.* Assim, a despedida arbitrária, além dos ressarcimentos pecuniários previstos no art. 10, I, do ADCT, passa a ser informada pelos PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS do art. 1º, III, e IV, bem como pelo art. 193, ambos da Constituição vigente. Nos Princípios Fundamentais, vê-se, então, que o Estado Democrático de Direito Brasileiro tem por fundamento, entre outros, o trabalho, como valor social. *Ora, o valor social não pertence nem ao empregado, nem ao empregador, mas, sim, à sociedade como um todo.* Ela não poderá, dia após dia, receber em seu seio pessoas que, sem motivo e por simples fundamentação no poder de despedir, percam o emprego sem motivo justificado, como, aliás, entendem, além da Alemanha, os sistemas italiano, espanhol e português.” (STRECK, 2004a, p. 57-58).

pios selecionados como de valor permanente (tradição).

Essa visão *redentora* do Judiciário encontra objeções que podem ser sintetizadas nas seguintes indagações: o Poder Judiciário se encontra legitimado para essa atuação? Os juízes estão preparados para fazê-lo?

Observe-se, primeiramente, que essa visão não pretende que o Judiciário, de modo indiscriminado, e se substituindo ao Executivo, passe a ditar as políticas públicas, ou, ainda, passe a criar normas gerais substituindo-se ao legislador.

Mas o primeiro argumento contrário à tese substancialista da politização da jurisdição vem exatamente da preocupação democrática com a legitimação. Se, de regra, não eleitos pelo povo, se as decisões que os juízes tomam não estão submetidas ao controle popular, então não teriam legitimação para tanto.

Na verdade, a questão tomada sob esse prisma parte de um pressuposto formal para a legitimação ditado pelas regras do jogo, que podem, obviamente, ser modificadas por regras adremente estabelecidas. A legitimação, sob essa vertente, decorre do procedimento, que deve expressar uma vontade geral, satisfazendo uma expectativa congruente generalizada (LUHMANN, 1985, p. 34) e não a frustrando.

4. *Aportes finais*

Se os juízes, de acordo com a estruturação clássica do Estado, não estão formalmente autorizados a tomar decisões políticas primárias, podem vir a substancialmente ter que tomá-las ante a necessidade de satisfazer os direitos do cidadão de modo a velar pela tradição dos princípios e valores eleitos pelo sistema. Aqui, a decisão judicial poderá ser tão legítima ou ilegítima quanto a lei, na medida em que revele ou não expectativas sociais congruente generalizadas.

O dilema em adotar, entre nós, a politização da decisão judicial sob o veio subs-

tancialista reside, como aponta com precisão Streck (2004a, p. 54), na circunstância de que o Judiciário está preparado para “lidar com conflitos inter-individuais, próprios de um modelo liberal-individualista, não está preparado para o enfrentamento de problemas decorrentes da trans-individualidade, própria do (novo) modelo advindo do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição promulgada em 1988...”.

Isso acontece, registra Streck (2004a, p. 35-36) citando Faria (1995, p. 14-15), porque, “não preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ela submetidos, ela enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos, protegem os direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos”.

Ainda pode-se referir como causa a circunstância de que os juízes, de regra, não se encontram habituados a lidar com a Constituição como um sistema estruturante dotado de sentido¹², isto é, que deve revelar expectativas congruente generalizadas pelo procedimento social, produto da seletividade de princípios e valores de modo que a efetividade que lhe devem imprimir não pode frustrar aquelas expectativas.

De qualquer modo, reste assente que a juridicização da política não implica definitivamente uma hegemonia do Poder Judiciário sobre os demais poderes. Ao contrário, realça o dever constitucional – que pode se encontrar expresso ou não em uma constituição – no sentido de que o magistrado deve assegurar a eficácia dos mecanismos que a própria constituição estabelece para a vivência de uma democracia participativa, mormente em constituição compromissária e dirigente, como a brasileira, cujo texto

¹² A concepção ora imprimida à constituição está erigida a partir do conceito de direito elaborado por Luhmann (1983, p. 183).

incorpora princípios como a dignidade da pessoa humana, o estado democrático de direito, a erradicação da pobreza, a função social da propriedade e uma série de programas ao escopo de efetivá-los.

Não impressiona, a ponto de abalar a convicção pela legitimação dessa atuação, a circunstância de, no sistema jurídico brasileiro, os membros do Poder Judiciário não serem eleitos pelo povo. Deveras, é preciso ter em mente que os juízes, tal qual os parlamentares – ao estabelecerem a generalização primária – encontram-se, igualmente, afetos a tratamento oportunístico de valores. Significa, desde aí, que uma sentença pode ser tão ilegítima quanto uma lei, na medida em que a decisão primária frustrate as expectativas sociais.

Deveras, insistir na deslegitimação do Poder Judiciário significa sobrelevar o aspecto formal (mecanismos formalmente definidos para a investidura), como se o conceito de Estado de Direito pudesse se definir apenas sob o ponto de vista formal.

É, aliás, por privilegiar a decisão primária, divisando que a interpretação autêntica da lei deve fazer vir à tona a vontade do legislador ou o chamado sentido da lei, que, nas práticas jurídicas – parodiando Dworkin –, os princípios não são levados a sério. Queremos dizer com isso que a decisão judicial não se revela como avalista do compromisso que a Constituição fez com os princípios e, nesse sentido, será tão ilegítima quanto a lei que frustra as expectativas sociais.

Ao declarado escopo, o caminho se avulta por deixar a via larga do constitucionalismo de regras para seguir a vereda de um constitucionalismo de princípios, de modo que se possa deixar eclodir o potencial emancipatório do direito nos Estados de modernidade tardia.

A missão da jurisdição por esse viés não descortina – é bom que se diga – uma missão redentora. Não se trata de uma revolução. É, antes, e já tão tarde, mas

ainda a tempo, o despertar de um novo paradigma na estrutura organizacional do Estado e igualmente na estrutura científica do direito, que propugna por afastar a hermenêutica clássica voltada para imprimir autenticidade à interpretação que revele a vontade do legislador, o espírito da lei, etc. para fazer com que as práticas jurídicas se voltem para o conteúdo principiológico dos sistemas jurídicos e a decisão judicial, sob esse contexto, satisfaça, o melhor possível, aqueles princípios.

Uma coisa, porém, os juristas devem estar atentos: costuma-se dizer que na arte, imaginação e criação não há fronteiras. Em direito sim! E isso precisa ser percebido pelos cientistas do direito, sobretudo pelos membros do Poder Judiciário, que precisam compreender que *não podem dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*, ou, dizendo de outro modo, na abertura significativa dos textos jurídicos, há limites.

Com efeito, para Dworkin (2002; 1999),¹³ o juiz tem o dever de decidir ainda que em se tratando de casos difíceis, em que, não encontrando regras na ordem jurídica positiva, buscará outras pautas regulatórias: os precedentes ou os costumes, e se valerá dos princípios que se avultam, assim, erigidos à condição de justificação da estrutura jurídica, política e moral. É dizer, ao decidir, o juiz deve levar em conta essas pautas regulatórias de modo que a interpretação seja com elas coerente, o que acontece, aqui lembrando Streck (2006, p. 217), na exata medida em que o juiz não decide *exclusivamente* com base em sua visão própria de mundo, ou em seus princípios de convicção pessoal, passando a concretizar uma interpretação que, “do ponto de vista da moral política, melhor reflita a estrutura das instituições e decisões da comunidade, ou seja, a que melhor represente o direito histórico e o direito vigente, sendo que esta seria, assim, a resposta correta para o caso concreto”.

¹³ Cf. DWORKIN, 2002, capítulo 4 e ainda DWORKIN, 1999, capítulo VII.

Por certo, a maioria esmagadora de nossa magistratura não se encontra preparada para tal mister e as razões são várias, que se apontam desde a formação acadêmica até questões institucionais. Isso, não obstante, não deve servir de empecilho a que os cientistas teóricos, os advogados, os membros do ministério público, os delegados de polícia comecem a deduzir suas elaborações de modo a despertar na magistratura o caminho que deve ser palmilhado, ao mesmo tempo em que dela, magistratura, exige-se um despertar para tanto.

Referências

- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- _____. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- _____. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. In: RAO, Vicente. Os poderes legislativo e executivo e a elaboração e expedição de normas obrigatórias: a legislação governamental ou delegada e os regulamentos: a natureza jurídica dos regulamentos e suas conseqüentes limitações. *Separata dos Estudos Jurídicos em nome de Soriano Neto*, Recife, 1962.
- CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.
- CROSSMAN, R. H. S. *Biografia do estado moderno*. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1980.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: M. Fontes, 1999.
- _____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: M. Fontes, 2001.
- _____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- FARIA, José Eduardo. *O poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.
- KRELL, Andréas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, n. 10, 2000.
- GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do estado*. São Paulo: Saraiva, 1953.
- JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Buenos Aires: Albatros, 1973.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: A. Amado, 1979.
- _____. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: M. Fontes, 1992.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1963.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- MALVERG, R. Carré de. *Teoría general del estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.
- MATHIAS, Carlos Fernando. Ponto final. *Correio Braziliense*, Brasília, 9 jun. 1997. Caderno Direito e Justiça, p. 10.
- MONTESQUIEL, Charles de Secondat Baron de. *Do espírito das leis*. São Paulo: M. Claret, 2003.
- PEDROSA, Maria Bernardette Neves. Estado de direito e segurança nacional. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 7., 1978, Curitiba. *Tese...* Curitiba: OAB, 1978.
- PEPE, Albano Marcos Bastos. Kant e a modernidade jurídica: razão e liberdade. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 2 v.
- ROCHA, Leonel Severo. *A democracia em Rui Barbosa: o projeto político liberal-nacional*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.
- RAO, Vicente. Os poderes legislativo e executivo e a elaboração e expedição de normas obrigatórias: a legislação governamental ou delegada e os regulamentos: a natureza jurídica dos regulamentos e suas conseqüentes limitações. *Separata dos Estudos Jurídicos em nome de Soriano Neto*, Recife, 1962.
- SALDANHA, Nelson. *Estado de direito, liberdades e garantias*. Recife: UFPE, 1980.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004b.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004c.

VILANOVA, Lourival. O problema do objeto da teoria geral do estado. In: _____. *Escritos jurídicos e filosóficos*. Brasília: Axis Mvndi, 2003. 1 v.

Desafios à Ordem Internacional

Ataques armados por atores não estatais e o direito de legítima defesa

Ielbo Marcus Lobo de Souza

Sumário

1. Introdução. 2. A construção da base legal e política da reação aos ataques de 11 de setembro. 3. A responsabilidade internacional do Afeganistão por atos terroristas de uma organização não estatal. 4. Efeitos jurídicos das resoluções do Conselho sobre o Direito Internacional Geral. 5. Conclusão.

1. Introdução

Sete dias depois dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 contra o Pentágono e as duas torres que compunham o *World Trade Center*, o Congresso norte-americano adotou uma Resolução conjunta intitulada "Autorização para o Uso de Força Militar"¹. A Resolução autoriza o Presidente dos Estados Unidos a usar "toda a força necessária e apropriada contra as nações, organizações, ou pessoas que ele determine tenham planejado, autorizado, realizado ou auxiliado os ataques terroristas ocorridos no dia 11 de setembro de 2001, ou abrigado tais organizações ou pessoas, para prevenir quaisquer atos futuros de terrorismo internacional contra os Estados Unidos por tais nações, organizações ou pessoas".

Poucos dias depois, os Estados Unidos, juntamente com outros Estados aliados, lançaram um ataque contra o Afeganistão

Ielbo Marcus Lobo de Souza é PhD (University of London), Professor de Direito Internacional e Relações Internacionais.

¹ Cf. SJ Resolução 23, 107th Cong., 11 Stat. 224, 2001.

e bases de uma organização terrorista. O fundamento jurídico da ação norte-americana foi o exercício regular do direito de legítima defesa individual e coletiva. Esse artigo procura explorar, a partir do exame desse caso particular, os possíveis desenvolvimentos normativos no que tange ao direito de legítima defesa dos Estados em face de organizações não estatais de cunho terrorista e Estados associados².

2. A construção da base legal e política da reação aos ataques de 11 de setembro

Na Resolução do Congresso norte-americano, a amplitude dos possíveis destinatários da ação militar norte-americana salta aos olhos: eles seriam não apenas nações, mas organizações e pessoas; não apenas os que realizaram o ataque, mas também os que auxiliaram, planejaram ou autorizaram. Justifica-se esse nível de abrangência pelo fato de o responsável pelo atentado ter sido um ator não-estatal, uma organização terrorista, que teria atuado, como se suspeitava à época, com o auxílio de Estado(s), pessoas e outras organizações.

A história legislativa da Resolução mostra que a proposta inicial, enviada pela Casa Branca, finalizava com a expressão “e deter ou prevenir quaisquer futuros atos de terrorismo ou agressão contra os Estados Unidos”. Os membros do Congresso Nacional se opuseram à ampliação da autorização do uso da força para além dos responsáveis pelos ataques de 11 de setembro, e para outras situações não relacionadas aos ataques e de difícil definição – como “agressão” –, e, portanto, essa frase foi retirada (ABRAMOWITZ, 2002, p. 73). Para deixar claro que não se tratava de um cheque em branco para o Presidente usar em qualquer situação futura não relacio-

nada diretamente aos ataques de 11 de setembro, a Resolução esclarece que o que se estabelece por meio dela é uma autorização legislativa *específica* dentro do significado atribuído à seção 5(b) da Resolução dos Poderes de Guerra.

A Resolução do Congresso autoriza o Presidente norte-americano a usar da força para “prevenir quaisquer atos futuros de terrorismo internacional”. A autorização, portanto, manifesta a posição dos Estados Unidos de que podem usar da força armada preventivamente, ao menos no caso do combate ao terrorismo internacional. Nos debates internos a respeito da Resolução proposta, considerou-se que o objetivo preventivo da legislação poderia ser um limitador sobre o uso da força, mas que, por outro lado, estar-se-ia atendendo, com essa ressalva, aos padrões do direito internacional que proíbem a mera retaliação ou represália armada (ABRAMOWITZ, 2002, p. 75).

Desde então, o uso da força de forma preventiva tem sido expressamente afirmado pelo Governo norte-americano como parte integrante da sua Estratégia de Segurança Nacional. Os Estados Unidos justificam essa nova orientação nos meios “não convencionais” utilizados pelos terroristas e Estados desviantes, que recorrem ao terror indiscriminado e ao potencial das armas de destruição em massa. Os Estados Unidos ressalvaram, entretanto, que não irão usar preventivamente da força como um pretexto para a agressão (Cf. NATIONAL ..., 2002, p. 13-16).

A estratégia jurídica e política internacional executada pelos Estados Unidos em resposta ao ataque previu a mobilização simultânea do Conselho de Segurança da ONU, no âmbito global, e dos mecanismos de defesa coletiva da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) e do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR), no plano regional.

No âmbito da ONU, a Resolução 1368 do Conselho de Segurança, adotada por

² Cabe aqui uma importante distinção: se examinara apenas as organizações terroristas com atuação internacional enquanto atores não estatais, deixando-se de lado as situações de ataques armados provenientes de outros grupos ou bandos armados e forças irregulares.

unanimidade no dia 12 de setembro de 2001, rotulou os ataques de 11 de setembro de “ataques terroristas”. Após condenar os ataques, classificou aqueles atos de terrorismo internacional como uma “ameaça à paz e segurança internacionais”. A descrição dos atos como uma ameaça à paz e segurança internacionais corresponde à determinação prévia prevista no artigo 39 da Carta da ONU, situado no Capítulo VII, o que indica a disposição ou o entendimento do órgão de salientar que a Resolução e as decisões subsequentes do Conselho a respeito da questão seriam obrigatórias para todos os membros da Organização.

A Resolução 1368 também “reconheceu” expressamente o “direito de legítima defesa individual ou coletiva de acordo com a Carta (da ONU)”. O emprego do termo “ataque” para descrever o ato terrorista e o reconhecimento do direito de autodefesa previsto na Carta da ONU sinalizam o entendimento do Conselho de que o ato terrorista *se equipararia a um ataque armado no sentido do art. 51 da Carta*. Portanto, a Resolução poderia ser lida como uma autorização do Conselho para que os Estados Unidos usassem da força armada em legítima defesa “até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais” (art. 51 da Carta da ONU). A Resolução 1368, em suma, representaria a chancela do sistema de segurança coletiva da ONU para uma eventual ação militar norte-americana justificadamente classificada como uma resposta ao ataque terrorista sofrido.

Interessante notar que a Resolução do Conselho estabeleceu, assim como a Resolução do Congresso norte-americano, uma responsabilização bastante ampla, atingindo os envolvidos direta ou indiretamente no episódio. De fato, ela requer a todos os Estados que trabalhem conjuntamente para trazer à justiça os “perpetradores, organizadores e patrocinadores desses ataques terroristas”, afirmando que serão respon-

sabilizados também os que “ajudaram, apoiaram ou abrigaram os perpetradores, organizadores e patrocinadores desses atos”. Quando a Resolução foi posta em discussão no Conselho de Segurança, o representante dos Estados Unidos afirmou que seu país não faria distinção “entre os terroristas que cometeram esses atos e aqueles que os abrigaram”³. A Resolução 1368 (UNITED STATES OF AMERICA, 2001c) enquadrou o atentado como um ato de “terrorismo internacional”, justamente para diferenciá-lo de atos terroristas praticados no interior do Estado por grupo terrorista doméstico, com motivações políticas exclusivamente domésticas.

No dia 28 de setembro de 2001, o Conselho de Segurança adotou, por unanimidade, a Resolução 1373, que reiterou os principais elementos da Resolução 1368. Em especial, reafirmou, preambularmente, o “direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva tal como reconhecido pela Carta das Nações Unidas e reiterado na resolução 1368 (UNITED STATES OF AMERICA, 2001c)”. Em sua parte dispositiva, o Conselho decidiu impor aos Estados a obrigação de adotarem medidas adicionais para prevenir e reprimir, em seus territórios, por meios legais, o financiamento e a preparação de quaisquer atos de terrorismo. A lista de medidas é extensa, mas, antes de elencá-las, o Conselho enfatizou que estava atuando ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, e que, portanto, tais medidas possuíam caráter vinculativo.

Um relevante elemento da Resolução 1373, que não estava disposto na Resolução 1368, foi a reafirmação do “princípio estabelecido pela Assembléia Geral na Declaração de outubro de 1970 (Resolução 2625 [XXV]) e reiterado pelo Conselho de Segurança na resolução 1189 (1998) de 13 de agosto de 1998, qual seja, o de que todo Estado tem a obrigação de abster-se de organizar, instigar, auxiliar ou participar de atos

³ Cf. Un. Doc. S/PV.4370, p. 7-8.

terroristas em outro Estado ou permitir, em seu território, atividades organizadas com o intuito de promover o cometimento desses atos”.

A Resolução 1373, nesse aspecto, refere-se à Declaração sobre os Princípios de Direito Internacional concernentes às Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas. E o princípio citado é o princípio de direito internacional segundo o qual os Estados devem se abster nas suas relações internacionais da ameaça ou uso da força contra a integridade territorial ou independência política de qualquer Estado, ou de qualquer outra forma inconsistente com os propósitos das Nações Unidas.

Esse princípio está incorporado na Carta da ONU (art. 2[4]) e possui um *status* de norma de *jus cogens*, *i.e.*, uma norma imperativa de direito internacional geral da qual nenhuma derrogação é permitida, e que só pode ser modificada por nova norma de direito internacional da mesma natureza, conforme a definição contida no artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados⁴ (Cf. BROWNLIE, 1990, p. 513; PASTOR RIDRUEJO, 1992, p. 648). A própria Declaração afirma, ao final, que os princípios nela incorporados constituem “princípios básicos do direito internacional”.

Qual a conclusão que se pode tirar desse dispositivo da Resolução 1373? O Conselho de Segurança da ONU – órgão responsável pela gerência do sistema de segurança coletiva universal – endossou o entendimento de que um Estado que organiza, instiga, auxilia ou participa de atos terroristas em outro Estado ou permite, em seu território, atividades organizadas com o intuito de promover o cometimento desses atos está violando o princípio que proíbe a ameaça

⁴ Veja também a posição do Juiz Nagendra Singh a respeito, em sua Opinião Separada no caso Nicarágua. (MILITARY ..., 1986, p. 152). Em igual sentido manifestou-se a Comissão de Direito Internacional da ONU. (Cf. INTERNATIONAL, 1966, p. 247).

ou uso da força armada. Em conseqüência, o Estado que é vítima desse ataque terrorista teria o direito de empregar a força armada em legítima defesa individual ou coletiva.

Uma inferência razoável, portanto, seria a de que a Resolução 1373, lida em conjunto com a Resolução 1368, constituiria uma autorização do Conselho de Segurança aos Estados Unidos para o uso da força armada no exercício do direito de legítima defesa individual ou coletiva, não somente contra a organização terrorista responsável, mas também contra o Estado que permitiu, em seu território, as atividades dessa organização com o intuito de promover o cometimento dos atos terroristas.

Um ponto importante que merece ser comentado é que a Resolução 1373, ao mencionar um aspecto particular do princípio que proíbe o uso da força, omitiu o final do parágrafo da citada Declaração, que contém a seguinte ressalva: “quando os atos referidos no presente parágrafo envolvem a ameaça ou uso da força”. Destarte, o apoio a atos terroristas por parte de um Estado só representará uma violação do princípio quando os atos praticados puderem ser enquadrados como uma ameaça ou uso da força. A omissão desse trecho na Resolução 1373 foi proposital? Sugere-se que a omissão foi deliberada para afastar qualquer dúvida de que os ataques terroristas constituíram um ataque armado e um uso da força em violação do princípio inscrito no art. 2(4) da Carta da ONU.

A diplomacia norte-americana – conjugada com o apoio de aliados solidários – logrou considerável êxito na aprovação unânime de duas resoluções do Conselho de Segurança cujo teor foi consideravelmente favorável à posição política e jurídica dos Estados Unidos. O foro multilateral da ONU havia sido acionado com sucesso. A estratégia norte-americana, contudo, não se atinha somente à ONU: havia também o recurso aos mecanismos coletivos de escopo regional.

No dia seguinte ao ataque terrorista, o Conselho do Atlântico Norte reuniu-se e emitiu, ao final, uma Declaração segundo a qual, “se ficar determinado que este ataque foi originado do exterior contra os Estados Unidos, ele será considerado como uma ação coberta pelo artigo 5 do Tratado de Washington, que afirma que um ataque armado contra um ou mais aliados na Europa ou América do Norte será considerado como um ataque contra todos” (STATEMENT..., 2001). Poucos dias depois, a condição foi considerada como atendida. Os Estados membros da OTAN, então, concordaram em acionar, pela primeira vez na história da Organização, o art. 5 do Tratado de Washington, a chamada cláusula da defesa coletiva, que prescreve a obrigação dos demais Estados partes de socorrer um Estado parte vítima de um ataque armado.

O comunicado mencionou a condição da procedência externa do ataque para diferenciar ações terroristas levadas a cabo por organizações terroristas internas (e.g., pelo IRA ou ETA) de um ataque que recai sob o Tratado de Washington. A outra condição – de que o Estado membro fosse vítima de um *ataque armado* – o Conselho considerou presente em razão da escala ou proporção do ataque, suas conseqüências, e do fato de as aeronaves seqüestradas terem sido usadas como mísseis (BUCKLEY, 2006, p. 1).

Em Carta enviada ao Presidente do Conselho de Segurança, os Estados Unidos procuraram justificar o uso da força contra o Afeganistão com base no art. 51 da Carta da ONU, deixando claro que foram vítimas de um *ataque armado*:

“De acordo com o Artigo 51 da Carta das Nações Unidas, eu desejo informar, em favor do meu Governo, que os Estados Unidos da América, junto com outros Estados, iniciarão ações no exercício de seu direito inerente de legítima defesa individual e coletiva após os ataques armados que foram

executados contra os Estados Unidos no dia 11 de setembro de 2001” (UNITED STATES OF AMERICA, 2001a).

O artigo 5 do Tratado de Washington foi invocado num cenário bem diferente daquele antevisto pelos fundadores da Organização. Não foi um Estado europeu a vítima de um ataque armado, mas sim os Estados Unidos, considerados o guardião da Europa no período da Guerra Fria. Demais, o ataque armado usou de meios não convencionais, e o agressor direto não foi propriamente um Estado, mas um ator não estatal, uma organização terrorista.

No plano interamericano, a Vigésima-Quarta Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, ocorrida em 21 de setembro de 2001, atuou como órgão de consulta do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR). A Resolução adotada, intitulada *Ameaça Terrorista contra as Américas*, reconheceu o direito inerente dos Estados de agirem no exercício do direito de legítima defesa individual ou coletiva, de acordo com a Carta da ONU e o TIAR. A Resolução também estabeleceu que os ataques terroristas contra os Estados Unidos “são ataques contra todos os Estados americanos e que, de acordo com todas as disposições aplicáveis do TIAR e o princípio da solidariedade continental, todos os Estados partes do Tratado do Rio deverão oferecer assistência recíproca efetiva para enfrentar tais ataques ou a ameaça de quaisquer ataques semelhantes contra qualquer Estado americano, e para manter a paz e segurança do continente” (UNITED STATES OF AMERICA, 2001b).

Ora, o art. 3 do TIAR fala em “ataque armado” contra um Estado americano e o compromisso dos Estados partes de assistirem a vítima “no exercício do direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva de acordo com o art. 51 da Carta das Nações Unidas”. Vê-se, pois, que os países membros do TIAR também endossaram o entendimento de que os Estados

Unidos sofreram um ataque armado e que poderiam exercer seu direito de legítima defesa.

Para a certificação de que a ação militar empreendida pela OTAN estaria de acordo com o sistema de segurança coletiva da ONU, seria necessário examiná-la à luz do que estabelece o art. 53 (1) da Carta da ONU, segundo o qual nenhuma ação coercitiva será “levada a efeito de conformidade com acordos ou entidades regionais sem autorização do Conselho de Segurança”. O reconhecimento, pelo Conselho de Segurança, na Resolução 1368, da legítima defesa individual *ou coletiva* pode ser discernido como a autorização exigida no art. 53(1). Munido dessa base legal, os Estados Unidos e seus aliados da OTAN lançaram, em outubro de 2001, uma ofensiva contra o Afeganistão e as bases terroristas instaladas em seu território, mas o Secretário-Geral da OTAN teve o cuidado de notificar o Secretário-Geral da ONU e o Conselho de Segurança a respeito da decisão da OTAN.

Os Estados Unidos enfrentavam problemas com o terrorismo internacional muito antes dos ataques de 11 de setembro, mas esses foram os primeiros a atingirem, com sucesso, alvos no território norte-americano. Sua estratégia geral de combate ao terrorismo envolve tradicionalmente um equilíbrio entre a necessidade de fortalecimento das instituições internacionais e a preservação da autonomia do recurso a ações unilaterais. O apoio ao incremento da competência das instituições internacionais é estimado como importante porque determinados instrumentos ou mecanismos do combate ao terrorismo – como o intercâmbio de informações e o bloqueio de fontes de financiamento das organizações terroristas – somente seriam eficazes mediante a cooperação internacional.

Por outro lado, os Estados Unidos, que possuem capacidade militar suficiente para retaliar, em qualquer lugar do mundo, um ataque sofrido, não estão dispostos a

dependerem inteiramente das instituições internacionais na resposta ao terrorismo, ao menos porque muitos dos seus Estados membros freqüentemente têm revelado uma atitude ambígua a respeito do terrorismo (REISMAN, 1999, p. 58).

3. A responsabilidade internacional do Afeganistão por atos terroristas de uma organização não estatal

Ao lado das organizações terroristas estimadas como responsáveis pelo ataque de 11 de setembro, o Afeganistão foi o alvo da intervenção militar dos Estados Unidos e seus aliados da OTAN por causa das ligações constatadas entre o Governo talibão do Afeganistão e aquelas. O regime talibão, que representava um movimento islâmico radical da linha wahhabi, apoiado pelo Paquistão, governou *de facto* o Afeganistão a partir de 1996, em meio a uma guerra civil interna que havia começado em 1992 e efetivamente perdurou até 2001. O Conselho de Segurança da ONU já exigia do Governo Talibão, *desde 1998*, que deixasse de dar abrigo e treinamento para terroristas internacionais e suas organizações (Resolução 1214/98), embora o Talibão jamais tenha sido reconhecido pelo Conselho de Segurança como o Governo do Afeganistão, mas citado como “facção afegã que se autodenomina Emirado Islâmico do Afeganistão”⁵.

Em 15 de outubro de 1999, o Conselho adotou nova Resolução (1267/99), na qual tomou nota do indiciamento de “Osama bin Laden e seus associados pelos Estados Unidos da América tendo em vista, *inter alia*, as explosões das embaixadas dos Estados Unidos em Nairobi, Quênia, e Dar es Salaam, Tanzânia, e por conspirar para matar nacionais americanos fora dos Estados Unidos”, e afirmou que a ausência de

⁵ No item 13 da Resolução 1214, o Conselho de Segurança “exige que o Talibão pare de dar abrigo e treinamento para terroristas internacionais e suas organizações”.

resposta por parte das autoridades do Talibão às demandas da Resolução 1214 (1998) constituía uma ameaça à paz e segurança internacionais.

A Resolução 1267 também determinou, com base no Capítulo VII da Carta, a) que o Talibão cessasse de dar abrigo e treinamento para terroristas internacionais e suas organizações, assegurando que o território sob seu controle não fosse usado para instalações e campos terroristas, ou para a preparação ou organização de atos terroristas contra outros Estados ou seus cidadãos; b) que o Talibão cooperasse com os esforços para trazer terroristas indiciados à justiça, entregando imediatamente, em particular, Osama bin Laden para as autoridades competentes de um país onde tenha sido indiciado, ou para as autoridades de um país onde ele fosse devolvido àquele país, ou autoridade de um país onde ele fosse preso e efetivamente levado à justiça. Para tornar efetiva sua decisão, o Conselho impôs sanções internacionais contra o regime Talibão.

Nova Resolução foi adotada pelo Conselho de Segurança em dezembro de 2000 (Resolução 1333), na qual o Conselho reiterou os termos de suas resoluções anteriores, determinou, em acréscimo, que o Talibão fechasse todos os campos de treinamento de terroristas, e ampliou os embargos impostos na Resolução anterior. Portanto, já se verificava, anos antes do ataque terrorista de 11 de setembro de 2001, uma ação contínua do Conselho de Segurança da ONU contra o governo talibão no Afeganistão, em razão da relação direta de cooperação entre esse governo e organizações terroristas internacionais sediadas no território afegão, entre as quais a Al Qaeda de bin Laden. Quando os Estados Unidos concluíram que a autoria do ataque de 11 de setembro recaía sobre a rede da organização terrorista Al Qaeda, estava formada a relação de responsabilidade entre o ato terrorista e o Afeganistão.

Cabe recordar aqui o princípio de direito internacional, primeiramente enunciado

pela Corte Internacional de Justiça no caso *Canal de Corfu* (1948), de que cada Estado não pode permitir que seu território seja utilizado para a prática de atos contrários aos direitos de outros Estados.

O caso cuidava da responsabilização ou não da Albânia pelas explosões de minas marítimas em outubro de 1946, que atingiram dois navios de guerra britânicos de passagem por águas territoriais albanesas e resultaram na perda de vidas. Embora os autores da minagem não tenham sido identificados, a Corte entendeu que a Albânia tinha conhecimento da existência ou colocação do campo minado em suas águas territoriais. Em tal situação, incumbia ao Governo Albanês a notificação aos navios em trânsito por suas águas:

“As obrigações que incumbiam as autoridades albanesas consistiam em fazer conhecida, no interesse da navegação em geral, a existência de um campo de minas nas águas territoriais albanesas e em advertir os navios de guerra britânicos, no momento de sua aproximação, do perigo iminente ao qual os expunha esse campo de minas. Essas obrigações fundam-se não na Convenção VIII de Haia de 1907, que é aplicável em tempos de guerra, mas sobre certos princípios gerais e bem reconhecidos, tais como as considerações elementares de humanidade, mais absolutas ainda em tempo de paz do que em tempo de guerra; o princípio da liberdade das comunicações marítimas; e a obrigação de todo Estado de não permitir que seu território seja utilizado para o fim de atos contrários aos direitos dos outros Estados” (THE CORFU ..., 1949, p. 22).

A prática do Conselho de Segurança revela casos em que uma conexão entre um ataque terrorista e um Estado foi identificada e o Estado devidamente responsabilizado. Um exemplo foi o caso da destruição do voo 103 da Pan Am em dezembro de 1988 como decorrência de um ato terro-

rista. O Conselho de Segurança adotou inicialmente a Resolução 731 (1992), pela qual exigiu da Líbia uma resposta efetiva aos pedidos de cooperação na identificação dos responsáveis pelos atos terroristas “de forma a contribuir para a eliminação do terrorismo internacional”. Dois meses depois, o Conselho adotou nova Resolução, de n. 748 (1992), desta feita estabelecendo claramente a responsabilidade da Líbia pelos ataques.

No seu Preâmbulo, a Resolução afirmou que a supressão de atos de terrorismo internacional, “incluindo aqueles nos quais Estados estão envolvidos direta ou indiretamente, é essencial para a manutenção da paz e segurança internacionais”. A Resolução também fez referência ao art. 2(4) da Carta da ONU, para asseverar que “todo Estado tem o dever de se abster de organizar, instigar, apoiar ou participar em atos terroristas em outro Estado ou aquiescer em atividades organizadas dentro do seu território direcionadas à prática de tais atos, quando tais atos envolvem a ameaça ou uso da força”⁶. Na parte dispositiva da Resolução, o Conselho decidiu que o Governo da Líbia devia se comprometer a cessar todas as formas de ação terrorista e toda assistência a grupos terroristas, renunciando ao terrorismo por ações concretas, e impôs, com base no Capítulo VII da Carta, sanções destinadas a forçar o cumprimento de suas decisões⁷.

Um segundo caso digno de nota surgiu com a tentativa de assassinato do Presidente do Egito em Addis Ababa, Etiópia, no dia 26 de junho de 1995. O Conselho de

Segurança adotou a Resolução 1054 (1996), na qual, reportando-se a decisões tomadas pela Organização da Unidade Africana (OUA) a respeito, determinou que o Sudão extraditasse para a Etiópia os suspeitos que estava acolhendo e desistisse de engajar-se em atividades de apoio e facilitação de atividades terroristas e de dar abrigo e santuário a elementos terroristas. A Resolução impôs, então, embargos diplomáticos contra o Sudão.

Todos os casos acima mencionados estabelecem a responsabilização internacional de um Estado, mas é preciso ter em mente que a relação entre a organização não estatal e o Estado tido como responsável pode assumir diferentes níveis. Há três situações possíveis de envolvimento do Estado: quando o Estado é o autor do atentado terrorista, pois se utiliza de uma organização que foi criada e é controlada pelo Estado; quando o Estado dá refúgio a uma organização terrorista e apóia seus objetivos, métodos e ações; quando o Estado não tem condição de controlar ou expulsar uma organização terrorista situada em seu território. Na primeira situação, o nível de responsabilidade é maior porque a organização funcionaria como um verdadeiro órgão do Estado.

No caso *Atividades Armadas no Território do Congo* (2005) (CASE ..., 2005), julgado pela Corte Internacional de Justiça, uma das questões suscitadas era se um movimento de liberação nacional, conhecido como MLC, constituía um órgão de Uganda, no sentido do art. 4 do Projeto de Responsabilidade Internacional do Estado, ou uma entidade que exercia elementos de autoridade governamental a seu favor (art. 5), ou uma entidade que agia sob instrução, direção ou controle de Uganda (art. 8). A questão era importante, pois a República Democrática do Congo (RDC) alegava que a organização era controlada por Uganda e que esta a utilizava para a prática de ataques armados contra a RDC. A Corte concluiu pela negativa, com o entendimento de que

⁶ O art. 2(4) da Carta não cita esse princípio, mas ele faz parte da interpretação dada ao artigo pela Declaração de 1970 (Resolução 2625) sobre os Princípios de Direito Internacional concernentes às Relações Amistosas entre Estados.

⁷ A Resolução 748 foi aprovada, mas contou com a abstenção de um membro permanente (China) e 4 membros não permanentes, todos com a justificativa de que não teria havido a exaustão de todos os meios pacíficos de resolução da controvérsia. (CHAPTER XI, 1992, p. 17).

Uganda apenas dava treinamento e apoio militar ao MLC, e não controlava a maneira que o MLC usava tal assistência. Portanto, segundo a Corte, a conduta do MLC não era atribuível a Uganda. No entanto, a conduta de Uganda, de dar treinamento e apoio à ala militar do MLC em suas atividades contra o Governo da RDC, constituía violação das obrigações internacionais decorrentes dos princípios do não uso da força e da não intervenção (CASE ..., 2005, p. 55-56).

No dia 7 de outubro de 2001, começou a Operação "Enduring Freedom", liderada pelos Estados Unidos, que contou com a participação direta e indireta de dezenas de outros Estados. Em Carta endereçada ao Presidente do Conselho de Segurança, os Estados Unidos procuraram estabelecer a responsabilidade do Afeganistão por dar abrigo à organização terrorista tida com o responsável pelos ataques de 11 de setembro:

"Os ataques em 11 de Setembro de 2001 e a contínua ameaça aos Estados Unidos e seus nacionais representada pela organização Al Qaeda têm sido possíveis pela decisão do regime Talibão de permitir que partes do Afeganistão que ele controla sejam usadas por essa organização como uma base de operação. A despeito de todos os esforços pelos Estados Unidos e a comunidade internacional, o regime Talibão recusou a mudar sua política. A partir do território do Afeganistão, a organização continua a treinar e apoiar agentes de terror que atacam pessoas inocentes por todo o mundo e tomam por alvo os nacionais e interesses dos Estados Unidos nos Estados Unidos e no exterior" (UNITED STATES OF AMERICA, 2001a).

A justificativa invoca, nas entrelinhas, o princípio enunciado no caso *Canal de Corfu* e reiterado na prática internacional para justificar o uso da força armada contra o Afeganistão e as estruturas da organização Al Qaeda. Haveria, como visto, um bom

argumento jurídico para embasar a licitude de tal ação, posição com a qual concordam alguns autores⁸. Slaughter (2002) argumenta que o uso da força contra o aparato de um Estado só pode ser justificado como um ataque direto contra os terroristas ou uma resposta direta a um ato do Estado quando não se puder distinguir os oficiais do Governo dos líderes terroristas, seja no que diz respeito ao exercício do poder coercitivo, à formulação das políticas governamentais ou ao emprego das finanças públicas. Caso contrário, as medidas utilizadas contra o Governo do Estado responsável não poderiam envolver o uso da força (SLAUGHTER, 2002, p. 20). O nível de relação entre o Estado e a organização terrorista, no entanto, é difícil de se estabelecer, e, no caso dos Estados Unidos, inexistente uma predisposição para seguir esse critério.

Demais, o Estado agravado pode se reconhecer o direito de responder aos ataques terroristas mediante o uso da força diretamente contra as estruturas e instalações da organização situadas em território de outros Estados. Por exemplo, como resposta aos ataques terroristas às embaixadas norte-americanas em Nairobi e Dar Es Salaam, os Estados Unidos notificaram o Presidente do Conselho de Segurança da ONU, em 20 de agosto de 1998, que efetuaram ataques contra os campos de treinamento e outras instalações da organização de bin Laden localizados no Sudão e no Afeganistão. Como justificativa legal, os Estados Unidos invocaram o direito de legítima defesa confirmado pelo artigo 51 da Carta da ONU (UNITED STATES OF AMERICA, 1998).

Quanto à Operação "Enduring Freedom", poucos dias depois, o Governo Talibão foi deposto e, em meio a essa situ-

⁸ Veja o pensamento de Bassiouni (2002, p. 100): "um país como o Afeganistão que deu a tal grupo (Al Qaeda) uma base de operação é também responsável pelas ações daquele grupo, e os Estados Unidos têm o direito de usar a força baseado no seu 'direito inerente de legítima defesa' sob o artigo 51 da Carta da ONU".

ação de instabilidade política, o Conselho de Segurança adotou nova Resolução, a de nº 1378, na qual manifestou o seu apoio ao estabelecimento de uma administração transitória no Afeganistão. Interessa notar que a Resolução, preambularmente, condenou o Talibão “por permitir que o Afeganistão seja usado como uma base para a exportação de terrorismo pela rede Al Qaeda e outros grupos terroristas e por dar guarida a Osama Bin Laden, Al-Qaeda e outros associados com eles, e nesse contexto apóia os esforços do povo Afegão em substituir o regime Talibão” (UNITED STATES OF AMERICA, 2001c). Posteriormente, uma Força Internacional de Assistência e Segurança, liderada pela OTAN, começou a operar em território afegão com base num mandato das Nações Unidas que instituiu uma atividade de manutenção ou estabelecimento da paz com amparo no Capítulo VII da Carta.

4. Efeitos jurídicos das resoluções do Conselho sobre o Direito Internacional Geral

Cabe agora indagar quais os possíveis efeitos jurídicos das Resoluções do Conselho de Segurança – especialmente as Resoluções 1368 e 1373 – sobre o direito internacional geral.

A Resolução 1373, em particular, tem sido considerada como um exercício legislativo ou quase legislativo do Conselho de Segurança (SZUREK, 2005, p. 10-18). Na sua prática, o Conselho adota resoluções que normalmente se dirigem a uma controvérsia ou situação específica e impõem medidas gerais cujo escopo e âmbito de aplicação se orientam pelo caso. A Resolução 1373, é verdade, procura endereçar a questão do terrorismo internacional, mas suas determinações não se reportam propriamente a uma situação concreta. Ao contrário, a Resolução 1373 refere-se ao terrorismo internacional em geral, classifica-o como uma ameaça à paz

e segurança internacionais e impõe aos Estados uma obrigação geral de natureza *erga omnes* de combater e prevenir o terrorismo, desdobrando-se numa série de obrigações específicas a serem monitoradas por um órgão subsidiário por ela estabelecido. Curiosamente, uma Resolução subsequente, a de nº 1535 (2004), que cuida das ameaças à paz e segurança internacionais causadas pelo terrorismo, reportou-se em seu Preâmbulo à “natureza especial da Resolução 1373”.

Do ponto de vista normativo, sabe-se que uma Resolução do Conselho de Segurança, como a 1373, quando adotada com base no Capítulo VII, vincula todos os Estados membros aos quais se endereça, criando, por esse meio, obrigação jurídica em sentido estrito de base convencional⁹. Mas um instrumento de tal natureza pode produzir um outro efeito, desta feita no plano costumeiro, declarando, cristalizando ou gerando uma norma de direito costumeiro (SOUZA, 1994, p. 69-83).

Resta determinar se as citadas Resoluções teriam produzido um efeito próprio sobre as normas de direito internacional geral referentes à legítima defesa individual e coletiva para o caso de ataques terroristas perpetrados por organizações não estatais. Como visto anteriormente, as Resoluções 1368 e 1373 representam uma consolidação de uma prática internacional referendada pelo Conselho de Segurança no sentido da responsabilização internacional dos Estados por atos praticados por atores não estatais ou indivíduos ou grupos de irregulares a partir de seu território e com o seu apoio direto ou indireto. Mas as Resoluções teriam ido além ao reconhecerem em situações tais o direito inerente de legítima defesa individual e coletiva.

Cumprir fazer referência a um caso submetido ao exame da Corte Internacional de Justiça. Trata-se de um pedido de Parecer Consultivo formulado pela Assembleia Geral da ONU em 2003 acerca das consequên-

⁹ Diz-se convencional a obrigação porque o seu fundamento está nos arts. 25 e 48 da Carta da ONU.

cias jurídicas decorrentes da construção de um muro por Israel, “a potência ocupante, no Território Palestino Ocupado, incluindo em e em volta de Jerusalém Oriental, como descrito no relatório do Secretário-Geral, considerando as regras e princípios de direito internacional, incluindo a Quarta Convenção de Genebra de 1949 e as resoluções pertinentes do Conselho de Segurança e da Assembléia Geral”¹⁰ (LEGAL..., 2004).

O Parecer merece ser examinado porque um dos argumentos sopesados pela Corte foi o de que o muro levantado por Israel representaria uma forma de atender às necessidades de segurança do Estado de Israel e seria uma expressão do exercício do direito de legítima defesa contra os seguidos ataques terroristas – atingindo os civis – provindos dos territórios palestinos ocupados e praticados por organizações terroristas palestinas. Uma das questões subjacentes ao debate, portanto, é a previsão, no direito internacional atual, de um direito de legítima defesa individual ou coletiva contra ataques armados por parte de atores não estatais.

A Corte manifestou sua opinião no sentido de que o art. 51 da Carta da ONU não se aplicaria ao caso sob exame. Para justificar sua conclusão, citou textualmente o art. 51 e afirmou, de forma um tanto simplista, que Israel não reivindicara que os ataques provocados contra ele fossem atribuídos a um Estado estrangeiro. O argumento parece indicar, portanto, que, para a Corte, o direito de legítima defesa individual ou coletiva somente se caracterizaria quando o autor do ataque fosse um Estado ou, mesmo que perpetrado por forças irregulares, fosse atribuível a um Estado. Assim, talvez a Corte estimasse plausível o argumento da legítima defesa se os grupos chamados de

terroristas por Israel estivessem atuando debaixo do apoio e organização de um outro Estado e a situação em exame não constituísse uma aplicação do princípio de autodeterminação dos povos. Mas essa não foi – nem talvez poderia ser – a base do argumento israelense.

A Corte rejeitou também o argumento de que o alegado direito de Israel ao exercício de legítima defesa contra organizações terroristas estaria respaldado nas Resoluções 1368 (2001) e 1373 (2001) do Conselho de Segurança. No entanto, em vez de manifestar expressamente uma posição geral sobre a matéria, endossando ou não a posição do Conselho de Segurança, a Corte optou por distinguir a situação em apreço. Para a Corte, ela seria diferente daquela prevista nas resoluções, uma vez que Israel, exercendo o controle sobre o território palestino ocupado, estaria enfrentado uma ameaça que procederia *de dentro* daquele território. Portanto, ataques armados emanados de um território ocupado não constituiriam um ataque armado de um Estado contra um outro ou um ataque terrorista internacional propriamente dito¹¹.

A opinião da Corte sustentaria uma interpretação muito estrita dos termos do art. 51 da Carta, no sentido de que esse dispositivo condicionaria o direito de legítima defesa a um ataque armado por um outro Estado, diretamente ou por intermédio de grupos de irregulares, excluída a hipótese de ações armadas por atores não estatais *per se* serem enquadradas como ataque armado. Tal interpretação, além de estrita, coaduna-se talvez com o tempo em que a

¹⁰ Não se pode deixar de notar o recurso, para fins políticos, por parte de uma maioria de Estados representados na Assembléia Geral, à faculdade que o órgão possui de pedir um Parecer da Corte, contornando os obstáculos existentes no seio do Conselho de Segurança, algo inclusive ressaltado por Juizes da Corte em opinião dissidente ou separada.

¹¹ Veja o trecho pertinente do Parecer: “A Corte também nota que Israel exerce o controle no Território Palestino Ocupado e que, como Israel mesmo afirma, a ameaça que ele considera como justificando a construção do muro se origina de dentro, e não de fora, do território. A situação é então diferente daquela contemplada pelas Resoluções do Conselho de Segurança 1368 (2001) e 1373 (2001), e portanto Israel não poderia de qualquer maneira invocar aquelas resoluções em apoio a sua alegação de estar exercendo um direito de legítima defesa”. (LEGAL ..., 2004, p. 14).

Carta foi adotada, mas não se mostra consentânea com a nova realidade do mundo atual. Daí as dissidências manifestadas por Juízes da Corte em Opiniões apartadas.

Em Declaração de voto, o Juiz Buergenthal externou sua opinião de que o art. 51 da Carta das Nações Unidas não torna o exercício do direito inerente de legítima defesa condicionado a um ataque armado por outro Estado. Para ele, as Resoluções 1368 e 1373 do Conselho de Segurança caracterizam o terrorismo internacional como uma ameaça à paz e segurança internacionais, enquanto, ao mesmo tempo, “reafirmam o direito de legítima defesa individual ou coletiva como reconhecido pela Carta das Nações Unidas”. Haveria, assim, uma clara vinculação entre o combate ao terrorismo internacional e o exercício do direito de legítima defesa individual ou coletiva. O Juiz Burgenthal entendeu também que, nas duas resoluções, nada haveria que justificasse a interpretação ou presunção de que o Conselho de Segurança tenha limitado sua aplicação a ataques terroristas perpetrados somente por atores estatais (LEGAL ..., 2004, p. 241-242).

O Juiz Kooijmans, em sua Opinião Separada, desenvolveu linha semelhante de raciocínio. Segundo ele, o art. 51 da Carta não estabelece a condição de que o ataque armado deva ter sido realizado por um Estado. Além disso, as Resoluções 1368 e 1373 introduziram, na sua opinião, um novo elemento ao conceito de legítima defesa, ao reconhecerem o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva em face do terrorismo sem fazer qualquer alusão a um ataque armado por um Estado. Na resolução 1373, o Conselho de Segurança classificou atos de terrorismo internacional como uma ameaça à paz e segurança internacionais que o autoriza a agir sob o Capítulo VII da Carta, sem relacioná-los a um Estado particular (LEGAL ..., 2004, p. 229-230).

A Juíza Higgins sublinhou também que o art. 51 não estipula que o direito de

legítima defesa esteja disponível somente quando um ataque armado é efetuado por um Estado. No entanto, ela pensa que tal qualificação teria sido feita pela própria Corte em caso anterior, o caso *Nicarágua*, quando a Corte entendeu que uma ação militar executada por irregulares poderia constituir um ataque armado se eles tivessem sido enviados por um Estado ou em prol de um Estado e se tal atividade pudesse ser caracterizada como um ataque armado em razão da sua escala e efeitos. Quanto à possibilidade ou não de um ataque armado, no sentido do art. 51, provir de um território ocupado, Higgins aponta bem para a manutenção do direito do Poder Ocupante de defender seus cidadãos civis, especialmente quando tal território não integra o território do Poder Ocupante (LEGAL..., 2004, p. 215). Assim, Higgins sustentaria a opinião de que, mesmo em caso de incidência do princípio de autodeterminação dos povos, o povo não estaria autorizado a usar de meios terroristas contra os cidadãos civis de uma Potência Ocupante¹².

5. Conclusão

O princípio que proíbe o uso da força nas relações internacionais, previsto no art. 2(4) da Carta da ONU e no direito costumeiro, tinha em vista, por ocasião da redação da Carta, os conflitos armados interestatais. No mundo do pós-guerra fria, e especialmente do pós-11 de setembro, as ameaças

¹² Segundo entende o Secretário-Geral da ONU, “o direito de resistir a ocupação deve ser compreendido no seu verdadeiro significado. Ele não pode incluir o direito de matar ou ferir deliberadamente civis. Eu endosso completamente a proposta do Painel de Alto Nível por uma definição de terrorismo que deixaria claro que, em acréscimo às ações já proscrias pelas convenções existentes, qualquer ação constitui terrorismo se é destinada a causar a morte ou uma lesão corporal grave em civis ou não combatentes, com o propósito de intimidar uma população ou compelir um Governo ou uma organização internacional a praticar ou se abster de praticar um qualquer ato”. (Cf. IN LARGER..., 2005).

à paz e segurança internacionais possuem origens mais variadas, pois decorrem não apenas dos Estados, mas também das ações de atores não estatais e dos conflitos armados de caráter não internacional com repercussão regional ou internacional.

Particularmente no que concerne à adequação do princípio que proíbe o uso da força nas relações internacionais – e sua abertura ao direito inerente de legítima defesa – ao novo tipo de ameaça oriundo de ataques promovidos por organizações terroristas internacionais, os desafios são tremendos. Isso porque os ataques podem ser dirigidos deliberadamente contra alvos civis, com recurso a meios e métodos não convencionais, de forma a atingir o maior número possível de vítimas. Num mundo em que as armas de destruição em massa tendem a se proliferar, os riscos são incalculáveis.

Além disso, os membros de organizações terroristas internacionais – especialmente os que se dizem islâmicos – não usam uniformes e não integram uma organização visível e hierarquicamente distinguível, como se observa nas forças armadas regulares. A diferença entre um civil transeunte e inofensivo e um terrorista carregando uma bomba em sua mochila é nenhuma, e por isso a dificuldade de prevenir o ataque. E, para dificultar ainda mais a sua identificação, as organizações terroristas podem manter células domésticas no País alvo dos ataques, que funcionariam como pequenos grupos auto-organizados e autônomos que permanecem dentro do País por algum tempo até a hora que acham mais conveniente para desferir o ataque. Por último, os terroristas islâmicos não hesitam em participar de missões suicidas, o que torna muito difícil a interrupção do ataque. É na perspectiva desse novo tipo de ameaça que o art. 51 da Carta, que trata do direito inerente de legítima defesa, deve ser interpretado.

Em primeiro lugar, cabe examinar se uma organização terrorista pode praticar um ataque armado no sentido do art. 51

da Carta. O referencial para julgamento deve ser aquele propugnado pela Corte Internacional de Justiça no caso *Nicarágua: “atos de força armada contra um outro Estado de tal gravidade que correspondam a um ataque armado efetivo por forças regulares”*¹³ (MILITARY..., 1986, p. 119, 126-127). No caso que se examina nesse artigo (os ataques do 11 de setembro), há que se concordar com a posição de Murphy, quando defende que os incidentes do 11 de setembro constituíram um ataque armado contra os Estados Unidos no sentido do art. 51 da Carta. Para o autor, a dimensão dos incidentes, a destruição causada, o número de vítimas e as repercussões posteriores foram de tal monta que não se pode deixar de classificá-los como ataques armados (MURPHY, 2002, p. 47).

Demais, como visto, os Estados Unidos e dezenas de outros países integrantes da OTAN e do TIAR também enquadraram os incidentes como ataques armados. Por fim, as Resoluções 1368 e 1373 do Conselho de Segurança, embora não tenham usado a expressão “ataques armados”, referiram-se aos incidentes como “ataques” terroristas e reconheceram o direito de legítima defesa previsto no art. 51 da Carta.

Pode-se, naturalmente, questionar se um ataque armado por uma organização não estatal ensejaria o direito de legítima defesa previsto no art. 51 da Carta. Os Juízes Kooijmans e Burgenthal, da Corte Internacional de Justiça, pensam que sim. Garwood-Gowers (2004) assinala que, embora o art. 51 não diga expressamente que o ataque armado deva ser praticado por um Estado, a presunção do artigo é de que um tal ataque deva ser emanado de um Estado. Um ataque armado, porém, não precisa ser executado apenas pelas forças armadas regulares de um Estado, pois a conduta de um ator não estatal pode ser atribuída a um Estado se existe uma “relação suficien-

¹³ Para uma discussão sobre a caracterização de tais atos como um ataque armado ou uma agressão, veja Souza (1996, p. 154-155).

temente próxima entre as duas entidades". Ele conclui que ataques graves de atores não estatais podem ser classificados como ataques armados, desde que tal conduta seja imputável a um Estado (GARWOOD-GOWERS, 2004, p. 16).

Verdade é que as Resoluções 1368 e 1373 do Conselho de Segurança distanciaram-se dos critérios tradicionais para o exercício regular do direito de legítima defesa em alguns aspectos. Por exemplo, no caso contemplado pelas Resoluções, o ataque terrorista foi uma ação que se completou numa mesma manhã do dia 11 de setembro. Ao intervirem militarmente no Afeganistão, algumas semanas depois, os Estados Unidos não estavam usando da força armada para repelir um ataque *em andamento*; portanto, o critério da necessidade na acepção original (*instantânea, irresistível, não permitindo uma opção por outros meios e não deixando momento algum para deliberação*¹⁴) não estaria presente. É no contexto peculiar da situação de risco, porém, que se deve analisar a adequação dos critérios da legítima defesa.

Ao justificar o uso da força no Afeganistão, os Estados Unidos invocaram o direito de legítima defesa em resposta aos ataques sofridos e informaram que o objetivo da ação era *prevenir e deter* mais ataques contra os Estados Unidos:

"Em resposta a esses ataques, e de acordo com o direito inerente de legítima defesa individual e coletiva, as forças armadas dos Estados Unidos iniciaram ações destinadas a prevenir e deter outros ataques terroristas nos Estados Unidos. Essas ações incluem medidas contra os campos de treinamento terroristas da Al Qaeda e as instalações militares do regime Talibão no Afeganistão" (UNITED STATES OF AMERICA, 2001a).

Aqui se levanta um ponto de grande controvérsia: a admissão do direito de

¹⁴ Veja Nota Diplomática do Governo norte-americano ao Governo Britânico no incidente Carolina (1837), reproduzida em Moore (1906, p. 412).

legítima defesa preventiva ou antecipada contra organizações terroristas internacionais. Quando se fala somente em conflitos armados interestatais, a questão ainda está sujeita a controvérsias, e não faltam autores que manifestam reservas à doutrina da legítima defesa preventiva ou antecipada (BROWNLIE, 1962, p. 266-267). Por outro lado, as características das organizações terroristas, sua ideologia e seus métodos e objetivos de ação trazem novos dilemas ao debate, pois desaconselhariam a espera de um ataque armado para só então responder com o uso da força. Haveria, portanto, espaço na regulação internacional para o instituto de legítima defesa preventiva?

No Relatório "In Larger Freedom", o Secretário-Geral da ONU faz uma distinção entre ameaças iminentes e não iminentes ou latentes. As ameaças iminentes estariam cobertas plenamente pelo art. 51 da Carta da ONU, que abarcaria não apenas o ataque armado ocorrido, mas também aquele iminente ou na iminência de ocorrer. Para esses casos, os Estados teriam o direito de usar da força em legítima defesa de forma antecipatória. Para as ameaças não iminentes ou latentes, o Relatório entende que caberia ao Conselho de Segurança – de acordo com a Carta – fazer uso da força armada de forma preventiva para preservar a paz e a segurança internacionais (Cf. IN LARGER ..., 2005).

Um documento relevante que espelha a prática e *opinio juris* do Governo Britânico sobre a matéria foi recentemente divulgado pelo Governo. Trata-se do Parecer exarado pelo Consultor Jurídico do Governo Britânico ao Primeiro-Ministro – com o qual este expressou concordância – sobre a licitude da ação militar empreendida contra o Iraque em 2003¹⁵. Nessa Opinião, o Consultor Jurídico manifesta o entendimento de que a força pode ser usada em legítima

¹⁵ Cf. Attorney General note to the PM. Consulta realizada no site governamental <http://www.number-10.gov.uk/output/Page7443.asp> em 24 de julho de 2007.

defesa se existe uma ameaça real ou iminente de um ataque armado, e se o uso da força é necessário por ser o único meio de evitar um ataque, e desde que represente uma resposta proporcional. A iminência do ataque seria, na opinião do Consultor, um requisito necessário, embora o conceito do que seja iminente dependa, em última análise, das circunstâncias do caso. Por fim, o Parecer não endossa a possibilidade – mais ampla – de uso da força para “prevenir perigos futuros”.

No exame da licitude de uma ação armada preventiva ou antecipada contra organização terrorista, alguns subsídios sugeridos por Reisman poderiam ser aplicados:

“O teste jurídico internacional das ações preventivas sob discussão aqui presumivelmente voltariam a dois conjuntos de questões: primeiro, o direito de agir (*jus ad bellum*); e, se isso for estabelecido, a necessidade e proporcionalidade da ação, bem como a capacidade das armas escolhidas para a ação de fazer uma distinção entre beligerantes e não beligerantes. Como qualquer outra ação unilateral, a necessidade, nesse contexto, incluiria a ausência de uma alternativa institucional plausível e rápida” (REISMAN, 1999, p. 9).

Sobre a necessidade e proporcionalidade da ação armada, os próprios Estados expressam seu cuidado em atender aos critérios. No ataque armado desferido pelos Estados Unidos contra as instalações da rede Al Qaeda em 1998, a Carta endereçada ao Presidente do Conselho de Segurança fez questão de assinalar isso: “Os alvos atingidos e o tempo e o método de ataque usados foram cuidadosamente planejados de forma a minimizar os riscos de dano colateral aos civis e a cumprir com o direito internacional, incluindo as regras da necessidade e proporcionalidade” (UNITED STATES OF AMERICA, 1998).

Em todo caso, é bom que se registre que, num sistema político internacional que

apresenta alto grau de descentralização, um direito de legítima defesa preventiva ou antecipada contra organizações terroristas situadas em outros Estados sempre estará sujeito a abusos. O risco se exacerba quando o Conselho de Segurança – enquanto autoridade centralizada – se omite ou não pode estabelecer claramente as circunstâncias que justificam o ataque armado, a identificação dos responsáveis e o direito do Estado atingido ou a ser atingido. Como visto, o caso do Afeganistão foi um tanto mais simples e pode ser um precedente valioso no exame da licitude de futuros casos.

Referências

ABRAMOWITZ, David. The president, the congress, and use of force: legal and political considerations in authorizing use of force against international terrorism. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 43, n. 1, p. 71-81, winter 2002.

BASSIOUNI, Cherif. Legal control of international terrorism: a policy-oriented assessment. *Harvard Journal of International Law*, Cambridge, v. 43, n. 1, p. 83-103, winter 2002.

BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. Oxford: Clarendon, 1990.

_____. The use of force in self-defence. *The British Year Book of International Law*, Oxford, v. 37, p. 183-268, 1962.

BUCKLEY, Edgar. Invoking article 5. *Nato Review*, Washington, p. 1-5, summer 2006.

CASE concerning armed activities on the territory of the Congo: democratic republic of the Congo v. Uganda. *ICJ Reports*, [S. 1.], 2005.

CHAPTER XI. In: REPertoire of the practice of the Security Council: eleventh supplement: 1989-1992. Washington: Security Council, 1992.

GARWOOD-GOWERS, Andrew. Self-defence against terrorism in the post-9/11 world. *Queensland University of Technology Law & Justice Journal*, Brisbane, p. 13-26, 2004.

IN LARGER freedom: towards development, security and human rights for all. *Report of the Secretary-General*, Washington, UN Doc. A/59/2005, 2005.

INTERNATIONAL law commission yearbook. Nova York: International Law Commission, 1966. 2 v.

- LEGAL consequences of the construction of a wall in the occupied palestinian territory, advisory opinion. *ICJ Reports*, [S. 1.], 2004.
- MILITARY and paramilitary activities in and against Nicaragua: Nicaragua v. United States of America, merits, judgement. *ICJ Reports*, [S. 1.], 1986.
- MOORE, John Basset. *A digest of international law*. Washington: Government Printing Office, 1906.
- MURPHY, Sean. Terrorism and the concept of “Armed Attack” in article 51 of the UN Charter. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 43, p. 41-70, winter 2002.
- NATIONAL Security Strategy. Washington: The White House, 2002.
- PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de derecho internacional publico y organizaciones internacionales*. Madrid: Technos, 1992.
- REISMAN, Michael. International legal responses to terrorism. *Houston Journal of International Law*, Houston, v. 22, n. 1, p. 3-61, 1999.
- SLAUGHTER, Anne-marie; BURKE-WHITE, William. An international constitutional moment. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 43, p. 1-21, winter 2002.
- SOUZA, I. M. Lobo. O conceito de agressão armada no direito internacional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 129, p. 145-156, jan./mar. 1996.
- _____. Os efeitos normativos das resoluções da assembléia geral das nações unidas. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, p. 69-83, 1994.
- STATEMENT by the North Atlantic Council. *NATO Press Releases*, Bruxelles, n. 124, 12 sep. 2001.
- SZUREK, Sandra. La lutte internationale contre le terrorisme sous l’empire du chapitre VII: un laboratoire normatif. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, n. 109, p. 10-18, 2005.
- THE CORFU channel case: merits. *ICJ Reports*, [S. 1.], 1949.
- UNITED STATES OF AMERICA. *Letter from the permanent representative of the United States of America to the United States addressed to the President of the Security Council*, 7 oct. 2001. Washington: [s. n], 2001a.
- _____. *Letter from the permanent representative of the United States of America to the United States addressed to the President of the Security Council*, 20 aug. 1998. Washington: [s. n], 1998.
- _____. Security Council. *Meeting of consultation of ministers of foreign affairs*, OEA/Ser. F/11. 24. RC 24/RES 1/01, 21 sep. 2001. Washington: Security Council, 2001b.
- _____. _____. *Resolution 1378*, 14 nov. 2001. Washington: Security Council, 2001c.

O direito internacional

Entre a ordem e a justiça

Alberto do Amaral Júnior

Sumário

1. Introdução. 2. O risco de fragmentação do direito internacional. 3. O “diálogo” das fontes. 4. O “diálogo” sistemático de coerência. 5. O “diálogo” de coordenação e adaptação. 6. O “diálogo” sistemático de complementaridade. 7. Conclusão.

1. Introdução

No limiar do século XXI, os efeitos da mundialização causados sobretudo pela revolução nas comunicações estendem-se indistintamente a todos os domínios da vida contemporânea. A cooperação, por sua vez, adensou-se em setores tão variados quanto o comércio internacional, os direitos humanos, a exploração dos recursos marinhos e a preservação do meio ambiente. Combinados, esses fatores irão atingir fortemente o direito internacional.

É ainda fato inquestionável que as últimas décadas conheceram extraordinária expansão das normas jurídicas internacionais acompanhada da formação de hierarquia normativa no direito internacional, graças ao reconhecimento do *jus cogens* pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

Essa impressionante proliferação normativa entreabriu a probabilidade de conflitos normativos e aprofundou a tendência de fragmentação do direito internacional

Alberto do Amaral Júnior é Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

em múltiplos subsistemas dotados de lógica própria e fins específicos. Esses fatos suscitam a preocupação com a coerência do direito internacional, já que a presença de antinomias é indesejável não apenas por colocarem o intérprete diante de alternativas inconciliáveis, mas também porque impedem a realização da justiça.

Considero, na esteira de Norberto Bobbio (1995), que a coerência não é condição de validade, mas é sempre uma condição para o justo ordenamento. As exigências de certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem) e justiça (que corresponde ao valor da igualdade) desaparecem se o intérprete puder, indiferentemente, aplicar regras contraditórias. Se duas normas antinômicas coexistirem, o ordenamento jurídico não conseguirá garantir nem a certeza, entendida como possibilidade de prever com exatidão as conseqüências de dada conduta, nem a justiça, entendida como igual tratamento entre aqueles que pertencem à mesma categoria.

Na tentativa de formular critérios que contemplem as múltiplas interações normativas, contesto, outrossim, o ponto de vista de que o direito internacional é um conglomerado de subsistemas desvinculados entre si. Proponho, ao contrário, um novo método, intitulado “diálogo” das fontes, sob a inspiração do trabalho pioneiro desenvolvido por Eric Jayme no âmbito do direito internacional privado. Longe de ignorar o ingente trabalho dos juristas para resolver as antinomias, que a doutrina consolidou em princípios comumente aceitos, indico a necessidade de um segundo método, que coexista com as soluções tradicionais. Trata-se de aplicar, simultânea, coerente e coordenadamente, as várias fontes do direito internacional de modo a eliminar a norma incompatível somente quando se verificar que a contradição que ela causa é insuperável. A coordenação flexível das fontes restabelece a coerência ao identificar complementaridades, convergências e harmonias. Nessa

tarefa, a presunção contra o conflito, enfatizada por Wilfred Jenks (1953) há mais de meio século, cumpre função essencial. O “diálogo” das fontes vislumbra a totalidade das normas internacionais sem esquecer, obviamente, as especificidades que marcam os subsistemas particulares. O que se deseja é perceber o direito internacional como um sistema no qual a busca de unidade não faz desaparecer a singularidade das partes que o constituem, e que ele se sujeita a princípios que organizam os elementos individualmente considerados. Este artigo discute, pois, três questões:

1. o risco de fragmentação das normas internacionais causado pela existência de variados subsistemas;
2. a reconstrução da coerência do ordenamento jurídico internacional por intermédio do “diálogo” das fontes; e
3. o vínculo entre os vários tipos de “diálogo” das fontes e o tema da justiça no direito internacional contemporâneo.

2. O risco de fragmentação do direito internacional

A aceleração da interdependência engendrada pelo advento da mundialização alargou o campo regulatório do direito internacional a domínios que outrora pertenciam exclusivamente às relações diplomáticas. Esse processo, que se iniciou antes mesmo que a globalização se aprofundasse, ganhou vigor diante do imperativo de se buscar solução para os múltiplos problemas propostos pelas interações econômicas, sociais e políticas. Houve, em praticamente todos os setores da vida internacional, a produção de normas obrigatórias, dotadas de precisão, que delegam a um terceiro a tarefa de resolver os conflitos mediante a aplicação de regras jurídicas (Cf. GOLDSSTEIN, 2001, p. 3; KAHLER, 2001, p. 271-299; LEJBOWICZ, 1999, p. 277-398).

Normas cada vez mais numerosas são necessárias para regular áreas que vão das telecomunicações à proteção do

meio ambiente, da cooperação judiciária à instituição de cortes jurisdicionais, do aproveitamento dos recursos marinhos à proteção dos direitos humanos, do combate ao terrorismo à não-proliferação de armas nucleares, do comércio multilateral aos acordos econômicos regionais. As regras de alcance universal convivem com a tendência de diferenciação com base no domínio das normas, na especificidade que possuem e no grau de desenvolvimento dos Estados.

A intensa regulação jurídica das relações internacionais contribuiu para elevar, de forma inusitada, a probabilidade de conflitos normativos. Joost Pauwelyn (2003), ao examinar os fatores responsáveis pela proliferação dos conflitos entre as normas internacionais na atualidade, discrimina ao todo oito fatores, dos quais quatro são inerentes à formação das regras internacionais e quatro decorrem das transformações do direito internacional contemporâneo. No primeiro grupo (PAUWELYN, 2003, p. 13-17), merecem destaque:

a) *A descentralização da produção normativa.* Não é de se estranhar que na esfera internacional, marcada pela descentralização do poder, os conflitos normativos sejam até certo ponto naturais em função do crescente número de Estados. Os obstáculos para a obtenção do consenso estimulam a elaboração de normas vagas, passíveis de múltiplas interpretações, conforme a natureza dos interesses em jogo. A probabilidade de consenso diminui à proporção que um grande número de Estados participa das negociações de novos tratados, como sucede na OMC, circunstância que favorece o aparecimento de normas conflitantes no interior do mesmo regime ou entre regimes jurídicos diferentes.

b) *O tempo.* O fato de as normas internacionais terem, fundamentalmente, o mesmo valor normativo faz do tempo uma variável de grande relevância. A variedade e diversidade dos interesses estatais tornam o surgimento das normas uma conseqüência natural da passagem do tempo.

c) *O processo de formação das normas internacionais.* Afora as particularidades da vida internacional, a realidade interna dos Estados pode encorajar os conflitos normativos.

No plano nacional, as negociações para a conclusão de tratados internacionais se fazem acompanhar de discussões que reúnem diplomatas, especialistas e representantes dos setores sociais interessados. Esses debates ampliam extraordinariamente o grau de especialização das questões e desenvolvem um estilo específico de abordar os problemas. Organizações não-governamentais, defensoras do livre-comércio ou da preservação do meio ambiente, pressionam para que sejam acolhidos os interesses que defendem.

As pressões avolumam-se, também, quando o parlamento aprecia um tratado já concluído a fim de inseri-lo no ordenamento jurídico doméstico. A disseminação dos grupos organizados, que privilegiam uma visão segmentada da realidade, fomenta os conflitos entre tratados. Esse fenômeno contagia o direito internacional costumeiro, que depende da ampla aceitação dos destinatários.

d) *A ausência de uma corte com jurisdição geral e compulsória encarregada de zelar pela aplicação das normas internacionais.* A carência de um órgão centralizado impede, em muitos casos, a gestão adequada das relações internacionais por intermédio da solução pacífica das controvérsias. A pluralidade de instâncias jurisdicionais cria o risco de que os conflitos venham a ser resolvidos de forma diversa e até mesmo contraditória.

Afora esses fatores, Joost Pauwelyn (2003, p. 17-23) acrescenta as seguintes causas dos conflitos de normas internacionais:

1º) *A passagem das normas de coexistência para as normas de cooperação.* Os enfoques tradicionais vinculados à soberania territorial, às relações diplomáticas e aos domínios da guerra e da paz deram lugar à cooperação nas áreas do comércio, meio ambiente e

direitos humanos. O vertiginoso aumento do número de tratados multilaterais precipitou não só os conflitos entre normas de diferentes subsistemas, a exemplo do que acontece entre os acordos da OMC e os tratados ambientais, mas também entre as regras de um mesmo subsistema, como se verifica entre as regras da OMC.

2º) *A globalização*. A aceleração da interdependência, efeito imediato do processo de globalização, potencializou a perspectiva de novos conflitos entre tratados internacionais, que obedecem a motivos os mais variados. Acordos de liberalização comercial colidem com normas internacionais instituídas para garantir objetivos de caráter social.

3º) *A hierarquia de valores*. O conceito de *jus cogens*, previsto pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, exprime a convicção de que as normas internacionais não se encontram no mesmo patamar. O reconhecimento de que certas normas são superiores às demais é uma causa potencial de conflitos.

4º) *A ampliação da solução jurídica das controvérsias*. A generalização dos meios jurídicos de solução dos litígios repercute nos conflitos entre as normas de direito internacional. Julgamentos proferidos em determinadas instâncias, como a OMC, tendem a afetar setores que ultrapassam o comércio propriamente dito.

Outras razões militam, ainda, em prol da intensificação dos conflitos entre tratados. O regionalismo comandou a formação, em todos os continentes, de múltiplos acordos sobre uma gama rica e complexa de temas. A cooperação regional possibilita, muitas vezes, a adoção de medidas que não seriam factíveis em escala mais ampla. Jenks (1953, p. 401) aponta as possíveis vantagens dos acordos regionais: tratar de problemas a respeito dos quais é prematuro ou pouco significativo estabelecer regras de alcance mundial; prescrever *standards* mais elevados e medidas de maior abrangência, além de aprofundar o grau de unificação

do direito; fortalecer a uniformidade do direito em uma região e possibilitar a ação concertada tendo em vista a execução de um instrumento internacional que imponha certas obrigações. O regionalismo trouxe à baila a perspectiva de conflito entre os tratados regionais e os tratados universais que lidam com matérias idênticas. Nem sempre é fácil compatibilizar os acordos subscritos pelos componentes de uma sub-região e os acordos regionais com os quais eles se relacionam.

No direito internacional, a antinomia se caracteriza pela existência de normas incompatíveis, de sorte que o intérprete não pode aplicar as duas regras ao mesmo tempo. As incompatibilidades são de três tipos:

1. entre uma norma que ordena um comportamento e uma norma que proíbe o mesmo comportamento;
2. entre uma norma que ordena fazer algo e outra que permite não fazer; e
3. entre uma norma que proíbe fazer e outra que permite fazer.

As antinomias aparentes são aquelas resolúveis pela aplicação dos critérios cronológico, hierárquico e de especialidade. As antinomias insolúveis, por sua vez, são as que se identificam pela falta de critérios para sua resolução ou pelo conflito entre os critérios hierárquico e de especialidade, concebidos como critérios fortes em relação ao critério cronológico. Aventa-se, a título ilustrativo, a hipótese de conflito entre uma norma superior-geral (norma de *jus cogens*) e uma norma inferior-especial. Em princípio, deve prevalecer a norma de *jus cogens*, que integra parte da ordem pública internacional e é expressão dos valores essenciais para a convivência coletiva, mas não se descarta que, na prática, a exigência de adaptar os princípios gerais de direito internacional às novas situações culmine com a preponderância da norma especial.

Uma das mais sérias dificuldades que as antinomias ensejam prende-se ao caráter do contencioso internacional. Este é, nas pa-

lavras de Rousseau (1983), um contencioso de interpretação ou de indenização, jamais, diretamente, um contencioso de anulação. Isso quer dizer que haverá sempre uma certa margem de incompatibilidade quase insuperável, em conformidade com os procedimentos técnicos do direito positivo.

O direito internacional experimentou, na segunda metade do século XX, intenso processo de fragmentação, responsável pelo aparecimento de múltiplos regimes normativos, muitos dos quais incompatíveis entre si. Vários fatores concorreram para potencializar a força irradiadora desse fenômeno, a saber: a proliferação das regras internacionais; o aumento da fragmentação política (justaposta à crescente interdependência global e regional em áreas como a economia, o meio ambiente, a energia, a saúde e a expansão das armas de destruição em massa); a regionalização do direito internacional em virtude do aumento de instâncias regionais de produção normativa; a emancipação dos indivíduos diante dos Estados nacionais e a especialização da atividade regulatória internacional (HAFNER, 2004, p. 849-850).

A fragmentação atinge, indistintamente, as normas primárias e as normas secundárias do direito internacional. A probabilidade de conflitos normativos se acentua com o avanço do regionalismo, pois o sistema normativo criado no plano regional é, muitas vezes, mais específico que os regimes globais e mais abrangente que os regimes domésticos. Diversas regras internacionais podem, desse modo, ser aplicadas à mesma situação, fato que entreabre a perspectiva de colisão entre as obrigações que incumbem aos Estados. Essa circunstância exige argumentos complexos para se identificar qual norma deverá prevalecer e ameaça provocar mais conflitos que aqueles resolvidos pela criação de regimes particulares.

Concomitantemente, a fragmentação alcança as normas procedimentais na medida em que o foco do direito internacional se desloca da produção de normas

substantivas de natureza geral para o desenvolvimento de mecanismos voltados à solução de disputas. A multiplicação das regras secundárias enseja a possibilidade de soluções divergentes capazes de corroer a autoridade e a credibilidade das instituições e do próprio direito internacional. Hafner (2004) menciona que a fragmentação tem efeitos positivos ao elevar o grau de obediência às normas internacionais. Nesse sentido, os Estados estariam mais inclinados a obedecer às regras particulares que melhor refletem as especificidades de determinado setor. Os efeitos negativos da fragmentação, por outro lado, fazem-se sentir na visibilidade das contradições do processo regulatório expressa sobretudo na previsão de obrigações incompatíveis.

Em instigante reflexão sobre o tema, Günther Teubner e Andréas Fischer-Lescano (2004) partem da hipótese formulada em 1971 por Niklas Luhmann (apud TEUBNER; FISCHER-LESCANO, 2004), para quem o direito global se fragmentaria ao longo de linhas sociais e setoriais e não ao longo de linhas territoriais. O motivo seria a transformação das expectativas normativas (como as expectativas políticas, morais e religiosas) em expectativas cognitivas, nos campos da tecnologia, da ciência e da economia; essa transformação ocorre na transição das sociedades nacionalmente organizadas para a sociedade global. Segundo Teubner e Fischer-Lescano (2004), a fragmentação do direito global é mais profunda que qualquer perspectiva reducionista de natureza jurídica, política, econômica ou cultural. Ela é, para os autores citados, o reflexo efêmero da fragmentação multidimensional da sociedade global dos nossos dias (TEUBNER; FISCHER-LESCANO, 2004, p. 999-1046; TEUBNER, 1997, p. 3-28). A aspiração de unidade normativa estaria, em princípio, condenada ao fracasso, já que não existe um metanível que solucione os conflitos jurídicos na sociedade global. Na opinião de Teubner e Fischer-Lescano (2004), não se pode combater a fragmentação ora

existente, mas apenas buscar uma fraca compatibilidade normativa dos diferentes fragmentos. Esse fato depende, contudo, da habilidade das regras de conflito para estabelecer uma rede específica que reduza os efeitos das unidades colidentes (TEUBNER; FISCHER-LESCANO, 2004, p. 999-1046). Seja como for, o risco de fragmentação obriga o investigador a examinar se existe, efetivamente, possibilidade de coerência no direito internacional contemporâneo.

3. O “diálogo” das fontes

No Curso Geral ministrado na Academia de Haia, em 1995, Erik Jayme (1995) enfatizou que a pluralidade das fontes, própria do direito pós-moderno, requer a coordenação das leis no interior do sistema jurídico. Essa é uma condição para a eficiência e a justiça numa época marcada pela tendência de se legislar sobre matérias as mais variadas, muitas vezes convergentes, tanto no direito interno quanto no direito internacional (JAYME, 1995, p. 60 e 251).

A doutrina mais recente não esconde a intenção de buscar a harmonia entre as normas, solução preferida à mera exclusão de uma delas pelos critérios tradicionais para a resolução das antinomias. Trata-se, pois, da “coerência derivada ou restaurada”, necessária para a eficiência funcional do sistema plural e complexo dos nossos dias. Erik Jayme (1995, p. 60) não abdica do labor secular dos juristas para resolver as antinomias, mas sugere um segundo método, a coordenação das fontes, que deve coexistir com as soluções tradicionais.

A coerência se restabelece pela coordenação flexível e útil das fontes: a descoberta da finalidade das normas se dá por meio da convivência e do “diálogo” entre elas. Jayme (1995, p. 259) batizou de “diálogo” das fontes a aplicação simultânea, coerente e coordenada de fontes legislativas convergentes. Essa expressão, para além do seu tom quase poético, aponta para um novo modo de encarar a coexistência das normas.

A eliminação da norma incompatível não é abandonada, mas é uma via extrema a ser usada quando todos os outros recursos falharem. Em artigo pioneiro, Claudia Lima Marques (2003, p. 71-99), de forma magistral, transpôs a concepção de Jayme à realidade brasileira para analisar a relação entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil de 2002.

As idéias seminais do grande mestre de Heidelberg, concebidas no âmbito do direito internacional privado, caem como uma luva para explicar as interações entre as regras que compõem um subsistema específico e a totalidade das normas do direito internacional público. Nos últimos tempos, tratados nos mais diferentes domínios se multiplicaram em escala vertiginosa e deram origem a subsistemas normativos que reclamam coordenação, sob pena de causarem a fragmentação e a perda de unidade do direito internacional. A pluralidade, a complexidade, a fluidez e o dinamismo se tornaram características das normas internacionais. Nesse ambiente, o “diálogo” das fontes é instrumento de grande valia porque facilita a comunicação dos subsistemas entre si e com as regras gerais do direito internacional.

A utilidade que proporciona reside em captar o modo de relacionamento entre normas pertencentes a subsistemas diversos segundo o princípio de coerência, que, numa era de proliferação normativa, busca conferir harmonia ao processo de aplicação do direito internacional. Consiste em recurso hermenêutico precioso para compreender a complexidade e o alcance das relações normativas surgidas a partir da expansão regulatória do direito internacional na última metade do século XX e no limiar do século XXI.

O “diálogo” das fontes tem lugar entre regras horizontais, que se encontram no mesmo nível hierárquico. Difere, assim, da relação normativa hierárquica, que passou a dominar o direito internacional com o reconhecimento do *jus cogens* pela

Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Nesse caso, não há, a rigor, um “diálogo”, mas um “monólogo”, porque as regras superiores preponderam necessariamente sobre aquelas que se situam em patamar inferior. Conclui-se, por isso, que os tratados de um subsistema particular se sujeitam às normas de *jus cogens* em razão da superioridade que preside o relacionamento entre tais regras.

Com efeito, o “diálogo” das fontes não é estranho à tradição do direito internacional público, fato que a presunção contra o conflito, formulada há mais de meio século por Wilfred Jenks, tão bem espelhou. A presunção contra o conflito radica na suposição de que a nova norma é compatível com o direito internacional que vigia antes da sua criação. Pressupõe-se que os Estados, quando a produção normativa se consuma, levam em conta as regras em vigor na esperança de buscar harmonia entre o velho e o novo direito.

A consequência imediata que deflui desse raciocínio é a necessidade de referência expressa por parte da nova norma editada ao desejo de regular de modo diferente a matéria em questão. A falta de menção clara nesse sentido não autoriza a presumir a intenção dos Estados em se afastar da disciplina jurídica que vigorava. Nessas condições, por ser a coerência a situação de normalidade, compete à parte que alegar o conflito a incumbência de prová-lo. O intérprete deve preferir a interpretação capaz de harmonizar o significado das duas normas se estiver diante de outras alternativas que tornem inevitável a colisão normativa.

Essa presunção compreende, ao mesmo tempo, as cláusulas pertencentes a dado compromisso e a relação entre tratados diferentes. Parece legítimo presumir que, em princípio, as disposições de um tratado, elaboradas amiúde ao final de exaustivas negociações, sejam harmônicas entre si e não contrariem os tratados previamente celebrados. Obrigações contraditórias dificultam a inteligibilidade do que foi

acordado e ameaçam, quase de forma irremediável, o cumprimento integral das finalidades originariamente perseguidas (JENKS, 1953, p. 401-453).

Presume-se que os governos não pretendam envolver-se em enlances incompatíveis com os tratados existentes, salvo se, sem nenhum rodeio, deixarem patente essa intenção. Foge à razoabilidade acreditar que os Estados, voluntariamente, despendam demorados esforços para produzir regras incompatíveis que, na prática, colocam por terra tudo quanto os entendimentos diplomáticos conseguiram projetar. Não se imagina, por igual, que os Estados, ao se engajarem em múltiplos vínculos convencionais, venham a estabelecer obrigações que se entremetam e possam erodir a unidade finalística da política externa. A presunção que evita o conflito seria uma aplicação detalhada dos princípios fundamentais da interpretação dos tratados, como o princípio da razoabilidade, o princípio da boa-fé e a presunção de compatibilidade no direito internacional (JENKS, 1953, p. 401-453). Ao contrário da posição defendida por Jenks (1953), não vinculo a presunção contra o conflito à definição restritiva de antinomia. É plausível enfatizar o relevo da presunção contra o conflito e defender um conceito amplo de antinomia, mais apto para abarcar as diferentes hipóteses de colisão normativa.

A jurisprudência da CIJ acolheu, de forma ampla, a presunção contra o conflito na interpretação do direito internacional. No caso Direito de Passagem, a CIJ estimou que: “*It is a rule of interpretation that a text emanating from a Government must, in principle, be interpreted as producing and as intended to produce effects in accordance with existing law and not in violation of it*”¹. A Corte reiterou esse entendimento no caso Certas Despesas em relação aos atos provenientes das organizações internacionais. “*When the organization takes action which*

¹ Caso Direito de Passagem, p. 142.

warrants the assertion that it was appropriate for the fulfillment of one of the stated purpose of the United Nations the presumption such action is not ultra vires the Organization”².

No plano da OMC, o painel do caso *Indonesia – Autos*³ e o Órgão de Apelação nos casos *Canada – Periodicals, EC – Bananas III* e *Guatemala – Cement I*⁴ fizeram uso da presunção contra o conflito para sublinhar a coerência interna dos acordos que integram o sistema multilateral de comércio. No caso *Argentina – Textiles and Apparel*, o Órgão de Apelação afirmou inexistir conflito entre os tratados da OMC e as obrigações que a Argentina assumira perante o FMI.

Em que pese a manifesta utilidade, a presunção contra o conflito não se aplica indistintamente em todas as circunstâncias. Ela sofre limitações que lhe restringem a abrangência, mas que não lhe diminuem o valor hermenêutico para a interpretação das normas internacionais. A presunção contra o conflito, ao postular a continuidade, não pode tolher a mudança por meio da interpretação restritiva das obrigações violadas. Trata-se aqui de procurar equilíbrio entre a estabilidade e a evolução, duas exigências que acompanham inexoravelmente o desenvolvimento de qualquer sistema normativo.

Além disso, a presunção contra o conflito não é absoluta, pois não se aplica a toda e qualquer situação. Não prevalece, lembra Jenks (1953), contra a linguagem clara ou a clarividência da intenção das partes. Não será, também, suficiente para reconciliar dispositivos claramente irreconciliáveis. Se duas normas vierem a colidir, não é possível, pela interpretação de qualquer dos dispositivos, superar o conflito que se anunciava. O intérprete, não raro, fracassa na consecução desse intento. A presença de normas irreconciliáveis reclama a existência

² Caso *Certas Despesas*, p. 168.

³ Panel Report, *Indonesia – Autos*, par. 14.29-14.36, 14.97-14.99.

⁴ Appellate Body Report, *Guatemala – Cement I*, par. 65.

de um critério que sirva, efetivamente, de orientação ao julgador. O critério em causa pode encontrar-se na cláusula de conflito inserida em um tratado ou numa regra de direito internacional geral, como o artigo 30 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

É fácil perceber que a presunção contra o conflito é eficaz para resolver as situações em que não há uma verdadeira incompatibilidade e a interpretação é hábil para conciliar as normas antagônicas. Não elimina, contudo, os conflitos reais que postulam critérios diferentes para a sua resolução.

Essa desejabilidade intrínseca confronta-se com a pluralidade de demandas formuladas por grupos sociais domésticos que acabam por resultar na conclusão de tratados com cláusulas contraditórias, cuja conciliação é impossível.

O “diálogo” das fontes, que a presunção contra o conflito favorece, pressupõe compreender o direito internacional como um sistema, dotado de um repertório e de uma estrutura. O repertório é composto pelas normas internacionais: tratados, costumes e princípios gerais de direito, além das definições e da ordem em que os elementos aparecem em uma norma; a estrutura, por sua vez, é um conjunto de regras que determinam o relacionamento entre os elementos do repertório. Tais regras têm origem empírica, lógica e valorativa, pois se baseiam, respectivamente, na soberania, vertente da ordem internacional de Westfália, no postulado lógico de não-contradição e no valor da hierarquia, que recomenda a obediência às normas superiores. A presunção contra o conflito é uma regra estrutural, já que deriva do princípio de não-contradição, pressuposto para a coerência das normas internacionais.

O “diálogo” das fontes é condição necessária para a ordem e a justiça do direito internacional ao enfatizar a coerência das normas que o integram. É sabido que a paz, a estabilidade e a previsão dos comportamentos estão associadas ao valor da ordem

na vida social; tais objetivos não se realizam se normas contraditórias fornecerem aos homens orientações opostas, deixando-os em situação de permanente incerteza. A justiça, por outro lado, no pensamento filosófico ocidental, guarda estreita relação com a igualdade: todos concordam que ser justo é tratar da mesma forma os seres que possuem a mesma característica, razão pela qual é possível agrupar os detentores dessa característica em uma única classe ou categoria. A justiça consistirá, pois, na atribuição de igual tratamento aos sujeitos que pertencerem a essa classe ou categoria. Essa é uma acepção formal ou abstrata da justiça porque se contenta em vedar as distinções sem dizer, por exemplo, quando dois seres fazem parte da mesma classe nem como é preciso tratá-los. A incoerência entre as normas jurídicas é fonte de injustiça ao dispensar consideração desigual àqueles que pertencem à mesma classe ou categoria. O “diálogo” das fontes restabelece a coerência, requisito da justiça formal, não ao eliminar a norma incompatível, como acontece com os critérios tradicionais para a solução das antinomias, mas na importância dada à compatibilidade entre os elementos que compõem o sistema normativo.

O “diálogo” das fontes é útil, também, para a realização da justiça concreta, entendida como a estipulação do valor que organiza as relações sociais e define o que é legítimo em determinado momento histórico. Esse fato se verifica, especialmente, quando uma das normas que dialoga apresenta conteúdo variável, vago ou indeterminado, sendo necessário, por isso, recorrer às valorações internacionais predominantes para garantir a sua aplicação. Expressões como moralidade pública, proteção à vida ou à saúde humana, vegetal ou animal e recursos naturais, entre outras, reclamam o apelo a valores, experiências e conceitos que transcendem o ordenamento jurídico propriamente dito e o colocam em contato direto com o sistema social no qual ele se insere. A elucidação do significado de tais

normas obriga o intérprete a analisar o sentido das normas posteriormente criadas e os valores que se cristalizaram na vida internacional para saber o que deve ser aceito ou recusado. Amplia-se, em consequência, a legitimidade do direito internacional na medida em que ao processo de interpretação se incorporam expectativas, conhecimentos e valores surgidos após o aparecimento da norma. Não é difícil perceber nesse procedimento a natureza aberta, flexível e dinâmica do direito internacional manifestada na capacidade de adaptação às mudanças posteriormente ocorridas. A justiça concreta se realiza, nesse caso, pela ação direta do intérprete e não como fruto do processo criador de novas normas jurídicas. Sem nenhuma pretensão de exaurir o assunto, distingo, no direito internacional, três “diálogos”, mas reconheço que, conforme o ângulo adotado, outros “diálogos” poderão ocorrer.

4. O “diálogo” sistemático de coerência

Esse “diálogo” surge quando um tratado, por revestir caráter geral, fornece os conceitos básicos para aplicação de um tratado específico constitutivo de um subsistema de normas que não é materialmente completo, a exemplo da aplicação das regras sobre validade, retroatividade, interpretação e conflitos entre tratados. É irrecusável, sob esse aspecto, o papel que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados cumpre na solução dos litígios que envolvem a violação dos compromissos firmados no âmbito da OMC. A vitalidade do “diálogo” sistemático de coerência deflui dos próprios instrumentos constitutivos do sistema multilateral de comércio quando estes invocam outras normas internacionais, numa confissão explícita da incompletude que os caracteriza.

O preâmbulo do Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias estimulou a adoção pelos governos de providências com base em normas, guias e recomendações ela-

boradas pelas organizações internacionais competentes, entre as quais a Comissão do Codex Alimentarius, o Escritório Internacional de Epizootias e as organizações internacionais e regionais que operam no contexto da Convenção Internacional sobre Proteção Vegetal. “Presumir-se-ão como necessárias à proteção da vida ou da saúde humana, animal e vegetal, assim como serão consideradas compatíveis com as disposições pertinentes do presente Acordo e do GATT 1994 as medidas sanitárias e fitossanitárias que estejam em conformidade com normas, guias e recomendações internacionais” (artigo 3.2). Os membros podem introduzir ou manter medidas sanitárias e fitossanitárias que resultem em nível mais elevado de proteção sanitária ou fitossanitária do que se alcançaria com medidas baseadas em normas, guias ou recomendações internacionais competentes, se houver uma justificação científica, ou como conseqüência de padrões mais rigorosos que as autoridades domésticas venham a instituir (artigo 3.3). O artigo 2º do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, por sua vez, dispõe:

“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 derogará 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”.

5. O “diálogo” de coordenação e adaptação

O referido “diálogo” decorre da necessidade de coordenar tratados isolados e subsistemas normativos de modo a constituírem um todo dotado de sentido.

Se a eclosão de conflitos entre tratados não pode ser totalmente suprimida,

algumas providências têm o condão de diminuir a sua incidência. A realização de consultas mútuas auxilia a descobrir possíveis contradições entre instrumentos internacionais que versam matérias análogas (PAUWELYN, 2003, p. 237-240). Esse expediente não é, por certo, apanágio exclusivo de diplomatas e funcionários governamentais que negociam em nome e no interesse de Estados determinados. As organizações internacionais têm se valido dele com freqüência cada vez maior nas últimas décadas. No passado, a OIT o utilizou na preparação de convenções sobre temas pertencentes à área de atuação da FAO, UNESCO e OMS.

A colaboração interorganizacional estimulada por múltiplos acordos de cooperação favorece a circulação de informações, eleva o grau de transparência e facilita o conhecimento das atividades de outras instituições. Conseqüentemente, é muito mais fácil saber quais instrumentos se encontram em vigor na esfera em que atuam a fim de atenuar os riscos de conflitos futuros. É sabido que a cooperação interorganizacional traz benefícios para a governança internacional ao incentivar a harmonia decisória, fator essencial para aliviar o efeito das dissonâncias cognitivas no campo das relações internacionais.

A OMC celebrou a esse respeito acordos de cooperação com o FMI, o Banco Mundial e a Organização Mundial da Propriedade Intelectual. A divulgação ampla de informações sobre o teor dos acordos que os Estados firmaram pode prevenir conflitos que fatalmente ocorreriam com a intensa produção de normas internacionais. Medida salutar nessa direção consta no artigo 102 da Carta da ONU, que impõe o registro e a publicação pelo Secretariado dos tratados e acordos internacionais de que sejam partes os membros da Organização das Nações Unidas.

Salmon comenta que as declarações de compatibilidade desejam tornar compatível o novo tratado com acordos anteriores ou

futuros que cuidem da mesma matéria. É até certo ponto comum a inserção no texto convencional de critérios hierárquicos indicativos da ordem de prioridade entre os tratados. As cláusulas assim redigidas primam por declarar que os tratados não são incompatíveis, de modo que a interpretação de um dos instrumentos não afetará os direitos e obrigações que o outro estabelece. Se um dos compromissos contiver semelhante declaração que lhe dá, na hipótese, uma condição de inferioridade, o artigo 30, parágrafo 2º, da Convenção de Viena exige que ele seja interpretado com o propósito de se buscar a compatibilidade com o tratado superior. Se esse esforço interpretativo fracassar, a preponderância do tratado superior é a solução que naturalmente se impõe em conformidade com o artigo 30, parágrafo 2º. Elaborado para contornar eventuais antagonismos normativos, o artigo 21 do Pacto da Sociedade das Nações indicou: “Os compromissos internacionais, tais como os tratados de arbitragem, e os acordos regionais, como a doutrina de Monroe, destinados a assegurar a manutenção da paz, não serão considerados como incompatíveis com nenhuma das disposições do presente Pacto”.

A Carta da ONU afirmou, mais de uma vez, que os artigos nela constantes não afetam outros acordos existentes. O artigo 51 deixou claro:

“Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão de modo algum atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente

Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais”.

Na esfera das declarações de compatibilidade entre os tratados, põe-se, não raro, o problema da preservação dos direitos de terceiros. O artigo 22 da Convenção sobre Diversidade Biológica diz que:

“1. As disposições desta Convenção não devem afetar os direitos e obrigações de qualquer Parte Contratante decorrentes de qualquer acordo internacional existente, salvo se o exercício desses direitos e o cumprimento dessas obrigações cause grave dano ou ameaça à diversidade biológica”.

No mesmo sentido, o artigo 311, § 3º, da Convenção de Montego Bay (apud RANGEL, 2002, p. 361) sobre o Direito do Mar afirma:

“Dois ou mais Estados Partes podem concluir acordos, aplicáveis unicamente às suas relações entre si, que modifiquem as disposições da presente Convenção ou suspendam a sua aplicação, desde que tais acordos não se relacionem com nenhuma disposição cuja derrogação seja incompatível com a realização efectiva do objeto e fins da presente Convenção e desde que tais acordos não afectem a aplicação dos princípios fundamentais nela enunciados e que as disposições de tais acordos não afectem o gozo por outros Estados Partes dos seus direitos ou o cumprimento das suas obrigações nos termos da mesma Convenção”.

O artigo XXIV do GATT previu como exceção ao artigo I relativo à cláusula de nação mais favorecida a formação de áreas de livre-comércio e uniões aduaneiras.

Os acordos concluídos deveriam ser notificados ao GATT, a quem incumbia examinar a compatibilidade com o artigo XXIV e sugerir os ajustes que se fizessem

necessários. Aqui o que se busca é compatibilizar o direito definido no plano mundial e as regras estabelecidas pelos subconjuntos e atribuir à OMC a supervisão dessa compatibilidade (FABRI, 2000, p. 363-364). Há, nessa perspectiva, uma coerência lógica na medida em que o direito mundial é concebido como superior e uma coerência econômica, pois o regionalismo aberto aparece como estágio intermediário do processo de globalização.

No plano das normas secundárias, é possível reconhecer a existência de coordenação entre os meios de solução de disputas previstos pelos tratados multilaterais ambientais e as regras sobre solução de controvérsias na Organização Mundial do Comércio. Assim, por exemplo, as decisões tomadas no âmbito dos procedimentos de controle de não-execução das obrigações dos tratados ambientais, desde que vinculantes para os membros da OMC, serão levadas em conta pelos painéis e pelo Órgão de Apelação de acordo com o artigo 31.3 (c) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Considerações acerca do cumprimento dos tratados ambientais, bem como as conclusões obtidas pelos órgãos criados para esse fim, serão úteis para julgamento de casos na OMC. A ausência de consulta prévia no contexto de um acordo ambiental não só comprova a má-fé do Estado que age de forma unilateral como também viola o princípio do devido processo, em contradição com o *caput* do artigo XX do GATT.

Convém lembrar que o artigo 13 do Entendimento sobre Regras e Procedimentos de Solução de Controvérsias (ESC) habilita os painéis a solicitar às partes ou a alguma outra instância informações relevantes, como as evidências colhidas pelos órgãos que se ocupam da solução de controvérsias em jurisdições diferentes. O exame a ser procedido deve ponderar os fatos produzidos para que se tenha a noção exata do comportamento das partes diante das restrições comerciais decretadas em virtude da violação das obrigações contidas nos tratados ambientais. O respeito

ao procedimento que comprova a não-execução das obrigações dos tratados ambientais é um símbolo indicativo da prática estatal, útil para aferir o cumprimento das obrigações contraídas. A eventual imposição de restrições comerciais, nos termos do tratado ambiental, seria um importante argumento para legitimar a aplicação do artigo XX do GATT.

A participação de um membro da OMC no mecanismo que verifica o cumprimento dos tratados ambientais assinala a boa-fé para negociar uma solução que pode evitar a disputa e a conseqüente imposição de sanções pelo órgão institucional criado para essa finalidade. Os painéis da OMC podem, igualmente, requerer informações ao Secretariado sobre um acordo ambiental ou usar as análises e dados coletados durante o controle de não-execução das obrigações. Nada proíbe que os painéis se refiram a afirmações de testemunhas ou a outros elementos produzidos graças à atuação dos procedimentos contemplados pelos tratados ambientais e sujeitos à obrigação de confidencialidade. O artigo 13.2 e o Anexo 4 do ESC dispõem que os painéis podem se socorrer das opiniões e conselhos de grupos de especialistas sobre as matérias fáticas, científicas ou técnicas abordadas em qualquer disputa proposta perante a OMC. Esse artigo é um importante instrumento a ser empregado pelos painéis para obter informações colhidas pelos órgãos dos tratados ambientais.

Apesar do pronunciamento de outras instâncias jurisdicionais sobre o caso, cai por terra qualquer possibilidade de se alegar coisa julgada por ocasião de uma controvérsia suscitada na OMC, porque, a despeito da identidade das partes e da conexão das matérias discutidas, as obrigações, o procedimento e as sanções aplicáveis são diferentes, fato que inutiliza a arguição de coisa julgada pelo simples motivo de que os mecanismos de solução de controvérsias são disciplinados por tratados diversos.

Em virtude do disposto no artigo 23 do ESC, é improvável que os painéis da

OMC declinem a jurisdição que lhes foi concedida ou venham a acatar as decisões prolatadas por outros tribunais. Tais decisões confirmam a existência de regras relevantes de direito internacional público aplicáveis entre as partes que deveriam ser consideradas quando da interpretação dos dispositivos dos tratados da OMC. É legítimo buscar os órgãos jurisdicionais da OMC antes ou depois que uma instância específica tenha abordado os aspectos ambientais da questão.

6. O “diálogo” sistemático de complementaridade

Verifica-se, nesse caso, sempre que couber, a aplicação complementar das normas e dos princípios que as informam. Observa-se com frequência, nos tratados de direitos humanos, o uso de cláusulas, inseridas em instrumentos mais antigos, para a interpretação de dispositivos semelhantes de acordos posteriormente celebrados. O primeiro parecer da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que veio à luz em 1982, enfatizou a interação entre os instrumentos universais e regionais que vigoram nesse domínio. O décimo parecer da Corte, emitido em 1989, retoma o assunto ao mencionar que as regras sobre direitos humanos da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) devem ser integradas à Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948. Esse procedimento acentua a uniformidade interpretativa e a precisão das obrigações convencionais, efeitos que realçam a preocupação com a unidade finalística das normas existentes. O princípio da interpretação teleológica repudia, igualmente, que se circunscreva o alcance de dispositivo, constante em um tratado em vigor, nos termos das cláusulas de limitação de direitos que figurem em outra convenção sobre direitos humanos firmada pelo mesmo Estado. A complementaridade, assim percebida, deseja oferecer aos seres humanos protegidos a mais ampla tutela

dos seus interesses e se funda na interpretação restritiva das cláusulas que venham a limitar os direitos já instituídos.

A unidade entre os tratados de direitos humanos é perceptível, também, na aplicação do critério da norma mais favorável às vítimas de alguma violação eventualmente perpetrada. A polêmica entre monistas e dualistas sobre a primazia do direito internacional ou do direito interno não parece, nesse plano, ter relevância, já que prevalece a norma mais favorável às vítimas, a despeito da sua origem. Surge assim uma nova permeabilidade normativa a diluir a separação absoluta entre o direito internacional e o direito doméstico, motivo de previsão expressa em vários tratados recentes. O artigo 5(2) do Pacto dos Direitos Civis e Políticos impede a restrição ou derrogação aos direitos humanos reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado parte, em razão de outras convenções, ou de leis, regulamentos ou costumes, “a pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau”. A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (artigo 5) e a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (artigo 5) determinam que as suas disposições não prejudicarão os direitos e vantagens conferidos aos refugiados e aos apátridas por outras normas.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção sobre os Direitos da Criança declaram, no mesmo sentido, respectivamente, nos artigos 23 e 41, que as estipulações nelas contidas não restringirão as disposições tendentes a favorecer a igualdade entre homens e mulheres e a realização dos direitos da criança consagradas nas leis de um Estado parte ou em qualquer outra convenção, tratado ou acordo internacional vigente nesse Estado. O mesmo espírito orientou, na esfera regional, a elaboração dos artigos 17(1) da Convenção Européia para Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante e do artigo 60 da

Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como do artigo 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do artigo 4º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado Protocolo de San Salvador. Ao atenuar a perspectiva de conflito, o critério de aplicação da norma mais favorável coordena os tratados que se inspiram nos mesmos propósitos. Referida coordenação tem lugar tanto no nível vertical, entre tratados e leis domésticas, quanto no nível horizontal, entre dois ou mais tratados. O objetivo primordial é, em todos os casos, verificar qual é a norma que dispensa maior proteção às vítimas de violações dos direitos humanos.

O “diálogo” sistemático de complementaridade exibe enorme relevância quando se trata de relacionar as normas sobre comércio internacional, sobre a preservação do meio ambiente e a proteção dos direitos humanos. O artigo XX do GATT de 1994 favorece o “diálogo” com os demais subsistemas do direito internacional, designadamente com os tratados multilaterais ambientais e com as convenções que protegem os direitos humanos.

Muitos tratados ambientais afetam, direta ou indiretamente, a atividade econômica, mas poucos ousaram estatuir sanções comerciais para punir os comportamentos indesejados. Despontam, entre essas convenções, o Protocolo de Montreal sobre as Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio (Protocolo de Montreal), a Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies em Extinção da Fauna e Flora Silvestre (CITES) e a Convenção de Basiléia sobre o Controle do Movimento Transfronteiriço de Resíduos Perigosos (Convenção de Basiléia). Tais pactos procuraram assegurar a fiel execução das obrigações, por intermédio da punição aos Estados que acaso descumprirem as decisões tomadas pelos meios de solução de controvérsias. O Protocolo de Montreal trouxe uma lista

indicativa de medidas que a Reunião das Partes poderá adotar para responder às violações perpetradas. A esta altura, põe-se o problema de saber se tais sanções não colidem com as normas da OMC, interessadas em salvaguardar o mais amplo acesso ao mercado interno do membro importador.

Gabrielle Marceau (1999, 2001) procura conciliar a interpretação do artigo XX com os instrumentos multilaterais sobre a proteção do meio ambiente. À falta de iniciativas diplomáticas para compatibilizar comércio e meio ambiente, a jurisprudência da OMC, em certo sentido, é apta para cumprir essa função, ao efetuar o julgamento dos casos concretos. As medidas de cunho comercial impostas ou autorizadas pelos tratados multilaterais ambientais são compatíveis com a OMC, em virtude da natureza permissiva do artigo XX (Cf. MARCEAU, 2001, p. 1096; MARCEAU, 1999, p. 106-152). A invocação, por um membro, de um compromisso ambiental sugere a necessidade de se interpretar o artigo XX para afastar o conflito e garantir a efetividade do acordo em questão. O artigo XX faculta a adoção de medidas unilaterais para proteger o meio ambiente, mesmo na ausência de convenções específicas nesse setor. Seria ilógico se um membro da OMC, que é também parte de uma convenção multilateral sobre meio ambiente, ao planejar e executar a política governamental, se encontrasse em uma posição mais desvantajosa do que a que resultaria se nenhum acordo ambiental existisse.

Gabrielle Marceau (2001, p. 1096-1100) examina seis situações que, potencialmente, ensejariam o conflito entre as regras da OMC e os tratados multilaterais ambientais. As três primeiras formam o grupo que abrange os acordos ambientais celebrados por todas as partes da disputa e compreendem os casos em que:

- 1) a medida é exigida por um acordo multilateral ambiental;
- 2) a medida não é exigida, mas é expressamente autorizada; e

3) a medida é adotada para promover os objetivos do acordo multilateral ambiental.

As três últimas formam o grupo que abarca os acordos ambientais que não contam com a adesão de todas as partes que litigam. Essas situações englobam:

4) a medida exigida por um acordo multilateral ambiental;

5) a medida não exigida mas explicitamente autorizada;

6) a medida adotada para promover os objetivos de um acordo multilateral ambiental.

A probabilidade da ocorrência de dano ambiental estimula a reflexão em torno dos meios hábeis para combatê-lo. Nesse contexto, as restrições comerciais estão entre as opções que os Estados cogitam sempre que decidem negociar uma nova convenção. Se um tratado multilateral ambiental requerer, em determinadas circunstâncias, a imposição de sanções comerciais, é preciso averiguar, inicialmente, se as partes são também membros da OMC. Presume-se, em caso positivo, que a medida comercial exigida pelo tratado sobre meio ambiente satisfaz, plenamente, os requisitos do artigo XX. O acordo multilateral ambiental pode, ainda, ser relevante quando, em vez de ser exigida, a medida é simplesmente autorizada. Seria possível concluir que o artigo XX autorizou as restrições ao comércio especificadas pelo acordo multilateral ambiental. Marceau (1999, 2001) reconhece que a dificuldade se agrava se a medida não é exigida ou autorizada, mas busca, simplesmente, promover os objetivos do acordo multilateral ambiental. Apesar disso, o acordo multilateral ambiental poderá vir a ser uma regra relevante do direito internacional a ser considerada na interpretação do artigo XX reivindicada por um membro da OMC.

Nas situações 4), 5) e 6) enunciadas acima, em que os Estados litigantes não são partes de ambos os tratados, o acordo multilateral ambiental não é uma regra relevante na relação entre as partes. A par-

ticipação em tais acordos pode, contudo, evidenciar que os interesses protegidos pela medida são vitais para um membro da OMC. Nesse caso, a existência de um acordo multilateral ambiental serve como parte da análise das circunstâncias factuais de uma disputa e das razões que levaram um membro a adotar a medida em tela. A referência a um acordo multilateral ambiental ou meramente ao seu cumprimento seria um dos fatores na consideração de que a aplicação da medida não é injustificável ou que ela não se caracteriza como uma restrição disfarçada ao comércio internacional para os propósitos do *caput* do artigo XX (MARCEAU, 2001, p. 1098). Por último, é necessário lembrar que as convenções multilaterais ambientais são diretamente aplicáveis na OMC se não aumentarem os direitos e obrigações dos membros.

No caso *Gabcikovo-Nagymaros*, que concerne aos riscos ecológicos derivados da construção de barragens no Rio Danúbio, previstas pelo tratado bilateral firmado pela Hungria e Tchecoslováquia, em 1977, a CIJ estimou que, quando o tratado inclui obrigações contínuas, o intérprete deve atentar para as normas surgidas posteriormente. De modo similar, o Órgão de Apelação, no caso *US - Shrimp*⁵, interpretou de forma evolutiva o sentido da expressão "recursos naturais exauríveis", que se encontra no artigo XX (g) do GATT de 1994.

O relatório fez referência à Convenção sobre Diversidade Biológica, ao Acordo CITES e à Convenção sobre o Direito do Mar. O disposto no preâmbulo do Tratado Constitutivo da OMC de que o uso dos recursos mundiais respeitará o princípio do desenvolvimento sustentável desempenhou papel significativo para formar a convicção dos julgadores de que o artigo XX (g) do GATT de 1994 não recobre unicamente os recursos naturais não-exauríveis.

O GATT manteve-se isolado das instituições internacionais do pós-guerra. Apesar

⁵ Appellate Body Report, *US-Shrimp*, par. 129-130.

desse isolamento institucional, o artigo XX representou uma via de comunicação com os demais subsistemas do Direito Internacional, que não foi devidamente utilizada.

O final da Rodada Uruguai testemunhou a celebração de tratados que, implicitamente, se ocuparam dos direitos humanos, a exemplo do que se passa com o Acordo sobre os Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. Referido acordo é emblemático, entre outras razões, porque repercute na efetividade dos direitos humanos, especialmente do direito à saúde. Os países em desenvolvimento resistiram à celebração de um tratado nessa matéria, até o momento em que as nações desenvolvidas concordaram em negociar compromissos que importavam na redução das barreiras às exportações provenientes de tais países. O TRIPs criou regras básicas de proteção à propriedade intelectual garantidas pelo sistema de solução de controvérsias da OMC.

Avulta, entre as mudanças que o TRIPs introduziu, o compromisso assumido pelos membros de conceder patentes aos produtos e processos que representem inovação e sejam suscetíveis de aplicação industrial. Até o final dos anos 80, cerca de 40% dos países em desenvolvimento, incluindo os mais populosos, não possuíam sistemas de patente para os medicamentos em geral.

Esse fato causou, no campo da indústria farmacêutica, a súbita elevação do preço dos medicamentos, com conseqüências ruinosas para extensas camadas da população das nações em desenvolvimento. A dificuldade de acesso aos medicamentos comprometeu, gravemente, o direito à saúde, pois impediu o tratamento adequado de inúmeras moléstias em várias partes do mundo. O problema assume proporções alarmantes se considerarmos que mais de 90% dos portadores do vírus da AIDS não dispõem dos recursos suficientes para a aquisição dos medicamentos anti-retrovirais de que necessitam (BAKER, 2004, p. 613). Acresce notar que, nos países em desenvolvimento,

a par da expansão vertiginosa do vírus da AIDS, diversos tipos de doenças infecciosas acometem a população pobre, a saber: a tuberculose, a malária, as infecções respiratórias, a diarreia e o mal de Chagas (BAKER, 2004, p. 614). A esse rol se juntam o diabetes, a asma, as doenças cardíacas e mentais, cuja periculosidade se amplia pelo acesso restrito aos medicamentos que as combatem (BAKER, 2004, p. 614).

Essa situação pode ser minorada se houver o emprego adequado das exceções contidas no Acordo TRIPs para conformar políticas públicas que assegurem a eficácia do direito à saúde. O artigo 7º preconiza que o regime dos direitos de propriedade intelectual deve contribuir para promover a inovação, a transferência e a disseminação da tecnologia capazes de conduzir ao bem-estar econômico e social. O artigo 8º, por sua vez, indica que os Estados podem adotar as medidas necessárias para proteger a saúde pública e a nutrição, bem como para promover o interesse público em setores vitais para o desenvolvimento social, econômico e tecnológico.

Na esteira desses dispositivos, o artigo 27.2 autoriza os membros a restringir a concessão de patentes se as invenções causarem risco à vida humana ou à saúde. A leitura conjugada dos artigos 7º e 30 leva à conclusão de que cabe aos Estados compatibilizar a proteção dos direitos do detentor da patente e a necessidade de se considerar o interesse legítimo de terceiros (CULLET, 2003, p. 83). Manifestação eloqüente da flexibilidade que o Acordo TRIPs proporciona para a execução de políticas públicas no campo da saúde, a licença compulsória é um meio poderoso para ampliar a oferta de medicamentos a preços reduzidos.

Trata-se de autorização a um terceiro para fabricar, usar ou vender uma invenção patenteada sem o consentimento do titular da patente, em circunstâncias claramente estabelecidas, mediante remuneração previamente fixada (SCHERER; WATAL, 2002, p. 913-919). Ela não será exclusiva e terá a

finalidade precípua de suprir o mercado doméstico em situações excepcionais. A licença compulsória será concedida, nos termos do artigo 31, se ocorrer abuso do poder de monopólio outorgado pela patente, ou quando o exigir o interesse público. Nesse caso, é tarefa da legislação interna definir o interesse público e as situações de emergência nacional que reclamam a emissão da licença compulsória (CORREA, 2000).

Graças à iniciativa pioneira do Brasil, a Declaração de Doha de 2001, ao manter essa flexibilidade, assim se expressou⁶:

“We stress the importance we attach to implementation and interpretation of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs Agreement) in a Manner supportive of public health, by promoting both access to existing medicines and research and development into new medicines and, in this connection, are adopting a separate declaration”.

De modo análogo, observou-se que os membros da OMC podem definir o que constitui emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência. A falta de capacitação tecnológica da indústria local cria obstáculos muitas vezes insuperáveis para que a licença compulsória sirva à finalidade que a determinou. Para tanto, o Conselho Geral da OMC, em decisão de 30 de agosto de 2003, permitiu aos membros da OMC a importação de medicamentos produzidos sob licença compulsória se a indústria doméstica não dispuser de condições para suprir as necessidades do mercado interno. Temerosa de abusos, a Decisão do Conselho Geral fixou as exigências a serem cumpridas pelos países que pleitearem essa autorização.

A Declaração de Doha converteu-se no instrumento privilegiado para interpretar o Acordo TRIPs, notadamente as ambigüi-

⁶ Declaration on the TRIPs agreement and public health, adopted on 14 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, par. 17.

dades que cercam a aplicação dos artigos 30 e 31. A meta é, portanto, conceder aos Estados a liberdade necessária para a adoção de iniciativas que favoreçam o acesso aos medicamentos a extensas camadas da população pobre. Com isso, evitar-se-ia o conflito entre o Acordo TRIPs e o artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Uma via interessante para harmonizar comércio e direitos humanos é efetuar a interpretação dos artigos XX e XXI do GATT à luz do disposto no artigo 31.3 (c) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que alude a quaisquer regras relevantes de direito internacional aplicáveis às relações entre as partes. As normas de direitos humanos que vinculam todos os membros da OMC ou que reflitam a sua intenção constituem parte valiosa desse material interpretativo. E as convenções sobre direitos humanos que não contam com a adesão de todos os membros da OMC são úteis como informação fática ou evidência em apoio a uma reivindicação de que uma medida é necessária para proteger a moralidade pública.

Por esse motivo, o intérprete deve buscar compreender o sentido da expressão “moralidade pública”, contida no artigo XX (a) do GATT de 1994 com apoio nos parâmetros fornecidos pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

A lição a extrair do caso *US - Shrimp* é a de que as expressões de conteúdo variável e indefinido, como “recursos naturais exauríveis”, não podem ser interpretadas tendo em conta, exclusivamente, o sentido que os redatores pretenderam conferir ao tratado no momento da sua elaboração.

Tais expressões refletem as mudanças axiológicas que se processam ao longo do tempo de modo a facilitar a interação entre o ordenamento jurídico e a realidade social. Além disso, a linha de equilíbrio muda em função das características e peculiaridades do caso. As conclusões do Órgão de Apelação caem como uma luva para a interpre-

tação do artigo XX (a) ao demonstrarem grande sensibilidade em relação às demais normas do direito internacional.

O artigo XX (a) exhibe potencialidade inequívoca para lidar com graves violações aos direitos humanos. Restrições comerciais, que, ordinariamente, não são aceitas por contrariarem a letra e o espírito do GATT, ganham legitimidade na medida em que atentam contra a moralidade pública.

Janelle Diller e David Levy (1997, p. 694) incluíram no mínimo ético recoberto pela moralidade pública as normas de *jus cogens* que proíbem a escravidão, a venda ou o tráfico de crianças e o trabalho realizado sob tortura. A expressão *moralidade pública* deve ser interpretada sob influência das normas que adquiriram caráter de *jus cogens* e das regras internacionais costumeiras, que contam com a adesão generalizada da comunidade internacional.

7. Conclusão

O conflito de normas, tema de há muito conhecido no direito interno, desperta na atualidade crescente interesse dos internacionalistas. Esse fato está associado à intensa produção normativa verificada nas últimas décadas, que alargou de forma inusitada o campo regulatório do direito internacional. O avanço da globalização, na segunda metade do século XX, imprimiu força e vigor à regulação jurídica internacional, devido ao aumento da interdependência entre os países e à necessidade de se encontrar solução para questões de natureza comum. Temas globais, que afetam o gênero humano, originaram convenções, em áreas distintas, dotadas de indiscutível singularidade pelas técnicas que empregam e pelos objetivos que perseguem. O volume de tratados, em expansão vertiginosa, traz à baila a probabilidade de conflito entre normas incompatíveis, cuja coexistência é motivo de receios e preocupações. A multiplicação de subsistemas com lógicas próprias e finalidades aparentemente con-

traditórias, como é o caso do sistema multilateral de comércio, dos tratados sobre a preservação do meio ambiente e a proteção dos direitos humanos, agravou ainda mais o problema.

Devido ao risco de fragmentação, que a doutrina mais recente anuncia, busquei por intermédio de um novo método, denominado “diálogo” das fontes, trazer subsídios para reconstruir a coerência do direito internacional contemporâneo. Funda a tese aqui defendida a concepção de que o direito internacional constitui um sistema que não se confunde com um mero conglomerado de regras, dispostas aleatoriamente, sem critérios que as organizem em um todo coerente. Esse sistema compreende não apenas normas, mas também regras estruturais, de variada procedência, que definem o modo e relacionamento das normas no interior de um conjunto mais amplo.

Nesse contexto, a regra lógica de não-contradição permitiu ao jurista, no curso dos séculos, desenvolver princípios para a resolução das antinomias. Os critérios cronológico, hierárquico e de especialidade correspondem ao esforço despendido para manter o sistema coeso pela eliminação de uma das normas incompatíveis. Não obstante a utilidade intrínseca desses critérios, a regulação jurídica da vida internacional e a perspectiva de fragmentação nela implícita sugerem uma metodologia alternativa, voltada para a identificação da convergência entre as normas, de tal sorte que os princípios tradicionais para resolver as antinomias sejam um recurso extremo a ser usado quando outras vias vierem a falhar. O “diálogo” das fontes concebe o direito internacional como um sistema em que as partes componentes estão intimamente relacionadas. A presunção contra o conflito, decorrência da regra de não-contradição, facilita a convergência normativa nas situações em que, muitas vezes, o conflito se afigura inevitável.

A coordenação solidária, e não o antagonismo disfuncional, passa a ser a nota

dominante quer na relação entre normas isoladas, quer em tratados que pertençam ao mesmo subsistema ou a subsistemas diferentes. É comum, também, que certos compromissos, por revestirem caráter geral, forneçam os conceitos para a aplicação de um tratado específico constitutivo de um subsistema de normas que não é materialmente completo. O “diálogo” das fontes possibilita, assim, a aplicação de normas particulares, coordena compromissos que obedecem à mesma diretriz e descobre a complementaridade finalística entre instrumentos que, em princípio, se mostram incompatíveis. O termo “diálogo” aqui empregado descreve a relação recíproca entre normas diversas na qual cada uma delas comunica a solução do caso concreto. A descoberta do fim a que servem é guia valioso para identificar a existência de propósitos comuns que as aproximam. Ao invés de optar por uma única regra graças aos princípios clássicos para a superação das antinomias, o intérprete aplica, simultaneamente, duas ou mais normas. O “diálogo” das fontes restaura a coerência do ordenamento, condição necessária para a ordem e a justiça, ao garantir tanto a previsibilidade das condutas quanto igual tratamento àqueles que pertencem à mesma categoria. A ordem e a justiça, dois valores caros ao sistema jurídico internacional, dependem da coerência interna das normas que o integram. Um sistema incoerente é injusto e não propicia a paz e a estabilidade, que estão sempre associadas ao estabelecimento da ordem. Por último, o “diálogo” das fontes assegura a realização da justiça concreta ao permitir a atualização do direito internacional.

Referências

BAKER, Brook K. Arthritic flexibilities for accessing medicines: analysis of WTO action regarding paragraph 6 of the Doha declaration on the TRIPS agreement and public health. *Indiana International and Comparative Law Review*, Indianapolis, v. 14, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

CORREA, Carlos M. *Integrating public health concerns into patent legislation in developing countries*. Geneva: South Centre, 2000. Disponível em: <http://www.southcentre.org/publications/publichealth/publichealth-12.htm#P1449_146569>. Acesso em: 8 ago. 2006.

CULLET, Philippe. *Patents and health in developing countries in law and development: facing complexity in the 21st century*. London: Cavendish, 2003.

DILLER, Janelle M.; LEVY, David A. Child labor, trade and investment: toward the harmonization of international law. *The American Journal of International Law*, Washington, v. 91, n. 4, oct. 1997.

FABRI, Hélène Ruiz. La contribution de l’Organisation Mondiale du Commerce à la gestion de l’espace juridique mondial. In: _____. *La mondialisation du droit*. Paris: Litec, 2000.

GOLDSTEIN, Judith et al. Introduction: legalization and world politics. In: _____. *Legalization in world politics*. Cambridge: MIT, 2001.

HAFNER, Gerhard. Pros and cons: ensuing from fragmentation of international law. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, n. 4, 2004.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 251, 1995.

JENKS, Wilfred. Conflict of law-making treaties. *British Yearbook of International Law*, London, v. 30, 1953.

KAHLER, Miles. Conclusion: the causes and consequences of legalization. In: GOLDSTEIN, Judith et al. (Org.). *Legalization in world politics*. Cambridge: MIT, 2001.

LEJBOWICZ, Agnès. *Philosophie du droit international: l’impossible capture de l’humanité*. Paris: PUF, 1999.

MARCEAU, Gabrielle. A call for coherence in international law: praises for the prohibition against “clinical isolation” in WTO dispute settlement. *Journal of World Trade*, Geneva, v. 33, n. 5, oct. 1999.

_____. Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions. *Journal of World Trade*, Geneva, v. 35, 2001.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do “diálogo” das fontes no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 45, jan./mar. 2003.

PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law*. Cambridge: Cambridge University, 2003.

RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais: textos coligidos, ordenados e anotados*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROUSSEAU, Charles. *Droit international public*. Paris: Sirey, 1983. 5 v.

SCHERER, F. M.; WATAL, Jayashree. Post-TRIPS options for access to patented medicines in developing nations. *Journal of International Economic Law*, Washington, v. 5, n. 4, dec. 2002.

TEUBNER, Günther. Global bukowina: legal pluralism in the world society. In: _____ (Org.). *Global law without a state*. Aldershot: Dartmouth, 1997.

_____ ; FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, n. 4, 2004.

Uma releitura dos processos de integração a partir dos direitos humanos e da democracia

A perspectiva do Mercosul

Eduardo Biacchi Gomes, Raquel Costa Kalil e Hjalmar Domagh Fugmann

Sumário

1. Introdução. 2. A concepção dos blocos econômicos e a questão do indivíduo. 3. Estágios da integração. 4. As políticas integracionistas no séc. XXI. 5. A agenda positiva e o parlamento do Mercosul. 6. O déficit democrático no Mercosul e o modelo europeu. 7. Considerações finais.

1. Introdução

O fenômeno da criação dos blocos econômicos tem como fundamento principal o viés econômico, pois é por meio da aplicação do Princípio da Exceção à Cláusula da Nação Mais Favorecida que podem os Estados associarem-se em uniões tarifárias, sem que as vantagens concedidas no território sejam estendidas aos demais Estados, no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC).

Trata-se da célebre opção pelo regionalismo econômico, que vem a ser complementado com a figura do multilateralismo econômico, dentro da OMC.

A proliferação dos blocos econômicos ocorreu, precisamente, em um momento histórico importante e crucial da sociedade internacional: a queda do Muro de Berlim e a desintegração da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, que culminaram com a aceleração dos efeitos da globalização econômica.

Não é sem razão que, no ano de 1994, ao final da Rodada Uruguai, é instituída

Eduardo Biacchi Gomes é doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor em Direito da Integração da UniBrasil (Cursos de Graduação e Pós Graduação - Mestrado).

Raquel Costa Kalil é aluna do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica. Pesquisadora PIBIC no período 2003 - 2004, atual pesquisadora pelo Grupo de Pesquisa "Conflito de Leis no Mercosul e Direito de Integração" desde 2003.

Hjalmar Domagh Fugmann é aluno do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica, atual pesquisador pelo Grupo de Pesquisa "Conflito de Leis no Mercosul e Direito de Integração" desde 2006.

a OMC, Organização Internacional, de caráter multilateral, com a finalidade de promover o livre comércio, através de sua regulamentação.

Igualmente, na mesma década de 90, é consolidada a União Européia, no ano de 1992, pelo Tratado de Maastrich e a própria criação do Mercosul, pelo Tratado de Assunção, em 1991.

Juridicamente, trata-se de Organizações Internacionais, com finalidade econômica, compostas por Estados e que possuem a principal função de buscarem uma melhor inserção no contexto globalizado da sociedade internacional.

Entretanto, com a evolução da sociedade internacional e o surgimento de novos atores, bem como a relevância que o indivíduo passa a ter nesse contexto, torna-se importante questionar os efetivos propósitos dos blocos econômicos no mundo globalizado, notadamente porque os seus objetivos iniciais não respondem mais aos anseios da década de 90.

O presente artigo pretende examinar os novos desafios dos blocos econômicos, especialmente do Mercosul, em um mundo globalizado, mais precisamente no que diz respeito à efetiva participação do cidadão no processo de integração.

2. A concepção dos blocos econômicos e a questão do indivíduo

Os blocos econômicos são classificados como Organizações Internacionais, com finalidade específica e âmbito de abrangência regional, compostos por Estados que, por meio da celebração de um tratado, criam um sujeito de direito internacional, dotado de personalidade jurídica derivada e capacidade jurídica limitada, visando, normalmente, à consecução de finalidades econômicas e a uma melhor inserção no mundo globalizado.

Para realizar os seus objetivos, os blocos econômicos possuem instituições que acabam por materializar as políticas

implementadas, como é o caso do Mercosul, com o Conselho do Mercado Comum, Grupo do Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul.

O Mercosul, quando criado na década de 90, tinha o claro objetivo de buscar a melhor inserção no mundo globalizado, pois, à época, entendiam os Estados-Partes que, por meio da associação regional, poderiam competir em melhores condições de igualdade com outros Estados e outros blocos econômicos.

Certo é que nos blocos econômicos, como organizações internacionais, as decisões adotadas pelas suas instituições levam em conta os interesses dos Estados, principalmente naqueles blocos que possuem natureza jurídica intergovernamental.

Assim, as instituições do bloco são integradas pelos próprios representantes dos Estados, sendo que as políticas adotadas e que dizem respeito aos objetivos da organização internacional representam a vontade dos seus Estados que, por meio da aplicação dos princípios clássicos do direito internacional, *pacta sunt servanda* e reciprocidade, não podem eximir-se do seu cumprimento.

Certo é que, se a questão foi examinada somente à luz do direito internacional, os Estados, a partir do momento que celebram um tratado ou se comprometem em relação à observância de uma normativa internacional e a partir do momento em que esta é internalizada, devem respeitá-la, sob pena de serem responsabilizados, no plano internacional.

Nesse aspecto, a norma ou o tratado entra em vigor no plano internacional, a partir de sua ratificação e, no plano interno, a partir do momento em que a mesma é devidamente internalizada; no caso brasileiro, quando da promulgação e da publicação do Decreto Presidencial que ratificou o tratado ou a norma internacional.

Entretanto, os objetivos econômicos e comerciais, que fundamentaram a criação dos blocos econômicos, no início da

década de 90, encontram-se esgotados e não mais são capazes de fazer frente aos novos desafios da sociedade internacional no século XXI.

Exemplo claro é o Mercosul que, não obstante, na primeira metade da década de 90, tenha experimentado importante acréscimo, em relação às trocas comerciais, vivenciou, progressivamente um decréscimo, acarretando insatisfações, principalmente dos sócios menores, como o Paraguai e o Uruguai.

Os Estados-Partes do Mercosul, inspirados no modelo integracionista europeu, que possui o estágio de mercado comum e união monetária e que, cada vez mais, adota políticas visando à melhor inserção do cidadão no contexto do bloco econômico, buscam alternativas para saírem do estado de letargia em que o bloco se encontra.

Nessa nova realidade do fenômeno integracionista, o indivíduo deve ser colocado no centro do processo, de forma a que os resultados venham a beneficiá-lo diretamente.

Para tanto, torna-se necessário que os indivíduos participem, de forma efetiva, do processo decisório dos blocos econômicos, a fim de que as deliberações venham representar, de forma efetiva, os interesses dos cidadãos do bloco econômico.

A grande dificuldade nos processos integracionistas de caráter intergovernamental, como é o caso do Mercosul, está em inserir o indivíduo no referido contexto, acarretando o chamado *Déficit Democrático*.

3. Estágios de integração

O Tratado de Assunção, em seu Capítulo I, art. 1º, definiu seu propósito de estabelecimento de um Mercado Comum; entretanto, para se alcançar tal objetivo, necessário se faz passar pelas duas primeiras etapas de integração.

a) Zona de Livre comércio

Na Zona de Livre Comércio, disposta no art. XXIV do GATT, que consiste na elimi-

nação de barreiras tarifárias e não-tarifárias, os Estados conservam total liberdade comercial com terceiros países.

Segundo a professora Elizabeth Accioly (2003, p. 27), no âmbito do Mercosul,

“o Tratado de Assunção inovou tentando atingir um grau mais elevado de integração, qual seja: a conformação de um mercado comum. Porém, com o intuito de compatibilizar o seu relacionamento com outras zonas de livre-comércio, o seu art. 8º, letra c, estabelece que os Estados-partes realizarão consultas entre si para negociar esquemas amplos de desgravação tarifária, tendentes à formação de zonas de livre-comércio com os demais países-membros da Associação Latino-Americana de Integração - ALADI”.

Exemplo disso são os acordos firmados pelos países do Mercosul com o Chile e Bolívia, em 1996, e com o Peru, em 2003, visando à complementação econômica entre os parceiros.

Dispõe, ainda, o art. 3º do Anexo I e Anexo II do Tratado de Assunção que o processo de desgravação será progressivo e linear, visando no mesmo sentido coibir o tratamento privilegiado a países exteriores à Zona.

b) União Aduaneira

A etapa de União Aduaneira corresponde ao modelo de integração econômica no qual os países membros de uma Zona de Livre Comércio adotam uma tarifa externa comum às importações provenientes de mercados externos, estabelecendo-se uma política comum em que os países passam a negociar em bloco e não mais autonomamente.

Entretanto, constata Luiz Olavo Batista (1998, p. 49) que se manteve o regime de exceções, sendo, à época, somente 9.000 os produtos submetidos à TEC, havendo, por exemplo, exceções a produtos originados da ALADI e de acordos bilaterais como Mercosul - Chile.

“A constituição de uma TEC foi um dos grandes problemas do Mercosul para o funcionamento da união aduaneira, que ainda não está totalmente consolidada, portanto imperfeita” (ACCIOLY, 2003, p. 30). Todavia, mesmo com as crises que têm assolado o bloco, verifica-se que há uma vontade política dos Chefes dos Estados-Partes para que se dê prosseguimento ao aperfeiçoamento da fase de União Aduaneira e demais fases integracionistas.

4. As políticas integracionistas no século XXI

Em meio às mudanças trazidas pelo fenômeno da globalização, os Estados modernos estão sendo compelidos a agruparem-se em blocos, com o intuito de promover o desenvolvimento nacional e regional, bem como de poder fazer frente às grandes potências e aos blocos já existentes, em um contexto de competição em escala global.

A integração pode ser considerada como o resultado do querer político dos Estados, que buscam juntos adotar políticas que possibilitem enfrentar os desafios do mundo globalizado.

Em relação ao Mercosul, essa integração tem sido cada vez maior, e, como consequência do estreitamento das relações, surgem cada vez mais desavenças entre os Estados-Partes, que precisam uns dos outros para seu desenvolvimento. Cabe aqui mencionar que, na maioria dos casos, as economias participantes do Mercosul são concorrentes e não complementares, o que acaba por ser um grande fator de conflitos no bloco.

No estágio atual, em meio a dissensos, especulações e pressões, tanto internas quanto externas, o Mercosul busca meios de consolidar-se, de aprofundar seus laços e solidificar-se, e com razão, pois muitos são os motivos que o impulsionam a tal atitude.

Além do fator globalização, já mencionado, as negociações com terceiros Estados

e com outros blocos em nome do Mercosul tornam os Estados-Partes mais fortes, em comparação com o poder de negociação que teriam isoladamente.

As crescentes pressões dos EUA para o avanço da ALCA também são motivos para que haja a consolidação do bloco, pois poderão tornar-se mais equilibradas as relações econômicas e de negociação com este país, devido ao seu grande poderio econômico e político.

Ainda, é importante destacar o pedido de adesão por parte da Venezuela ao Mercosul, formalizado em 04.07.2006, fator fundamental de incentivo à integração regional. O quinto sócio, juntamente com os demais países, significa para o bloco um PIB de US\$ 1 trilhão, uma população de cerca de 250 milhões de habitantes e um comércio global de US\$ 300 bilhões/ano.

Além disso, a entrada do novo membro reafirma o estreitamento que já vinha ocorrendo desde 08.12.2004 com a Declaração de Cuzco, a qual lançou as bases da Comunidade Sul-Americana de Nações, entidade que unirá a Comunidade Andina ao Mercosul, em uma zona de livre comércio continental.

Destaca-se também a importância da participação chilena no bloco. Segundo o Senador Gilvam Borges (2006, p. 13242),

“embora o Chile não participe do Mercado Comum do Sul como um membro Pleno, a sua participação como Estado Associado na área de livre comércio é de grande valia para os signatários do Tratado de Assunção. Para o Brasil, em especial, o fluxo comercial estabelecido com o Chile é crescente e muito significativo, sendo o sétimo maior destino das exportações brasileiras”.

Por fim, a incorporação da Bolívia como membro pleno do Mercosul também é uma das principais expectativas da presidência do Brasil, fato que terá repercussões interna e externamente. Segundo o colunista Sebastián Valdomir (2006?),

“em nível interno ao bloco, permitirá definir uma geopolítica energética a partir da decisão do governo de Evo Morales de nacionalizar o gás e o petróleo e, no nível externo, o Mercosul se consolidará como um ator mais relevante no cenário internacional, seja na ONU como na Organização Mundial do Comércio (OMC)”.

Cabe mencionar que o aprofundamento dos laços que unem os Estados-Partes do Mercosul é essencial para a manutenção e desenvolvimento do bloco, uma vez que este é regido pelos princípios da intergovernabilidade, ou seja, é necessária a presença e consenso de todos os membros para que haja decisão sobre determinada matéria e esta tenha eficácia.

Não há órgão supranacional que crie as normas do bloco: são as partes que estipulam a regulamentação.

Eis uma das razões pelas quais há demora na internalização e implementação das decisões por parte dos Estados-Partes. Em muitos momentos, os interesses internos são priorizados em relação aos do bloco.

5. A Agenda Positiva e o Parlamento do Mercosul

Atualmente, o Mercosul procura avançar na implementação do Parlamento, que deverá trazer maior representatividade ao bloco, bem como acelerar o processo de internalização das normas já criadas e das que ainda o serão.

A agenda positiva do Mercosul inclui a previsão da implantação de mecanismos de consolidação de um processo integral, como a melhoria da união aduaneira, de forma responsável e sustentável, otimizando-se os componentes político, institucional, social e cultural.

Para o atingir esse objetivo, os Presidentes da Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul reuniram-se nos dias 15 e 16 de maio de 2006 no Congresso Nacional, em Brasília, e concluíram pela necessidade de

elaboração urgente da Agenda Positiva do Mercosul (M 21) com a participação da sociedade. Acreditam que novas metodologias serão utilizadas na construção dessa Agenda, levando a uma nova forma de gestão, governabilidade e participação regional, incluindo atores governamentais, políticos, setor produtivo, movimentos sociais, entre outros.

Nesse sentido, o Parlamento é encarado como instrumento de legitimidade democrática, de representatividade e de cidadania, constituindo-se o espaço adequado para dar início a esse intercâmbio de articulações por parte de todos os atores do Mercosul, governamentais e não governamentais.

Especificamente quanto ao Parlamento, foi realizada no Uruguai, em dezembro de 2005, a reunião de cúpula do Mercosul, em que se propôs a criação do parlamento, devendo este ser instituído em 31 de dezembro de 2006, com sede em Montevidéu. Na ocasião, foram definidas duas etapas para sua concretização, sendo a primeira compreendida entre 31 de dezembro de 2006 e 31 de dezembro de 2010, quando o parlamento será integrado por 18 representantes de cada Estado-Parte, indicados diretamente por estes, mediante critérios estabelecidos pelos respectivos governos. Antes do término desse prazo, os Estados deverão procurar organizar eleições diretas para seus parlamentares do Mercosul, sendo para isso observada a legislação eleitoral respectiva dos Estados.

Dentro desse contexto, sugeriu-se a criação do dia do Mercosul Cidadão, com o intuito de promover eleições simultâneas em todos os países do bloco, pois, na segunda etapa do processo, a partir de 2014, será consolidada a escolha dos parlamentares mediante eleição universal direta e secreta.

Muito embora a proposta seja extremamente interessante, com potencial de promover grandes avanços dentro do bloco, é necessário seu amadurecimento, principal-

mente no tocante às suas competências e ao grau de efetividade de suas decisões, pois não são vinculantes e tampouco capazes de, por si só, motivar medidas coercitivas às partes que não cumprirem o decidido.

As competências da Comissão Parlamentar Conjunta e do Parlamento do Mercosul estão dispostas no art. 3º e art. 4º do Regimento Interno.

Dessas depreende-se que, diversamente do Parlamento Europeu, cujos parlamentares atuam diretamente na produção do Direito Comunitário, exercendo competências consultivas, co-legislativas e de fiscalização, a Comissão Parlamentar conjunta do Mercosul será um órgão de competência apenas consultiva. Isso mais uma vez demonstra o caráter intergovernamental desse bloco, pois sua manifestação não vincula os Estados-Partes.

Posto isso, não se desqualifica de forma alguma a importância da implementação de tal órgão. É importante destacar os propósitos encontrados no art. 2º de seu Regimento Interno, pois dão clareza às expectativas que se têm com relação ao seu funcionamento: a) representar os povos do Mercosul; b) assumir a promoção e a defesa permanentes da democracia, da liberdade e da paz; c) impulsionar o desenvolvimento sustentável da região, com justiça social e respeito à diversidade cultural dos povos; d) garantir a participação da sociedade civil organizada no processo de integração; e) estimular a consciência coletiva, para a formação de uma cidadania no Mercosul; f) contribuir para consolidar a integração latino-americana, através do alargamento e do aprofundamento do Mercosul; g) promover a solidariedade e a cooperação regional e internacional.

Entre as proposições acima, encontra-se a de contribuir para a integração latino-americana, através do alargamento e aprofundamento do Mercosul. Nesse ponto, o Parlamento terá papel fundamental, haja vista que um dos maiores problemas encontrados hodiernamente é justamente

o da internalização das normas do Mercosul pelos Estados-Partes, o que acaba por atrasar o desenvolvimento do bloco e colocar-se como obstáculo à continuidade dos assuntos concernentes ao bloco.

Para contribuir com a aceleração da incorporação normativa no Mercosul, o Parlamento irá elaborar parecer a respeito dos projetos de normas do bloco, remetidos pelos órgãos com capacidade decisória (nos casos em que a aprovação legislativa é requerida), em caráter consultivo, dentro do prazo de 90 dias, antes que haja sua aprovação.

Não é necessário parecer favorável do Parlamento para a aprovação das normas, no entanto, se esse for o caso, estas poderão ser encaminhadas aos Estados-Partes no prazo de 45 dias a contar de sua aprovação, para que sejam avaliadas pelos parlamentares nacionais e posteriormente aprovadas. Caso o parecer seja negativo, a internalização seguirá os trâmites normais para incorporação de normas internacionais.

Importante mudança com relação à sistemática anterior se encontra no fato de ter sido criado o prazo máximo de 180 dias, a contar do ingresso no Parlamento nacional, para que a normativa seja internalizada. Caso esta não seja aprovada pelo Congresso, será reenviada ao chefe do Poder Executivo, que remeterá a questão ao órgão decisório originário, para que haja a devida negociação.

Muito embora não haja previsão de sanções aplicáveis aos Estados que não observarem a regulamentação constante no Protocolo, há, teoricamente, a hipótese da responsabilização no plano internacional, em caso de omissão na internalização.

6. O déficit democrático no Mercosul e o modelo europeu

O déficit democrático não é exclusivo do Mercosul. Muito pelo contrário, a União Européia, considerada modelo de bloco econômico em uma série de aspectos, sofre

desse mesmo mal. Mesmo sendo cidadãos do bloco, os indivíduos não se sentem parte, pois sua contribuição não é intensa, tampouco decisiva.

Na maior parte dos casos, o déficit acontece porque, no processo de integração, os Estados têm preocupações somente de ordem econômica, em detrimento dos aspectos culturais e sociais.

Em breve análise ao modelo europeu, temos que, há muito tempo, a Europa constata a existência de um déficit democrático, que se traduz na falta de transparência do processo decisório e na hegemonia exercida pelos governos nacionais e suas administrações, em detrimento dos órgãos comunitários (VENTURA, 2003, p. 590).

Na visão de Anthony Giddens (1999, p. 154), “as razões normalmente apresentadas são a falta de democracia na União Européia e seu distanciamento das preocupações das pessoas comuns”.

Paulo Borba Casella (1994, p. 294), em sua obra, citando Pescatore, ressalta “a problemática da deficiência no processo democrático, onde ocorre evidente desencontro entre as bases democráticas dos Estados-membros e a realidade comunitária”.

Com efeito, no contexto da integração europeia, o

“déficit democrático das instituições democráticas é ostensivo. Os Tratados avançaram muito mais como constituição da liberdade do que como constituição da democracia e sua ordem jurídica estruturou-se mais através da intervenção do Tribunal de Justiça do que da vontade democrática” (PIRES, 1997, p. 71).

Para a implantação de um procedimento mais democrático e transparente no processo decisório na União Européia, diversos autores opinam. Entre eles, Habermas (2003) coloca a necessidade de se construir um espaço público político europeu para a discussão e deliberação de temas de relevância comum. Esse espaço público seria o lugar de formação da opinião pública e

preencheria uma função ideal: a transformação de problemas relevantes comuns em núcleos cristalizadores de discursos, permitindo que os cidadãos se refiram simultaneamente aos mesmos temas relevantes e se posicionem em relação a temas controversos (HABERMAS, 2003, p. 140).

Para a professora Odete (2001, p. 448), “a construção da cidadania esbarra dia-a-dia na dinâmica do próprio processo de integração que, na sua solidez, busca a afirmação econômica, comercial e financeira. Necessário se faz estabelecer o autêntico processo do desejo, motivador da homogeneidade no conviver comum europeu”.

Entretanto, cabe salientar que, para uma abordagem mais aprofundada, é importante o estudo do conceito de democracia, cujo sentido já passou por inúmeras alterações ao longo dos séculos, sendo natural de sua essência o dinamismo, o que acontece, segundo Norberto Bobbio (1986, p. 9-10), “sob a forma de promessas não cumpridas ou como um contraste entre a democracia ideal como concebida por seus pais fundadores e a democracia real em que, com maior ou menor participação, devemos viver cotidianamente”.

Jean J. Rousseau afirmou no Contrato Social que, “se houvesse um povo de deuses, esse povo se governaria democraticamente”, e aqui fica explícito o grau de perfeição que se prende a essa forma de governo; todavia, cumpre reconhecer que ela nunca existiu na prática em sua forma plena.

O berço da democracia direta foi a Grécia, especialmente Atenas, onde o povo se reunia no *Ágora* para exercer direta e imediatamente o poder. Como naquela época a grande maioria das pessoas eram escravos, isso permitia que o cidadão grego fosse inteiramente político, dedicava grande parte do seu tempo aos negócios públicos, debatendo e deliberando em praça pública, concentrando em si os três poderes.

Atualmente, a palavra democracia ganhou conotação de valor tão supremo

que dificilmente um governo deixará de intitular-se democrático. Democracia e legitimidade, portanto, são conceitos bem próximos, tanto o é que a democracia ocidental efetiva-se por meio da representatividade indireta, o sufrágio universal.

Para os teóricos do funcionalismo, sistema amplamente adotado na formação dos blocos econômicos, a idéia primordial é que a democracia está intimamente ligada à eficiência, sendo a participação desejável se é eficiente em termos de resultado, uma vez que a principal preocupação é o funcionamento bem-sucedido do sistema, e não a validade democrática.

Nesse sentido, defende Andréa Ciaffone (1996, p. 139) que é este um dos principais problemas que envolve o déficit na União Européia:

“o déficit democrático na União Européia não é acidental. É um problema congênito, que foi identificado ainda durante a sua gênese. E mais, ele é um efeito da influência da teoria funcionalista nas mentes dos idealizadores da Comunidade Européia, destacadamente em Jean Monnet”.

Entretanto, não se pode deixar de considerar a distância entre a democracia que se pratica hoje, a representativa, e a idéia originalmente formulada pelos gregos antigos. Ainda mais quando se considera o fato de que baixos níveis de participação popular podem ter o efeito negativo de alienar os cidadãos do processo político no qual vivem.

No Mercosul, o cerne da questão, segundo Deisy Ventura (2003, p. 591-592), é diverso:

“Na Europa, o déficit afeta apenas a dimensão européia da política já que, no plano nacional, os Estados-membros respeitam, de forma relativamente satisfatória, os princípios do Estado de direito e da democracia. Em compensação, nos países do Mercosul, o déficit democrático é apenas a projeção coletiva, no plano supranacional, dos déficits democráticos internos dos Estados-membros”.

Entre os autores críticos à democracia na América Latina, encontra-se Emir Sader (1999), para o qual

“os cidadãos latino-americanos caem na armadilha das eleições corrompidas pelas fortunas privadas, onde a concentração de renda em algumas camadas privilegiadas da população teve como consequência a transformação dos direitos em mercadorias que podem ser compradas por aqueles que possuem os recursos necessários”.

Coadunando com o fenômeno dos déficits democráticos internos, tem-se no mesmo sentido que a participação do cidadão no Mercosul não é expressiva. Até o momento, a direção do bloco tem sido tarefa exclusiva dos governos dos Estados-Partes, fato esse que o Parlamento, em um futuro breve, deseja corrigir. A intenção é que, até 2014, os parlamentares do Mercosul sejam eleitos diretamente pela população. A pergunta que resulta é se os cidadãos irão conseguir exercer a cidadania do bloco em um espaço tão curto de tempo. Alguns obstáculos deverão ser removidos para que haja um melhor proveito do poder que o sufrágio confere.

Nesse ponto, além de legitimar a formação do Parlamento e fortalecer o Mercosul, a eleição direta, universal e secreta de seus representantes pela população poderia favorecer o desenvolvimento de uma cultura de integração e da noção de cidadania do Mercosul, até então pouco disseminada no seio popular.

Ainda dentro desse âmbito, necessário se faz destacar a existência da busca pelo fortalecimento da participação dos parlamentares no processo de criação das normas, como meio de fortificar também a democracia envolvida no processo de formação do bloco, já que, de acordo com seus princípios fundamentais, a ação dos governos dos Estados-Partes e, conseqüentemente, do Mercosul, deve ser voltada à satisfação dos ideais, necessidades e an-

seios da população sul-americana como um todo.

Com isso em foco, por óbvio não se procura referir apenas ao aspecto econômico e comercial, mas também, e de forma incisiva, ao desenvolvimento da pessoa, à manutenção e à promoção dos Direitos Humanos em todos os seus desdobramentos, pois, para exercer seus direitos democráticos em toda a sua plenitude, o cidadão não carece apenas de opções políticas para sua escolha. Em verdade, carece de muito mais. A melhoria e manutenção do sistema de educação, de saúde, o acesso ao trabalho, entre tantos outros aspectos, fazem parte dos pressupostos necessários ao correto uso da ferramenta democrática fundamental do cidadão: o voto.

Por essa razão, o aparecimento e fortalecimento da participação popular no processo de integração almejado pelo Mercosul por meio do Parlamento poderia ser uma saída para a diminuição do déficit democrático verificado atualmente, fazendo com que o cidadão saia da posição de mero espectador e tome posição mais ativa no desenvolvimento do bloco.

7. Considerações finais

O fenômeno da criação dos blocos econômicos, típico da década de 90, em que os Estados tinham por objetivo buscar a associação, mediante a constituição de uma zona de livre comércio, união aduaneira ou mercado comum, para a busca de uma melhor inserção no mundo globalizado, neste século XXI está sendo colocado em cheque.

Não se trata de uma crise, no que diz respeito à criação dos referidos blocos econômicos, vez que os objetivos econômicos não mais respondem aos anseios dos Estados e dos seus cidadãos, mas sim de um repensar os reais objetivos dos processos integracionistas que, em última instância, devem levar em consideração os interesses dos indivíduos.

No contexto internacional, os indivíduos ganham importância e destaque, sendo legítima a pretensão, no sentido de que os mesmos venham a participar das políticas decisórias adotadas pelos blocos econômicos, vez que serão eles os principais destinatários das referidas deliberações.

Repensar o modelo de integração, a partir dos reais interesses dos cidadãos, de forma a garantir maior transparência na tomada das decisões, é de vital importância ao futuro e ao sucesso desta inexorável realidade da sociedade internacional, que é a formação dos blocos econômicos.

Não é sem razão que existe uma preocupação, por parte dos Estados e das instituições dos blocos econômicos, com a criação de órgãos que venham representar os interesses dos cidadãos, a exemplo do Mercosul com a proposta de criação do Parlamento de natureza permanente.

A fim de se buscar o efetivo desenvolvimento dos Estados, no contexto da integração regional, torna-se necessário que o indivíduo venha a participar de forma efetiva das decisões e políticas que são implementadas no âmbito dos blocos econômicos, vez que são eles os principais destinatários das normas internacionais.

Trata-se da nova realidade do século XXI e, nesse sentido, o cidadão deve conscientizar-se de sua real importância para o sucesso de construção dos blocos econômicos, participando nos foros apropriados, debatendo os temas que dizem respeito diretamente a ele, como é o caso dos Foros Consultivos.

De outro lado, os Estados, que são os idealizadores dos respectivos processos de integração e que representam, em última instância, os interesses dos mesmos cidadãos, devem criar espaços cada vez mais institucionalizados, com a finalidade de atribuir maior transparência ao processo decisório e às políticas a serem adotadas no bloco econômico, pois somente com a efetiva participação do cidadão é que os Estados poderão buscar um desenvol-

vimento equilibrado, não só voltado aos setores econômico e comercial, mas, principalmente, social.

Referências

- ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul & União Européia*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003.
- BATISTA, Luiz Olavo. *O Mercosul: suas instituições e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Guerra, 1986.
- BORGES, Gilvam. Discursos encaminhados à publicação: senador Aloísio Mercadante: homenagem à presidenta do Chile, Michele Bachelet. *Diário do Senado Federal*, Brasília, ano 61, n. 63, p. 13242, 26 abr. 2006.
- CASELLA, Paulo Borba. *Comunidades européias e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1994.
- CIAFFONE, Andréa E. G. Organizações internacionais de integração econômica: déficit democrático na comunidade européia. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul após o término do período de transição*. São Paulo: LTr, 1996.
- GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre impasse político e o futuro da social-democracia*. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos econômicos e solução de controvérsias: uma análise comparativa a partir da União Européia e Mercosul*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.
- _____. Parlamento do Mercosul: viabilidade para a democratização do bloco econômico?. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direitos humanos e democracia: intercorrências*. Forense: São Paulo, [2006?]. No prelo.
- HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- OLIVEIRA, Odete Maria. *União Européia: processos de integração e mutação*. Curitiba: Juruá, 2001.
- PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao direito constitucional europeu*. Lisboa: Almedina, 1997.
- SADER, Emir. O déficit democrático latino-americano. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 29 jun. 1999. Caderno 5, p. 5.
- VALDOMIR, Sebastián. O momento do Mercosul e os momentos da integração. *Carta Maior*, Porto Alegre, 27 set. 2006. Disponível em: <<http://agenciacartamaior.uol.com.br>>. Acesso em: [2006?].
- VENTURA, Deisy. *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia*. São Paulo: Manole, 2003.

Nuanças de agrariedade nas concessões de florestas públicas

Benedito Ferreira Marques

Sumário

1. Introdução. 2. As Florestas: produtos e serviços exploráveis. 3. As florestas no contexto da patrimonialidade pública. 4. O extrativismo vegetal como atividade agrária. 5. A empresa agrária na exploração de florestas. 6. Conclusões.

1. Introdução

A Lei n. 11.284, de 2 de março de 2006 —, que dispõe sobre a gestão das florestas públicas para a produção sustentável —, vem provocando justificadas discussões, não apenas nos meios acadêmicos, mas também na mídia. A conhecida jornalista Miriam Leitão, por exemplo, em artigo publicado em jornal do País (*O POPULAR*, 2006) teceu ácidos comentários sobre a referida lei, tachando-a de instrumento de privatização da floresta amazônica. O ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso, em entrevista ao *Folha de São Paulo* (27.10.06), também considerou a concessão florestal como forma de privatização. Até os então candidatos a Presidente da República, Lula e Geraldo Alckmin, no último debate da campanha presidencial realizado pela *Rede Globo*, fizeram breve referência sobre o assunto, do mesmo modo enfocando o ângulo da “privatização”.

Verifica-se, todavia, que os defensores da tese de privatização estão equivocados, ou, se não isso, desinformados. Não se reti-

Benedito Ferreira Marques é mestre em Direito Agrário pela UFG. Doutor em Direito pela UFE. Professor Associado da UFG. Vice-Reitor da UFG. Advogado.

ra do texto legal a ilação de que a concessão florestal implicará privatização das florestas públicas, sejam as da União, sejam as dos demais entes federados. Ao contrário, o que se lê na mencionada legislação é a expressa vedação da transferência da titularidade imobiliária ou preferência em sua aquisição (art. 16, § 1º, inciso I). O equívoco de quem enxerga privatização na concessão de uso somente se explica no desconhecimento técnico da linguagem jurídica.

A impactante legislação, de conteúdo marcadamente ambiental, precisa ser discutida em toda a sua amplitude para que se tenha uma visão do contexto em função do texto, que não interessa apenas aos operadores do Direito, mas a todas as áreas de conhecimento. Aos estudiosos do Direito Agrário interessa identificar, ao primeiro exame da lei, o viés agrarista nas suas disposições compostas de nada menos do que 86 artigos, quase um código florestal.

Uma análise feita com essa preocupação conduzirá o intérprete a concluir, de logo, que a Lei 11.284/06 contempla regras de vários ramos do Direito, notadamente do Direito Administrativo e do Direito Ambiental, mas também embute princípios e regras do Direito Agrário, a partir do objeto precípua da nova ordem jurídica estabelecida com a promulgação dessa lei, que é a busca da produção, visando ao desenvolvimento sustentável, mediante atividades agrárias consubstanciadas na exploração de produtos e serviços florestais.

Pode-se afirmar que os princípios delineados no art. 2º da lei sob exame, como sendo peculiares à gestão de florestas públicas, guardam nítida afeição com os do Direito Agrário, sobretudo os que se referem à proteção dos ecossistemas, do solo, da água, da biodiversidade e a valores culturais associados; ao respeito ao direito da população, em especial das comunidades locais, de acesso às florestas públicas e aos benefícios decorrentes de seu uso e conservação; à promoção do processamento local e ao incentivo ao incremento da agregação

de valor aos produtos e serviços de floresta, à capacitação de empreendedores locais e da mão-de-obra regional, bem como ao fomento ao conhecimento e à promoção da conscientização da população sobre a importância da conservação, da recuperação e do manejo sustentável dos recursos florestais. Todos esses princípios estão condensados no princípio maior da função social da propriedade da terra, advindos com o Estatuto da Terra (art. 2º) e, depois, consagrados na Constituição de 1988 (arts. 5º, XXIII, 170-III e 186).

Como viés agrarista, pode-se incluir, também, o preceito (art. 6º, §3º) que disciplina a regularização de posse de comunidades locais sobre áreas por elas tradicionalmente ocupadas ou utilizadas, que sejam imprescindíveis à conservação dos recursos ambientais essenciais para sua reprodução física e cultural, por meio de concessão de direito real de uso, sendo dispensável, nesse caso, a licitação. Do mesmo modo, reputa-se como regra (art. 10) de conteúdo agrarista a que manda considerar, na elaboração do Plano Anual de Outorga Florestal - PAOF, a reforma agrária e a regularização fundiária, bem como a que determina a exclusão, desse plano, das terras indígenas e das áreas ocupadas por comunidades locais. Essa preocupação do legislador com as comunidades locais, aliás, mostra-se mais nítida e acentuada no art. 17, que exclui do objeto de concessões os produtos de uso tradicional e de subsistência para as comunidades locais, devendo a proibição constar do próprio edital de licitação, sabendo-se que esta é de regra no procedimento de outorga de concessão.

Considerando-se que o crédito rural constitui um dos instrumentos de Política Agrícola — sabidamente de Direito Agrário —, merece consignar também como norma agrarista a que inclui os direitos emergentes da concessão florestal (art. 29) como bem jurídico suscetível de composição de garantia dos contratos de financiamentos. Por fim, numa análise perfunctória, pode-se

concluir que a “Lei de Gestão de Florestas Públicas” guarda estreita relação com o Direito Agrário, na medida em que toda a disciplina jurídica condensada em seu texto tem por objeto a exploração de florestas públicas e serviços que, como se sabe, têm como palco imóveis rurais.

Contudo, há uma faceta que merece mais acurada reflexão na análise do texto legal, por suas implicações jurídico-doutrinárias. Trata-se da tipificação das atividades objeto das concessões e da limitação a empresas ou outras pessoas jurídicas nas habilitações do processo de licitação. Comporta indagar se a exploração de produtos e serviços florestais se enquadra na classificação de atividades agrárias — ainda que complementares ou conexas — e se as empresas que se propuserem a explorar tais atividades podem ser tipificadas como agrárias, como tal definidas no ordenamento jurídico agrário.

Essa é a proposta deste estudo.

2. As florestas: produtos e serviços exploráveis

O conceito de floresta não mereceu assento na legislação que lhe é pertinente. Nem mesmo a Carta Magna, embora a ela se refira em diferentes passagens, não se deu ao mister de defini-la, no que fez bem, pois, como advertiu o sempre lembrado Prof. Paulo Torminn Borges (1987, p. 14), (.....) “só podemos definir um instituto se lhe conhecemos os elementos essenciais. Fora deste conhecimento, caímos no casuísmo, que é apenas o preâmbulo da ciência”.

Mas Juraci Perez Magalhães (2001, p. 10) registra a conceituação posta na “Terminologia Florestal” aprovada no I Encontro de Pesquisadores para a Padronização da Terminologia Florestal ocorrido em Curitiba, em setembro de 1976, nos seguintes termos:

“Área de terra mais ou menos extensa, coberta predominantemente de vegetação lenhosa de alto porte, formando uma biocenose.”

Para quem não sabe, o citado autor deu-se a esclarecer que *biocenose* é uma comunidade biológica, isto é, populações de seres vivos que vivem num mesmo território.

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1999, p. 917), em seu indispensável Dicionário da Língua Portuguesa, define *floresta* como sendo “formação arbórea densa, na qual as copas se tocam; mata”. José Afonso da Silva, lembrado por Juraci Perez Magalhães (2001, p. 11) na citada obra, observa que o art. 23 da Constituição Federal alude a dois termos como se fossem um gênero e outro espécie, quais sejam: *flora* e *floresta*, o que o levou a concluir que floresta é um tipo de flora.

Controvérsias à parte, o certo é que o art. 1º da Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965 (Código Florestal), emprega o termo *florestas*, dispondo que

“As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.”

Insta perquirir, neste passo, ao propósito deste estudo, se a floresta é considerada bem imóvel ou móvel. Para tanto, buscar-se-á auxílio na doutrina civilista, mais precisamente em Maria Helena Diniz (2005, p. 316), que, ao fazer a exegese do art. 79 do Código Civil de 2002 — que cuida da classificação de *imóveis por natureza* —, enxerga na palavra *árvores* a natureza de bem imóvel, a partir da alocação “e tudo que se lhe incorporar natural ou artificialmente” (ao solo) que se contém no aludido preceito legal. Trata-se, evidentemente, de uma compreensão buscada na interpretação do art. 43, inciso I, do Código Civil de 1916, que dispunha: “São bens imóveis: I — o solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as *árvores*...”

Ressai dessa compreensão a idéia de *acessoriedade* das árvores, justamente o elemento básico do conceito de floresta (*vegetação lenhosa de alto porte*). Bem por isso, a professora da USP (DINIZ, 2005, p. 316) mostra coerência na conclusão segundo a qual *as árvores aderem-se, naturalmente, ao solo, pois é nele que nascem, enquanto não forem abatidas, e os frutos da terra e das árvores ainda não colhidos ou separados do solo são imóveis* (DINIZ, 2005, p. 316). Contudo, a mesma autora desloca para a classificação de bens *móveis* as árvores destinadas ao corte (DINIZ, 2005, p. 316).

A colocação doutrinária feita acima vai ao encontro do espírito da “Lei de Gestão de Florestas Públicas” (Lei n. 11.284/2006), em cujo art. 16, § 1º, é vedada, nas concessões de florestas públicas, a transferência da titularidade imobiliária ou preferência em sua aquisição. Vale dizer, as árvores podem ser alienadas, o imóvel em que se situam não.

Destarte, a natureza acessória das florestas, como bem jurídico suscetível de exploração por concessão dada pelo Poder Público, embora considerada imóvel por natureza, conduz o analista a uma inevitável indagação: em que consiste a *exploração de produtos e serviços florestais*, que constitui o objeto das concessões? A resposta apriorística que se pode fazer é a de que a exploração das florestas — no caso, públicas — consistirá na extração da madeira para a comercialização, bem como na utilização das mesmas florestas em serviços de turismo, adaptando-as às já conhecidas trilhas ecológicas. A esse propósito, Juraci Perez Magalhães (2001, p. 16), ao chamar a atenção para o valor econômico, social e ecológico das florestas, observa que

“(…) Há um outro aspecto especial apresentado pela propriedade florestal sobre o qual ainda não se discutiu juridicamente. É a sua função ecológica. Como já falamos anteriormente, as florestas têm valor econômico, social e ecológico. Como bem econômico elas têm valor pecuniário conside-

rável e integram o patrimônio das pessoas. Circulam livremente como objetos de transações comerciais...”

A considerar-se esse raciocínio — de resto incontestável —, entra em cena o princípio da *inalienabilidade* dos bens públicos, cuja aplicação nas hipóteses aventadas, principalmente na extração e comercialização da madeira, pode ser comprometida. Daí que, para o deslinde dessa questão, faz-se mister o exame da classificação das florestas no contexto dos bens públicos visando a uma compreensão mais lúcida da “Lei de Gestão de Florestas Públicas”, ora em análise. É o que se pretende fazer em seguida.

3. As florestas no contexto da patrimonialidade pública

Bens públicos são todos aqueles que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, quais sejam a União, os Estados, o Distrito Federal, Municípios, bem como suas respectivas autarquias e fundações, incluindo-se, também, os que estejam afetados à prestação de um serviço público, ainda que sejam de propriedade privada. Esses bens formam o que se convencionou chamar de *domínio público* (MELLO, 2003, p. 779).

É cediço na doutrina nacional que os bens públicos podem ser classificados sob os seguintes aspectos: quanto à sua destinação e quanto à sua natureza física. Quanto à sua destinação, é antiga a classificação dos bens públicos dada pelo Código Civil brasileiro — tanto no Código de 1916 como no atual —, segundo o qual os bens públicos se classificam em bens *de uso comum do povo*, bens *de uso especial* e bens *dominicais*¹.

¹ Código Civil: Art. 99 – São bens públicos: I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como

Embora mantendo a antiga classificação, percebe-se que o legislador do estatuto civil brasileiro de 2002 preferiu não identificar quais as pessoas jurídicas de direito público – como o fazia o código revogado –, limitando-se a mencionar apenas as *pessoas de direito público interno*. Mas, ao enumerar quais os bens que se consideram de *uso especial*, referiu-se aos edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal. Essa inovação contém dois equívocos: primeiro, porque esqueceu de incluir o Distrito Federal; e segundo, porque a Constituição de 1988 banuiu o *território* como ente federado.

Os *bens de uso comum do povo* são aqueles aos quais todo e qualquer cidadão (brasileiro ou estrangeiro) tem livre acesso, sem limitações. Os *bens de uso especial*, conforme o próprio texto legal, são aqueles que estão afetados aos serviços ou estabelecimentos públicos. E os *bens dominicais* – também conhecidos por *bens dominiais* – são aqueles que integram efetivamente o patrimônio público e não estão enquadrados nas categorias de uso comum do povo ou especiais. O poder público os tem como se fosse propriedade privada, tanto que o legislador, ao dar essa conotação, inseriu uma alocação de duvidosa pertinência, qual seja a de que se consideram nessa categoria os bens “a que se tenha dado estrutura de direito privado”². Tem como característica básica a alienabilidade, independentemente de desafetação. Exemplo típico dessa categoria são as terras devolutas.

Os bens públicos *de uso comum do povo* e *de uso especial* estão sempre sujeitos à afetação, o que significa que têm uma destinação específica determinada em lei. Já os dominicais não estão submetidos a esse regime. Daí a possibilidade de serem alienados, sem

objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

² Código Civil de 2002, parágrafo único do art. 99.

necessidade de um procedimento prévio de desafetação.

Quanto à sua natureza física, os bens públicos são classificados em *bens do domínio hídrico* e *bens do domínio terrestre*. Ao presente estudo interessa mais de perto esta última categoria, posto que as florestas se encontram sobre imóveis. Com efeito, consideram-se bens do domínio terrestre as *terras devolutas*, os *terrenos de marinha*, os *terrenos marginais* e os *terrenos acrescidos* e *as ilhas*. De acordo com a Constituição Federal (art. 20), também se consideram como bens da União os sítios arqueológicos e pré-históricos, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, os recursos minerais (inclusive do subsolo).

As *terras devolutas* são bens que se classificam como bens públicos, mas que não são aplicados ao uso comum do povo nem ao uso especial. Por isso são dominicais. Foram instituídas pela “Lei de Terras”³, promulgada no século XIX, mas ainda hoje existem em vários Estados e podem pertencer à União ou aos Estados, conforme os arts. 20-II e 26-IV da Constituição Federal, que não mais alude às terras devolutas municipais, embora o Estatuto da Terra⁴ ainda as mencione.

Os *terrenos de marinha* são aqueles situados nas faixas de terras fronteiras ao mar, numa largura de 33m contados da linha do preamar médio de 1831 para o interior do continente, como também os que se encontrem nas margens dos rios e lagoas que sofram influência das marés, além daqueles que contornam as ilhas situadas em zonas sujeitas à influência das marés. Esses terrenos pertencem à União, mas se classificam como bens dominicais. Cumpre observar que esses terrenos não devem ser confundidos com praias, cujo significado é previsto em lei⁵.

³ Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, art. 3º.

⁴ Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964, art. 11.

⁵ Lei n. 7.661, de 16 de maio de 1988, art. 10. – “É a área coberta e descoberta periodicamente

Terrenos reservados – também chamados marginais ou ribeirinhos – são aqueles que se constituem pelas faixas de terra à margem dos rios públicos livres da influência das marés, numa extensão de 15m, contados da linha média das enchentes médias ordinárias⁶. São também considerados de propriedade da União, desde que sejam marginais das águas doces situadas em terras de domínio federal ou daquelas que banhem mais de um Estado, que sirvam de limite com outros países ou que se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, de acordo com o art. 20-III da Constituição Federal. Os demais são do domínio dos Estados. Esses bens classificam-se como dominicais.

Terrenos acrescidos são aqueles formados por acessões naturais (aluvião ou avulsão) que se incorporam aos terrenos de marinha ou aos terrenos marginais, até onde chegue o preamar médio ou do ponto médio das enchentes ordinárias. Conforme o art. 16 do “Código de Águas”, também se consideram acrescidos os terrenos do álveo que se descobrir pelo afastamento das águas. Essa categoria é também classificada como bens dominicais.

Ilhas são terrenos cercados de água por todos os lados. As ilhas oceânicas, costeiras, fluviais e lacustres que se situem nas zonas limítrofes com outros países pertencem à União, de acordo com o art. 20-IV da Constituição. As demais pertencem aos Estados, inclusive aquelas ilhas costeiras que estiverem no seu domínio. São, igualmente, bens dominicais.

Cumpre lembrar, finalmente, que, de conformidade com o art. 20, inc. X, da Constituição Federal, também pertencem ao domínio público da União, no subsolo, as

pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tal como areais, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema”.

⁶ Dec. lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, art. 4º, e “Código de Águas”, art. 14.

cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos. Igualmente, são classificados como dominicais.

Feita a classificação dos bens públicos, é o momento de buscar oferecer resposta à indagação sobre o enquadramento das florestas públicas, já que a “Lei de Gestão das Florestas Públicas” as coloca como objeto de exploração econômica por particulares, mediante concessão licitada, vedando, todavia, a alienação do imóvel em que se situam. Para responder a essa tormentosa questão, torna-se indispensável uma incursão teórica sobre o regime jurídico a que se submetem os bens públicos, atrás classificados, bem como uma abordagem – ainda que superficial, mas igualmente teórica – sobre os instrumentos legais de acesso aos bens públicos.

Com efeito, sabe-se que os bens públicos se submetem aos seguintes regimes, a saber: a) *inalienabilidade* – que se aplica aos bens de uso comum do povo e aos bens de uso especial. Somente se tornam alienáveis mediante lei expressa que promova a sua desafetação. Essa é a regra consubstanciada no art. 100 do Código Civil; b) *impenhorabilidade* – limitação a que estão sujeitos todos os bens públicos, inclusive os dominicais. Esse regime decorre do mandamento constitucional segundo o qual os débitos das pessoas jurídicas de direito público interno somente podem ser satisfeitos por meio de precatórios⁷. Desse modo, se os bens públicos são insuscetíveis de penhora, também não podem ser objeto de constituição de garantias reais, cuja consequência é a expropriação dos bens que as constituem para a satisfação do direito do credor, nos termos da legislação processual civil⁸; e c) *imprescritibilidade* – regime segundo o qual os bens públicos não podem ser usucapidos. Essa regra, aliás, mostra-se muito bem expressa nos arts. 183, § 3º, e 191 da Constituição Federal, consagrando a Sú-

⁷ Constituição Federal, art. 100.

⁸ Código de Processo Civil, art. 646.

mula 340 do Supremo Tribunal Federal. Não obstante o conteúdo imperativo das regras mencionadas, tem-se discutido a pertinência da possibilidade de usucapião de terras devolutas, a partir da interpretação do art. 188 da própria Constituição Federal, ao argumento de que o referido preceito distingue duas categorias de terras: *públicas e devolutas*.

E, quanto aos instrumentos de acesso aos bens públicos, por particulares, sabe-se que não são de fácil operacionalização, principalmente a alienação, que sempre depende de expressa autorização legislativa. A alienação de bens imóveis, *v.g.*, depende não apenas de autorização legal prévia, mas também de um procedimento licitatório, conforme determina a “Lei de Licitação e Contratos Administrativos”⁹. Vale lembrar, outrossim, a Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre alienação de bens imóveis da União.

A utilização de bens públicos por particulares depende da classificação que tenham. Os *bens de uso comum do povo*, por exemplo, independem de formalidades prévias, embora o Poder Público possa estabelecer regras de controle, como acontece, *v.g.*, com os estacionamentos de veículos em vias públicas. Por sua vez, a utilização de *bens de uso especial* depende de manifestação administrativa prévia, que se exterioriza mediante *autorização* ou *permissão*¹⁰, dependendo de cada caso. Há situações que reclamam maiores formalidades para o acesso de particulares aos bens de uso especial, o que acontece nas hipóteses de exclusividade. Para esses casos existem os mecanismos da *permissão de uso e concessão de uso de bem público*.

⁹ Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, atualizada pela Lei n. 8.883, de 8 de junho de 1994.

¹⁰ Autorização é o ato unilateral pelo qual a autoridade administrativa faculta o uso de bem público para utilização episódica de curta duração, enquanto a permissão é ato unilateral precário e discricionário, pelo qual a administração faculta a alguém o uso de um bem público.

Quando se trata de bens públicos *dominicais*, por sua vez, o acesso pode ser operado por diferentes formas, a saber: locação, arrendamento, comodato, permissão de uso, concessão de uso, concessão de direito real de uso, concessão de uso especial, autorização de uso e até enfiteuse, que, embora banida do novo Código Civil, ainda tem larga aplicação quando o seu objeto são *terrenos de marinha*.

À luz da análise desenvolvida, a melhor conclusão há de ser a de que as florestas públicas que forem objeto de concessões para exploração de produtos e serviços estão enquadradas na categoria de bens públicos dominicais, na medida em que a concessão dada pelo Poder Público tem caráter marcadamente oneroso, nos termos do art. 13, § 1º, da Lei 11.284/06, assim expresso:

“Art. 13. *Omissis*.

§ 1º. As licitações para concessão florestal serão realizadas na modalidade concorrência e outorgadas a título oneroso.”

Esse caráter oneroso de que se impregnam ambas as atividades — exploração dos produtos florestais e a sua utilização em serviços — reclama, todavia, uma incursão na teoria das atividades agrárias, na busca de uma identificação mais lúcida do seu enquadramento nesse campo, como proposta deste estudo.

4. O extrativismo vegetal como atividade agrária

Segundo Gustavo Elias Kallás Rezek (2007, p. 29),

“O imóvel agrário é caracterizado a partir do conceito de atividade agrária, objeto basilar no estudo do Direito Agrário e o mais importante elemento da empresa agrária. Nessa atividade é que a nossa disciplina encontra sua especialidade, frente aos outros ramos do Direito, através da noção de agrariedade. Há necessidade, pois, de compreender primeiro

em que consiste tal atividade, para só após passarmos à análise do imóvel agrário.”

A concepção adotada por Rezek (2007, p. 29-30) para a atividade agrária, louvando-se em Ballarin Marcial, é a seguinte:

“(…) é a atividade humana de cultivo de vegetais e de criação de animais, caracterizada pela presença de um processo orgânico de desenvolvimento desses vegetais e animais, sujeito às leis naturais — e, portanto, não totalmente controlado pelo homem —, cujos produtos, sendo coisas, são destinados ao consumo social em sentido amplo — ou seja, não somente ao consumo alimentar.”

Para o autor ora citado, essa concepção se baseia na *Teoria da Agrariedade*, para quem “é a nota qualitativa que define certa atividade como agrária ou não” (REZEK, 2007, p. 31). É interessante observar, na opinião esposada, que Rezek (2007, p. 31), lembrando Fernando Pereira Sodero, confere acentuada ênfase à ação humana na configuração da atividade agrária, a dizer que esta “implica uma seqüência de atos coordenados objetivando um fim principal, que é o da obtenção de produtos animais e vegetais voltados ao consumo da sociedade, nas suas mais variadas formas de manifestação”. De fato, Sodero (apud REZEK, 2007) deixou dito que são três elementos essenciais à atividade agrária: o homem, a terra e o processo agrobiológico.

A considerar-se de forma absoluta essa argumentação, o extrativismo não figura como atividade agrária principal, eis que o homem não participa, a rigor, do processo de produção. Com essa linha de entendimento, Rezek (2007, p. 33) chega à conclusão de que “o extrativismo (...) em qualquer de suas formas, não é atividade agrária”, mas admite que “alguns tipos de extrativismo de subsistência submetem-se à proteção social das normas agrárias, porque as realidades do pequeno agricultor e do extrator familiar são muito próximas”.

Para a Professora Giselda Hironaka (1997, p. 49), todavia, a presença do homem no processo de produção não chega a desfigurar como agrária a atividade extrativista, conforme se retira do seguinte excerto, *verbis*:

“Apesar de não haver uma interferência direta do homem nos momentos antecedentes à germinação ou ao nascimento, nem mesmo nos momentos subseqüentes de todo o ciclo biológico de maturação do produto ou do animal, a mera atividade de extração ou captura há de ser considerada agrária, já que se trata, de qualquer forma, de uma produção da terra, do agro de caráter indiscutivelmente rural. “(...) no Brasil, a atividade extrativa poderá figurar, no quadro classificatório das atividades agrárias, ora como atividade acessória, ora como atividade principal, de acordo com o grau de projeção que ela possua sobre as demais atividades desenvolvidas num determinado imóvel rural” (HIRONAKA, 1997, p. 46).

Sem dúvida, não há consenso entre os jusagraristas sobre a pertinência do enquadramento do extrativismo vegetal como atividade agrária principal. Não convence, *a priori*, o argumento que confere sustentação ao caráter acessório da atividade extrativa vegetal, segundo o qual esse mister tem sido executado pelo homem do campo em caráter secundário em relação às outras atividades consideradas principais, vale dizer, a lavoura e a pecuária, ainda que não extensiva.

Para quem conhece a realidade camponesa dos estados do Norte e Nordeste do País, esse raciocínio comporta temperamentos, porquanto, na maioria das vezes, a atividade extrativa ocupa lugar preponderante na faina do campo, figurando aquelas outras como secundárias. O produtor rural do Pará, por exemplo, faz da captura da castanha, do cupuaçu e do açaí a sua atividade principal e tem na lavoura do

arroz, do milho, do feijão e da mandioca a sua atividade secundária. E o agricultor do Maranhão, por sua vez, tem as mesmas culturas e a criação de gado bovino, caprino ou suíno como principais atividades e retira do babaçu a amêndoa, a palha para o teto e paredes de sua choupana, o palmito como alimento esporádico e até a casca do coco a servir-lhe de carvão, como atividades complementares ao seu orçamento doméstico. Não seriam, a rigor, acessórias.

Diante desse quadro assaz controvertido, faz sentido a observação da Professora Giselda Hironaka (1997, p. 45), quanto à pertinência da aplicação das teorias dos autores estrangeiros à realidade brasileira, como a de Vivanco, da Argentina, que considera o extrativismo como atividade acessória. Foi nesse sentido que se posicionou a referida professora paulista.

Não se pode afastar a preocupação de que a realidade no campo brasileiro passou a ser outra, mercê da expansão desenfreada das atividades de lavoura (especialmente a da soja) e da pecuária extensiva, sobretudo na região Norte do País, que vêm transformando grandes áreas de florestas densas em campos de pastagens ou tapetes de sojas. Além disso, até os projetos de assentamentos, à guisa de promoção da reforma agrária, têm contribuído para a destruição gradativa das florestas, a partir da concepção desses projetos, voltados essencialmente para a produção agrícola. É o que observa, com certo desalento, Eder Zanetti (2003, p. 154), no seguinte excerto:

“O enfoque agrícola dado à reforma de distribuição de propriedades, junto aos projetos de colonização, tem gerado pressões sobre as áreas de floresta e tem destruído um patrimônio nacional, constitucionalmente reconhecido, atentando contra a função social da terra, de forma plena, notadamente quando abordadas áreas de floresta nativa, como as da região da Amazônia Legal, com vocação florestal de utilização racional.”

Depois dessas considerações, o autor advertiu:

“As atividades florestais precisam ser desconectadas das agrícolas, para promoção de pesquisa e metodologias específicas de uso, capazes de gerar dividendos e modificar uma situação alarmante de substituição de florestas por áreas agrícolas” (ZANETTI, 2003, p. 155).

Mesmo com essa preocupação revelada, Zanetti (2003, p. 163) não sovinou uma sugestão, concluindo:

“Um direcionamento para uma reforma agrária capaz de estabelecer o homem no campo, com condições para desenvolver plenamente toda capacidade de sua propriedade, ecologicamente correta e economicamente sustentável, buscando alternativas para o gerenciamento e uso das múltiplas atribuições das florestas, é caminho seguro para um País de futuro.”

Postas, assim, essas considerações acerca das concepções doutrinárias sobre atividades agrárias, é hora de definir se a exploração dos produtos e serviços florestais preconizada na “Lei de Gestão das Florestas Públicas”, sob enfoque, pode ser enquadrada como atividade agrária, principal ou acessória.

Ora, as concessões preconizadas no texto legal têm por objeto a *exploração de produtos e serviços florestais*, mediante processos de licitação com critérios bastante rígidos a constarem dos editais. Por outro lado, o sentido econômico de tal negociação ressaí, cristalino, não apenas do caráter oneroso das concessões, mas da exigência legal de que somente podem se habilitar a tais atividades empresas ou outras pessoas jurídicas. Não se abstrai, outrossim, a compreensão lógica de que as florestas públicas — certamente situadas em imóveis rurais — servem de lócus à exploração das atividades preconizadas.

Com esses argumentos, não há negar que a exploração de produtos extraídos das flo-

restas, ainda que públicas, consubstanciadas na extração de madeiras como matéria-prima destinada à comercialização no mercado próprio para a industrialização, pode, perfeitamente, ser classificada como atividade agrária, na linha do extrativismo vegetal.

Quantos aos *serviços*, adjetivados na lei como *florestais*, ainda não se pode afirmar, com rigor científico, que possam ser classificados como atividade agrária, na medida em que o texto legal analisado não propicia maior clareza ao significado dessas atividades, tudo indicando que se situam no campo da atividade turística, para a qual já existe um ordenamento jurídico específico¹¹. O chamado *ecoturismo* vem ganhando espaço considerável nos dias de hoje, marcado pela busca de alternativas de lazer dos que vivem na zona urbana. Longas caminhadas em trilhas fazem parte dos pacotes turísticos em hotéis-fazenda. Talvez sejam esses os serviços a que alude a lei agora comentada.

5. A empresa agrária na exploração de florestas

A Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 196, conhecida por *Estatuto da Terra*, deu-se a definir a *Empresa Rural* como instituto jurídico peculiarmente agrário com o seguinte teor:

“Art. 4º...

VI - *Empresa Rural* é o empreendimento de pessoa física ou jurídica pública ou privada que explore econômica e racionalmente imóvel rural, dentro de condição de rendimento econômico da região em que se situe e que explore área mínima agricultável do imóvel segundo padrões fixados, pública e previamente, pelo Poder Executivo. Para esse fim, equiparam-se às áreas cultivadas, as pastagens, as matas naturais e artificiais e as áreas ocupadas com benfeitorias.”

¹¹ Dec. Lei n. 2.294, de 21.11.1986; Lei n. 8.181, de 28.3.1991, e Dec. n. 448, de 14.2.1992.

Posteriormente, o Decreto n. 84.685, de 6 de maio de 1980, em seu artigo 22, inc. III, embora ratificando o inc. VI do art. 4º do Estatuto da Terra, redefiniu o instituto da *empresa rural*, fixando os padrões preconizados na Lei n. 4.504/64, quais sejam: grau de utilização da terra igual ou superior a 80% e grau de eficiência na exploração igual ou superior a 100%. Além disso, enfatizou a imprescindibilidade do cumprimento da função social do imóvel rural em que se estabelece a empresa.

À luz desses normativos, o exegeta elaborou conceitos não destoantes das definições legais, mas realçando alguns aspectos que lhe são peculiares. O primeiro é a noção de *empreendimento* como elemento basilar do instituto, significando a atividade dirigida à exploração econômica e racional do imóvel (OPITZ, 2007, p. 48). Vale dizer, a empresa tem, na atividade agrária, o seu principal elemento caracterizador, impregnando-se o sentido dinâmico que deve presidir toda a exploração do imóvel. Bem por isso é que os agraristas preferem empregar o adjetivo *agrária*, em vez de “rural”, porque este confere um sentido estático do imóvel.

Um outro aspecto igualmente de grande importância para a melhor compreensão do instituto sob enfoque diz respeito ao fato de que o empreendimento não é o imóvel em si, mas o conjunto de elementos agregados a este, estruturado sob forma de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que se ponha a desenvolver atividades agrárias em determinado imóvel, ainda que este não pertença ao empresário. Nessa linha de raciocínio, pode-se dizer que uma empresa agrária pode desenvolver suas atividades em qualquer imóvel, ainda que o acesso a este se dê pela via contratual, como ocorre nos arrendamentos. O imóvel tem a função de *estabelecimento*. Fernando Campos Scaf (2001, p. 42) chama-o de *estabelecimento agrário* e o define assim, *verbis*:

“(…) o conjunto de bens organizados pelo empresário, dispostos para a

finalidade precípua de realização estável e profissional das atividades agrárias principais ou conexas, necessárias à obtenção de produtos animais e vegetais destinados ao consumo e dotados de valor economicamente apreciável.”

Na mesma linha de compreensão, posiciona-se Gustavo Elias Kállas Rezek (2007, p. 113-114), para quem o *estabelecimento agrário é conjunto de bens materiais e imateriais utilizados pelo empresário para a constituição e o exercício da empresa agrária.*

Desses conceitos doutrinários se extrai a compreensão de que o vocábulo *empreendimento* quer significar o desenvolvimento de atividades agrárias na busca de produtos destinados ao consumo, tendo por base não apenas o imóvel rural, mas um conjunto de outros bens de que se compõe o estabelecimento agrário. Daí a conclusão sensata de Scaf (2001, p. 42) de que o *estabelecimento agrário é a projeção patrimonial da empresa.* Também o diz Gustavo Elias Kállas Rezek (2007, p. 14), *o estabelecimento é a parte mais visível da empresa, onde se processam os atos agrários.*

Não foi sem razão que o novo Código Civil Brasileiro incorporou o instituto do *estabelecimento* (art. 1.142), atribuindo-lhe a função precípua de garantir o funcionamento da empresa, pelo empresário. A empresa é, portanto, o próprio exercício de atividades no estabelecimento. Pode-se concluir que a atividade é o núcleo da empresa, sendo estabelecimento o seu objeto.

Admitindo-se, como demonstrado alhures, que o extrativismo vegetal pode ser tipificado como atividade agrária, a exploração de florestas públicas preconizada na lei, ora comentada, pode ser perfeitamente classificada como atividade tipicamente agrária.

De notar, todavia, que tal atividade somente pode ser exercida por empresas constituídas como pessoa jurídica, segundo a inteligência do art. 19, § 1º, da Lei

11.284/2006¹². Mesmo para as *sociedades unipessoais* — aquelas constituídas pela vontade de apenas um sujeito —, a exigência legal é de que a exploração se dê por pessoas jurídicas. Não se pode perder de vista que o legislador expandiu a possibilidade de concessões para pessoas jurídicas de pequeno porte, microempresas e associações de comunidades locais (art. 21, § 3º), não contemplando pessoas físicas, senão como terceiros para o desenvolvimento de atividades inerentes ou subsidiárias ao manejo florestal sustentável dos produtos e à exploração dos serviços florestais concedidos. É o que se retira do § 1º do art. 27 da mesma Lei. É factível, no entanto, que se abram questionamentos sobre a possibilidade jurídica de *firmas individuais* se habilitarem para a concessão de florestas públicas, pois há autores, como Roberto Senise Lisboa (2004), que conferem apenas relativo enquadramento das firmas individuais como pessoa jurídica, conforme se lê no seguinte excerto:

“(…) firma individual é tão-somente o nome pelo qual a entidade fica conhecida das demais, por isso pode-se afirmar que não há qualquer dotação patrimonial que efetivamente saia do constituinte para a pessoa jurídica.”

Essa observação sugere um bom tema para ser explorado em outra abordagem, tendo como pano de fundo a aplicação da lei sob comentário às pessoas físicas estrangeiras, em face da legislação específica, já que os críticos dessa lei insinuam a entrega da Amazônia a estrangeiros.

O enfoque empresarial que se deu atrás teve por escopo demonstrar que há fortes nuances de *agrariidade* na “Lei de Concessão de Florestas Públicas”, como foi apelidada. Mas não se pode tangenciar outras disposições de visível conteúdo

¹² Art.19, § 1º: Somente poderão ser habilitadas nas licitações para concessão florestal empresas ou outras pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no País.

agrарista, como, *v.g.*, as regras de proteção às comunidades locais, permitindo-lhes a regularização de posse e preconizando o assentamento florestal (art. 6º, II e § 3º). São visíveis os matizes agraristas que se detectam nesses dispositivos.

Também merece referência, por sua conotação de *agrарiedade*, o art. 41, § 1º, incs. VII e VIII da mesma Lei, na medida em que traz regras direcionadas para o cumprimento da função social do imóvel em que se situam as florestas. Não se pode olvidar que, na conceituação legal da empresa agrária (Dec. n. 84.685/1980, art. 22, inc. III), o cumprimento da função social constitui um dos requisitos para a sua configuração.

De fato, tem tudo a ver com o cumprimento da função social a aplicação dos recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal – FNDNF em pesquisas e desenvolvimento tecnológico em manejo florestal, em assistência técnica e extensão florestal, em recuperação de áreas degradadas com espécies nativas; em aproveitamento econômico racional e sustentável dos recursos florestais, em controle e monitoramento das atividades florestais e desmatamentos, em capacitação em manejo florestal e formação de agentes multiplicadores em atividades florestais, em educação ambiental e, sobretudo, em proteção ao meio ambiente e conservação dos recursos naturais (CF, art. 186, II; Lei 8.629/93, art. 9º, II, e Estatuto da Terra, art. 2º).

6. Conclusões

Ao fim e ao cabo, pode-se concluir:

1. que a “Lei de Gestão de Florestas Públicas” é, em sua essência, um conjunto de regras de Direito Administrativo e de Direito Ambiental, embutindo, todavia, nuances marcantes do Direito Agrário;

2. que as florestas públicas são classificadas como *bens públicos dominicais*, e, portanto, liberadas das amarras da *inalienabilidade* intrínseca aos bens públicos de uso

comum e especiais, podendo ser objeto de concessões onerosas;

3. que as atividades de *exploração dos produtos florestais* podem ser tipificadas como agrárias, na linha do extrativismo vegetal;

4. que os *serviços*, também adjetivados de *florestais*, ainda carecem de fundamentação mais clara para a identificação de sua natureza jurídica no campo da atividade econômica, tudo indicando que seu enquadramento se situa no âmbito das atividades de turismo, que já dispõem de ordenamento jurídico próprio;

5. que as empresas ou pessoas jurídicas que, por expressa limitação legal, se legitimam à habilitação nos processos licitatórios para as concessões, são consideradas empresas agrárias, tendo por estabelecimento a própria floresta explorável.

Referências

BORGES, Paulo Torminn. *Institutos básicos do direito agrário*. São Paulo: Saraiva, 1987.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. 1 v.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Atividade agrária e proteção ambiental: simbiose possível*. São Paulo: Cultural Paulista, 1997.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: teoria geral do direito civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAGALHÃES, Juraci Perez. *Comentários ao código florestal*. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

O POPULAR. Goiânia: [s. n.], 24 out. 2006.

OPITZ, Sílvia C. B.; OPITZ, Oswaldo. *Curso completo de direito agrário*. São Paulo: Saraiva, 2007.

REZEK, Gustavo Elias Kallás. *Imóvel agrário: agrарiedade, ruralidade e rusticidade*. Curitiba: Juruá, 2007.

SCAF, Fernando Campos. *Teoria geral do estabelecimento agrário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZANETTI, Eder. *Meio ambiente: setor florestal*. Curitiba: Juruá, 2003.

Representação das associações profissionais

A influência francesa no debate brasileiro da década de 30

Alvaro Barreto

Sumário

1. Introdução. 2. Elementos da influência francesa. 3. As razões da influência francesa. 4. Conclusão

1. Introdução

No âmbito deste artigo, a expressão “representação das associações profissionais” indica a participação formal desse tipo de entidade na atividade legislativa do Estado. De um lado, a definição preserva os elementos consensuais da disputa, que se plasmou em uma diversidade de modos de denominar tal representação, bem como em concepções divergentes sobre os atributos das entidades e sobre o local em que deveriam exercê-los¹. De outro, consegue delimitar o campo a que ela se refere e, assim, distingui-la de outros sentidos a que pode se referir. Pensa-se, especificamente,

¹ No Brasil, essa problemática foi chamada também de “representação de classes”, “classista”, “profissional”. Na França, de “representação de interesses”. Mas alguns a denominam “técnica”, “corporativa”, “orgânica”, “sindical” ou “funcional”. Para certos proponentes, ela envolveria apenas sindicatos, para outros incluiria associações com outros formatos e características organizacionais. Havia quem defendesse que essa representação deveria substituir a popular nos parlamentos, outros a queriam ao lado da representação política tradicional. Vozes defendiam que as entidades profissionais participassem da atividade legislativa, mas que esta deveria ocorrer em órgão de aconselhamento ao parlamento ou simplesmente que essa atividade legislativa fosse desenvolvida diretamente

Alvaro Barreto é professor do Instituto de Sociologia e Política da Universidade Federal de Pelotas. Doutor em História (PUCRS).

na discussão em torno do reconhecimento das organizações coletivas como detentoras do direito de agir em nome de indivíduos perante outros indivíduos ou outros atores coletivos, seja no âmbito privado, seja no público². Reconhece-se que tal discussão é mais ampla do que a que o artigo vai empreender e inclui, visto que aceitar que as entidades participem da produção legislativa implica, automaticamente, reconhecê-las como detentoras de direitos. Ao mesmo tempo, é possível atribuir a elas tais direitos sem que seja necessário incluir o de participação formal na ação legislativa.

A polêmica em torno do assunto ganhou espaço a partir de duas peculiaridades. Primeiro, a década de 1930 iniciou-se sob uma conjuntura revolucionária, demarcada pela percepção generalizada de que alterações importantes deveriam ou estavam a ocorrer no país. Segundo, entre essas mudanças estava a percepção da elite intelectual brasileira de que a participação das associações profissionais nas ações públicas tornava-se inevitável, em função das mudanças por que passavam as relações Estado-sociedade.

Esclarecido esse ponto, lembra-se que, em janeiro de 1931, apenas dois meses após chegar ao poder, Getúlio Vargas (1938a, p. 81) referenciou a representação das associações profissionais como uma das mudanças a serem implementadas pela “revolução”. A questão não ficou circunscrita aos discursos: a medida constou no Decreto 22.621, de cinco de abril de 1933, aquele em que o Governo Provisório elaborou o Regimento Interno e estabeleceu a composição da Constituinte. Logo, de um total de 254 cadeiras, 40 estavam reservadas para “sindicatos legalmente reconhecidos e pelas associações de profissões liberais e

pelo Executivo, o que eliminaria a existência do parlamento. Um outro campo de discórdia era o modo como as entidades deveriam ser organizadas para efeito de representação (por profissão, por ramo da atividade econômica, por classe). (Cf. BARRETO, 2001).

² Bons exemplos aparecem em: Oliveira Vianna (1938) e Ferreira (1938), no debate em torno do projeto de regulamentação da Justiça do Trabalho.

as de funcionários públicos existentes nos termos da lei civil” (art 3º). Essa representação foi referendada pela Constituinte e passou a compor o Congresso Nacional, ao lado da tradicional, conforme a Constituição de 1934, em uma experiência que se desenvolveu até novembro de 1937, quando o Estado Novo fechou todos os órgãos parlamentares do país.

No período de pouco mais de três anos compreendido entre o discurso de Vargas e a promulgação da Constituição, houve muitas indefinições sobre como essa representação das associações profissionais deveria ser incorporada ao Estado e o assunto ganhou a agenda, não havia ator que deixasse de se posicionar e de propor alternativas sobre como implementá-la, em: livros, artigos de revistas ou jornais; peças jurídicas, manifestos e declarações à imprensa. Ao fundamentar suas idéias, demonstraram estarem profundamente marcados pelas temáticas do Direito Público, Constitucional e das Ciências Sociais, em especial a partir do estágio que a cultura francesa apresentava naquele momento.

O artigo propõe-se a destacar a influência que a produção de origem francesa exerceu sobre os intelectuais brasileiros, envolvidos no debate sobre a representação das associações profissionais, com dois objetivos: mapear como a *intelligentsia* local leu essa produção e lançar novas luzes ao entendimento sobre o modo como se processou a discussão no país. Na primeira parte, destaca os principais argumentos e ponderações dos autores locais, sempre com ênfase aos vínculos com a França. Por fim, procura compreender os motivos pelos quais, entre as fontes possíveis de influência, a intelectualidade tenha se servido, prioritariamente, daquela oriunda da cultura francesa.

2. Elementos da influência francesa

Na discussão sobre a representação das associações profissionais, um nome se

destaca: Léon Duguit (1859-1928). Inspirado por Comte, Spencer e, principalmente, Durkheim, ele afirma que o fundamento do direito está na solidariedade humana, sendo este o resultado das necessidades da vida em sociedade. Mostra-se crítico dos fundamentos individualistas da teoria da soberania, tomados como metafísicos, e reivindica o reconhecimento dos grupos sociais. Para ele, o sindicato é uma forma avançada de recompor os laços entre indivíduos e Estado e garantir eficiência à vida coletiva.

Em 1895, quando a França discutia a composição do Senado, Duguit publicou um artigo no qual defendeu a representação política dos sindicatos, sob a alegação de que estes fazem parte da soberania nacional, ao lado dos indivíduos e partidos; logo, devem figurar nos órgãos decisórios. Ele arrolou um segundo argumento, o de que a complexidade das demandas apresentadas ao Estado exige um tipo de decisão mais qualificada, a qual pode ser obtida com um legislativo formado também pelas entidades. Nesse caso, destaca que a ação parlamentar desses representantes vai visar o bem comum, e não ser a mera defesa dos seus interesses particulares.

A síntese desse pensamento está em *Traité de Droit Constitutionnel* (DUGUIT, 1927, p. 753-75), um texto muito repetido pelos comentadores brasileiros, seja no original, seja em traduções feitas por eles, haja vista que a obra não chegou a ser editada em português. Mesmo aqueles que são reticentes ou contrários às suas idéias, acabam referenciando-o (AMADO, 1931; MIRANDA, 1932; RAO, 1933; VALVERDE, 1933; AZAMBUJA, 1933; MAGALHÃES, 1933; VIANA, 1933a; AZEVEDO, 1934; BRASIL, 1937; CASTRO, 1935), de tal forma que Evaristo de Moraes Filho (apud TAVARES, 1988, p. 130) afirma: “Duguit desempenhou o papel de um tirano no pensamento político e constitucional brasileiro. (...) Foi realmente um grande constitucionalista e teve ascendência sobre muitos dos nossos

teóricos políticos”. E arrisca uma explicação para esse fato: “as tendências positivistas de Duguit casavam-se facilmente com o nosso positivismo político e social, se não dominante, pelo menos subjacente. Estávamos preparados para absorver e aceitar, de certo modo, os ensinamentos do decano de Bordéus.”

Um dos autores que se mostra mais diretamente inspirado por essas idéias é Themistocles Brandão Cavalcanti (1978). Advogado, cujos estudos foram desenvolvidos parte no Brasil, parte na Inglaterra e na França, declarou ser leitor assíduo de Duguit, em cujas obras – *Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l'État* e *Souveraineté et liberté* – encontrou ensinamentos que o conduziram à convicção de que o estabelecimento de personalidade pública aos sindicatos é um meio de ampliar o processo de união social. (CAVALCANTI, 1978, p. 17) Em 1932-3, participou da equipe Subcomissão do Itamarati, a equipe responsável por redigir o Anteprojeto de Constituição apresentado à Constituinte. Algum tempo depois, em 1938, fez o prefácio e as anotações à edição brasileira do livro *Sindicalismo, corporativismo e Estado corporativo*, de Roger Bonnard, seguidor de Duguit³. Em todos esses momentos, procurou sustentar teoricamente a representação parlamentar das associações profissionais, apresentando argumentos retirados do autor, como se verifica neste excerto:

“sob o ponto de vista representativo de forças organizadas dentro do Estado, não há, efetivamente, como atribuir a essas entidades [as associações profissionais] menor significado do que o que se reconhece, nos regimes democráticos, às cidades, municípios ou a qualquer partido político, e ainda com a vantagem de constituírem as corporações organi-

³ A comprovar a velocidade do fluxo de informações entre a França e o Brasil nesse campo, a edição original havia sido publicada apenas um ano antes.

zações homogêneas e conscientes” (CAVALCANTI, 1938, p. 8).

O pensamento de Cavalcanti (1938) sintetiza uma corrente de pensamento que via de modo crítico a realidade brasileira, e que contava com nomes como Oliveira Vianna e Azevedo Amaral, além do Clube Três de Outubro, instituição política bastante atuante no período do Governo Provisório. Essa corrente não acreditava na eficácia da representação individual e do processo eleitoral, especialmente numa sociedade desarticulada, carente de opinião pública autônoma e dominada por relações clientelistas, como a brasileira. Por isso, sanear as eleições – o que para muitos resumiria a função da “revolução de 1930”, sintetizada no lema “representação e justiça”, formulado por Assis Brasil – seria uma medida apenas formal, que não teria condições de modificar a infra-estrutura, a partir da qual o país vivia uma representação política falsa. É nesse contexto que as proposições de Duguit sobre a participação política dos grupos sociais ganham tanto destaque: elas trazem uma alternativa para libertar o eleitor, atingir a representação verdadeira, preservar a instituição parlamentar e qualificar o processo decisório.

A sugestão da representação parlamentar das associações profissionais foi repudiada pela elite política e intelectual mais tradicional, em especial a paulista, que procurou combatê-la, tanto no plano político, quanto no das idéias. Isso implicava apontar as dificuldades teóricas e organizacionais da incorporação dos sindicatos aos órgãos legislativos, bem como reafirmar os valores clássicos da teoria da soberania nacional ou popular, a qual só reconhece os indivíduos como seus elementos constituintes. Esse confronto já vinha ocorrendo na França, no campo do Direito Público e do Direito Constitucional, envolvendo, de um lado, Duguit e, de outro, autores como Adhémar Esmein, Maurice Hauriou e Joseph Barthélemy, para citar os mais destacados. Caberia aos intelectuais bra-

sileiros, por decorrência, trazê-los para o contexto nacional.

Um dos textos mais influentes é o parecer *A Representação profissional ou de classes*, elaborado pelo Consultor-Geral da República Raul Fernandes, em novembro de 1932, a pedido do Governo Provisório. A influência se deve ao cargo que o autor ocupava, ao seu renome – ex-deputado federal, delegado brasileiro na Liga das Nações e consultor jurídico do Tribunal de Justiça Internacional de Haia (ABREU et al., 2001, p. 2143) e futuro relator-geral da Constituinte de 1933-4 – e ao significado político que o texto assumiu, depois de ser divulgado na imprensa e em revistas jurídicas, como a “Revista do Direito”, do Distrito Federal, e “Justiça, de Porto Alegre”. É nele, igualmente, em que mais se manifesta a influência francesa: o texto está integralmente baseado nessa cultura e, ao contrário daqueles realizados pelos demais autores, não apresenta referências substanciais ao panorama brasileiro.

Não surpreende que o parecer de Fernandes principie por criticar os fundamentos teóricos das idéias de Duguit. Ele o faz baseado nas ponderações de Esmein, apresentadas em *Éléments de Droit Constitutionnel français et comparé*. A primeira é que, “se à própria nação se desconhece uma vontade própria ou uma psicologia coletiva, como reconhecer tais atributos a grupo ou classes dentro da nação?” (FERNANDES, 1933, p. 275); portanto, outorgar representação às entidades significaria atribuir aos indivíduos que as compõem uma dupla representação. Segue-se que os colégios eleitorais devem ser frações do corpo eleitoral total,

⁴ O documento foi produzido num contexto político delicado para Vargas: de um lado, o Código Eleitoral de 1932 o autorizava a decidir sobre o assunto; de outro, a medida desagradava a setores importantes do país e poderia servir como catalisadora da oposição na futura Constituinte. Com o parecer, ele buscava respaldo jurídico, e por decorrência político, para implantar essa representação, porém não teve muito sucesso, pois Fernandes posicionou-se contrário à medida.

logo compostos por eleitores da mesma qualidade, o que exclui aquela alternativa. Com essas observações, Fernandes repercute o centro da controvérsia entre as escolas positivista e individualista ou subjetivista do Direito Público na França, pois as teses de Duguit se insurgem contra essa versão da teoria da soberania nacional apresentada por Esmein, um radical defensor dos princípios individualistas da Revolução de 1789 (PARROT, 1974, p. 118).

O Consultor-Geral faz uma longa citação, retirada de *La Crise de la Démocratie et les réformes nécessaires du pouvoir législatif*, de Émile Giraud, na qual este afirma: para que o parlamento seja a verdadeira imagem do país, não importa a grandeza numérica dos interesses, sim sua importância, pois “há milhões de franceses a que interessa infinitamente mais a perseguição de lebres ou as provas esportivas do que o futuro moral da humanidade”, e seria ridículo que esses ocupassem espaço político. Igualmente, deve prevalecer o critério das opiniões políticas mais do que o dos vínculos sociais, afinal, pouco importa que um comerciante seja representado por um médico, se este tiver as mesmas idéias; se o deputado também fosse comerciante, mas votasse contra os desejos do primeiro, este não se sentiria representado (GIRAUD apud FERNANDES, 1933, p. 277-278).

Restrição semelhante aparece no curso *Novas formas de organização política*, proferido por Vicente Rao, em setembro e outubro de 1933, na Faculdade de Direito de São Paulo, a partir da experiência de ter assistido, em Paris, ao curso de Direito Público Comparado, dirigido por Mirkine Guetzévich⁵ (ABREU et al., 2001, p. 4900). Ela indica que essa representação falharia porque o interesse profissional não

⁵ Em março de 1933, Rao prefaciara a edição brasileira do livro de Guetzévich (1933), *Novas tendências do Direito Constitucional*, a qual mereceu, diga-se de passagem, um prefácio escrito pelo próprio autor. A exemplo do livro de Bonnard, a edição original, em francês, havia sido publicada no ano anterior.

compreende todos os que estão em jogo na formação do Estado, visto que com ele concorrem outros, de gênero completamente diferente, tais como: religiosos, éticos e estéticos (RAO, 1933, p. 149). A inspiração vem de um excerto de “A Democracia”, de Hans Kelsen, e, para confirmar o mote desse artigo, a edição em questão é francesa – provavelmente a que estava acessível aos brasileiros, pois Victor Vianna, Magalhães e Cavalcanti também citam Kelsen, a partir do texto em francês.

Na segunda parte do seu parecer, Fernandes (1933) comenta as enormes e, segundo ele, insolúveis dificuldades encontradas para organizar essa representação na prática. Ele arrola a sugestão de Duguit, formulada em 1895, de que o espaço de participação das entidades econômicas deveria ser o Senado. Novamente, a solução não é aceita, pela impossibilidade de separar as questões de ordem política das demais, haja vista inexistirem as puramente econômicas; logo, essa segunda câmara seria artificial, não produziria os resultados pretendidos e ainda geraria um conflito, sem solução razoável, com a câmara política. Dessa vez, o autor buscado para contrapor-se a Duguit é Maurice Hauriou, no livro *Précis de Droit Constitutionnel*. Na seqüência, cita outras tentativas, segundo ele, pouco satisfatórias: a proposição de Charles Benoist, surgida em *La Crise de l'État moderne*, e as mudanças oferecidas por Henri Lambert a esse projeto, em artigo publicado na *Revue Politique et Parlementaire*.

Surpreendentemente, o Consultor-Geral não apresenta as críticas de Joseph Barthélemy, escritor que, a exemplo de Duguit, teve as suas ponderações repetidamente reproduzidas pelos brasileiros⁶. Gilberto Amado

⁶ Este é o caso de Darcy Azambuja, catedrático de Direito Público e Constitucional, na Faculdade de Direito de Porto Alegre, que publicou um livro, em 1933, chamado *A Racionalização da Democracia*. Aliás, as expressões “racionalização do Direito”, “do Estado” e do “poder”, assim como o nome de seu formulador, foram tantas vezes apresentadas como imperativas ao país e prova de conhecimento que Carlos Maxi-

(1931), em seu livro *Eleição e Representação*, é um dos intelectuais que tem Barthélemy como fonte primordial, ao cogitar a possibilidade de que a representação das associações profissionais viesse a ser instalada no parlamento de regimes democráticos. Contudo, ele afasta essa perspectiva, sob a alegação de que é impossível conciliá-las. Depois, afirma ter assistido a uma palestra do autor, em Paris, na qual este apresentou uma série de argumentos que comprovam ser impossível organizar com precisão os grupos de associações profissionais a serem representadas: primeiro, não há como designar esses grupos; depois, como dosar, de forma equânime, o espaço político de cada um deles; por fim, supondo que esses problemas fossem solucionáveis, não haveria como resolver satisfatoriamente a questão dos poderes que seriam atribuídos a esses representantes⁷ (AMADO, 1931, p. 130-132).

A derradeira estratégia aplicada contra a representação parlamentar das associações profissionais dedica-se a analisar as experiências implantadas no mundo ou as tentativas de fazê-lo. Fernandes (1933, p. 282) argumenta ser “um fato significativo que, nos países onde as novas instituições se fizeram sob o controle preponderante dos partidos da esquerda, essa inovação foi repelida”. O grande analista nessa questão, porém, é José Augusto, ex-deputado federal e ex-governador do Rio Grande do Norte, cujo livro *A representação profissional nas democracias*, de 1932, tornou-se referência, ao analisar os conselhos econômicos da Alemanha e da França, as ponderações

miliano, o Presidente da Comissão Constitucional na Constituinte e conhecido jurista gaúcho, deplorou o modismo em torno de Guetzévich, que ele classificou como “um vulgarizador inteligente, e mais nada” (MAXIMILIANO apud SILVA, 1969, p. 63). Azambuja (1933, p. 7), embora procure desenvolver a noção de “racionalização”, também reclama que o autor não a definiu de modo rigoroso.

⁷ Barthélemy já havia apresentado esses argumentos em livro escrito em parceria com Paul Duez, *Traité élémentaire de Droit Constitutionnel*, de 1926, e repetiria na obra individual, *La Crise de la démocratie contemporaine*, editada em 1931.

ocorridas na Espanha, sem contar o modelo de Estado fascista da Itália e a construção soviética. Mas a atenção dele também estava voltada a outras experiências, como as de Portugal, Tchecoslováquia, Hungria, Jugoslávia, Romênia, Polônia, Grécia e Japão. Ele segue três linhas: indica aqueles países que apenas especularam a inclusão da novidade, mas dela desistiram, como a Espanha; os que efetivamente a incluíram na Constituição, porém jamais a aplicaram, em função de mudanças na orientação política ou da impossibilidade de chegar a uma forma razoável, como a Áustria; e, finalmente, os que efetivamente a adotaram e não obtiveram êxito, caso da República de Weimar.

Com a confirmação da inexistência de exemplos bem sucedidos dessa experiência, José Augusto (1932) conclui que a forma mais recomendada para incorporar as entidades profissionais é o conselho técnico de apoio ao parlamento. Esta se concilia integralmente com o regime democrático e com as mudanças profundas do mundo, entre as quais se destacam a crescente importância dos assuntos econômicos e o advento do sindicalismo. E decreta, numa citação feita em francês, baseada em Dendias⁸, que o papel de tal instituição deve ser o de colaborar para que as leis econômicas e sociais tenham mais qualidade; para isso vai servir-se do conhecimento técnico de seus membros para examinar, durante o processo de elaboração pelo parlamento, o impacto dessa legislação (AUGUSTO, 1932, p. 66-67).

Os deputados constituintes paulistas, notadamente aqueles vinculados à FIESP, concordam parcialmente com José Augusto: condenam a representação deliberativa e apóiam os conselhos técnicos, mas propõem que esses organismos atribuam *status*

⁸ José Augusto não identifica a citação, nem fornece o prenome desse autor. Supõe-se tratar-se de Michel Dendias, que elaborou a tese *Le problème de la chambre haute et la représentation des intérêts, à propos de l'organisation du Sénat grec*.

público para as associações profissionais e se tornem arenas estratégicas, nas quais elas possam expressar os seus interesses, intervir no processo de definição do posicionamento dos conselhos e, em decorrência, também no processo decisório do parlamento.

Há um outro aspecto a ser considerado nesta proposta, sem o qual, os conselhos não poderiam ser aceitos pela FIESP: a necessidade da autonomia de organização e administração dos corpos sociais. Os industriais vinham, historicamente, propugnando o chamado “corporativismo privado”, inspirados pela vertente católica francesa, especialmente na versão de Brèthe de la Gressaye⁹, e pelas idéias do romeno Manoilescu, cujo livro, *O Século do corporativismo*, originalmente escrito em francês, foi editado no país, em 1938, com apoio da elite industrial¹⁰.

3. As razões da influência francesa

Registrada a influência, resta apontar os motivos pelos quais ela se verifica. Um dos caminhos indica que a opção por essa cultura era motivada, em grande medida, pela influência que ela exercia historicamente no país.

A elite intelectual brasileira fora formada em instituições francesas ou recebeu educação baseada no modelo desse país. O Colégio Pedro II, no Rio de Janeiro, apresentava um programa inspirado pela educação clássica francesa: humanista, conservadora e católica (NEEDEL, 1993, p. 75). O mesmo vale para a Escola Politécnica,

⁹ Sobre o corporativismo católico, ver: Boussard (1993). A respeito da sua influência na elite industrial, sugerimos o parecer elaborado por Cesarino Júnior, divulgado em A Constituição de 10 de novembro de 1937 e a organização corporativa e sindical. (1940).

¹⁰ Os industriais paulistas já haviam garantido a tradução, em 1931, de *Teoria do protecionismo*, do mesmo autor. A influência de Manoilescu, especialmente por sua posição favorável ao protecionismo e a um corporativismo dissociado do Estado, como base ao crescimento industrial nos países capitalistas periféricos, pode ser acompanhada em Love (1996).

berço dos engenheiros nacionais. E algumas das mais prestigiosas entidades de classe ou culturais do país, fundadas no século XIX, tinham a França como inspiradora, como: Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, Instituto dos Advogados do Brasil e, principalmente, a Academia Brasileira de Letras.

Na década de 1920, quando os primeiros esforços para o estabelecimento do modelo de universidade brasileira são desenvolvidos, com vistas a romper a tradição bacharelesca, e vincular ensino e pesquisa, a inspiração é francesa, como se verifica pela criação do Liceu Franco-Brasileiro ou pela série de palestras promovidas pelo Instituto Franco-Brasileiro de Alta Cultura (CARDOSO, 1982; LIMONGI, 2001). De fato, quando a Universidade de São Paulo é formada, nos anos 30, além de se basear no modelo das instituições daquele país, houve a chamada “missão francesa”, com professores trazidos para atuar na universidade, muitos dos quais se tornaram referência em suas áreas, caso de Fernand Braudel, Claude Levi-Strauss, François Perroux e Roger Bastide.

Da mesma forma, em sua maioria, essa intelectualidade conhecia o idioma e interessava-se pelas problemáticas vigentes em Paris, tinha o hábito de estar em contato com a literatura e a imprensa e recebia influência direta dos intelectuais e das linhas de pensamento lá forjadas, em especial o positivismo (HALLEWELL, 1985; PEIXOTO, 2001). Needell (1993, p. 230) sintetiza essa questão ao destacar que o gosto do leitor brasileiro era francófilo,

“é bom ter em mente o quanto a educação da elite era literária e francesa. (...) Em 1900, a elite já incorporara ao cotidiano o uso do francês e a familiaridade com a cultura francesa. Muitas mulheres da elite liam a literatura francesa; muitos homens da elite também o faziam. Na verdade, vários literatos escreviam e alguns até pensavam naquela língua.”

Sendo assim, era bastante razoável que a intelectualidade brasileira estivesse voltada para a França, quando precisasse observar, meditar e analisar uma problemática urgente para o país, como a da representação das associações profissionais.

No entanto, a influência francesa estava longe de ser um aspecto alheio a polêmicas. O engenheiro e deputado constituinte vinculado à Chapa Única por São Paulo Unido, Ranulpho Pinheiro Lima (BRASIL, 1937, p. 573), ponderou que a questão tinha aparecido no país como reflexo de um problema que só existia em países onde a evolução social já culminara no antagonismo alucinante entre as classes capitalista e trabalhadora, ou seja, tratava-se de uma dificuldade que pouco tinha a ver com a realidade nacional e era transformada em desafio pela intelectualidade local, dominada que estava por preocupações alienígenas. Por esse motivo, no Brasil, o tema existia apenas no plano intelectual e

“uma plêiade de escritores patrícios, conhecedores profundos dos mais recentes desenvolvimentos das ciências políticas e sociais, fez incorporar à bibliografia brasileira uma série brilhante de estudos que honram verdadeiramente a nossa intelectualidade” (BRASIL, 1937, p. 563).

A frase é irônica, pois, enquanto exalta o mérito intelectual desses escritores e o conhecimento que possuem do debate científico da época (a maior parte dele produzido fora do país), ela não enfatiza o conhecimento que esses têm da realidade nacional. Na lógica do autor, por isso ingressam em um debate que só serve para exaltar a capacidade deles de produzir juízos sobre questões teóricas. A crítica vai ainda mais longe e incorpora a denúncia da dissociação entre o “país real” e o “país legal”, apontada por Alberto Torres, nos anos 1910, e que vinha, desde então, sendo enfaticamente sustentada por Oliveira Vianna e pelos próprios defensores da representação parlamentar das associações profissionais.

Nesse caso, esses proponentes estariam incorrendo no mesmo erro que tanto denunciavam nos demais.

Ressalve-se, ainda, que Pinheiro Lima, defensor dos conselhos técnicos, teve o cuidado de arrolar apenas pensadores que, apesar de ingressarem numa discussão alheia à realidade nacional, não cometeram o erro de proporem a incorporação das entidades ao parlamento, uma solução duplamente equivocada: inadequada diante do problema gerador, bem como para o país.

A resposta a esse discurso foi apresentada pelo também deputado classista Abelardo Marinho, vinculado ao Clube Três de Outubro. Ele argumentou que, independentemente do estágio de desenvolvimento, nenhum país conseguiria ficar imune ao problema dos conflitos sociais, logo, o Brasil deveria pensar imediatamente em numa solução, que era a representação parlamentar das associações profissionais. Marinho destacou, ainda, que ela surgiria não como um modelo importado da Europa, mas sim como fruto da especulação de uma corrente autóctone de pensamento.

A francofilia da elite brasileira é uma motivação importante para explicar por que, ao discutir esse problema, ela buscou apoio no pensamento com essa procedência, visto que o contato com as correntes e as problemáticas daquele país fazia parte do cotidiano e do processo de formação dos intelectuais. Entretanto, por si só, não responde ao problema. Para conseguir tal intento, é preciso conjugá-la com outro aspecto: apesar de ser firmado por autores brasileiros e de estar calcado em argumentos apresentados durante a definição da questão no país, o debate nacional é perpassado por preocupações que se referem a um panorama apreendido também no plano da teoria e do quadro mundial.

Enfim, todos os participantes, independentemente do posicionamento, percebiam o problema gerador como de amplitude internacional e de grande atualidade, con-

seqüentemente, sentiam-se compelidos a apresentar os experimentos recentes de países europeus, como prova da correção de seus argumentos ou do equívoco de seus oponentes. Da mesma forma, há o conhecimento das idéias em voga na Europa, e não se trata de citações de segunda mão, os intelectuais brasileiros demonstram estarem a par dessa produção e de terem contato com as obras, como se pode verificar pelas citações de autores como Duguit e Barthélemy, aliás, em obras não traduzidas para o português.

Há um terceiro elemento: o encontro, na França, de idéias capazes de atender aos anseios dos autores brasileiros e de ajudá-los a fazer frente aos desafios da conjuntura do princípio da década de 1930. Em outras palavras: pela intimidade com a cultura e o idioma, somada à percepção do problema como um desafio teórico de âmbito internacional e intensa atualidade, a elite nacional teve a tendência a procurar na França os subsídios que a capacitariam a empreender o premente debate local em torno daquela questão. Mas haveria frustração e a provável continuidade da procura, se aquela cultura não estivesse apta a fornecer tais subsídios¹¹.

Nesse sentido, algumas condicionantes dos marcos em que se processou o debate nacional colaboraram para que o debate francês ganhasse tanta importância. De

¹¹ Um exemplo de quanto a produção intelectual de outros países estava disponível figura nesse comentário irônico de Oliveira Vianna (1991, p. 278-279), em torno da origem da legislação sindical do Estado Novo (que ele defendia como autenticamente nacional, ao contrário do Decreto 19.770, de 1931, que seria de inspiração francesa): “os tratadistas italianos de Direito Social e de Direito Corporativo nos eram todos conhecidos; entravam aqui as suas obras em copiosa abundância; rumas e rumas delas se acumulavam nas vitrinas dos livreiros. Havia mesmo casas especializadas na matéria, como a Livraria Boffoni, que passou a ser uma espécie de Meca de todos os interessados nestes assuntos, novos e fascinantes (...). Nas palestras dos técnicos e especialistas improvisados, que se comprimiam em torno dos balcões, faiscantes de vistosas lombadas, a língua italiana era quase tão falada quanto a portuguesa.”

um lado, ele se deu em torno de uma nova institucionalização jurídica, a ser definida em uma Constituinte, circunscrita a um conjunto de mudanças que deveriam privilegiar a retomada da estrutura fundamental do Estado (em especial a manutenção da autonomia entre os três poderes); razão por que foram consideradas inviáveis, excessivas ou simplesmente inadequadas experiências como as da União Soviética e do fascismo. Essas eram conhecidas e referenciadas, principalmente o caso italiano, porém sempre em um contexto de recusa, sem gerar maiores especulações. Aqueles que exaltavam tais alternativas compunham correntes radicais e minoritárias da intelectualidade, caso do Integralismo, e não possuíam perspectivas de influenciar a “revolução de 1930” e menos ainda o projeto da nova Constituição. Dessa forma, os autores brasileiros pareciam saber que não iriam encontrar as respostas para as dúvidas relativas a como organizar o processo legislativo na literatura referente a esses países. Um bom exemplo disso está em Gilberto Amado (1931), que avalia a experiência fascista como totalmente dissociada do conjunto de fórmulas razoáveis para os países democráticos, só possível em um regime extremamente autoritário, em que as assembleias têm função apenas consultiva. Apenas para reforçar o que se procura destacar, os comentários não são retirados de um livro italiano, e sim de uma longa citação indireta de *Précis de Droit Constitutionnel*, de Hauriou. (AMADO, 1931, p. 128)

De outro, o pensamento francês desenvolveu, a partir de 1890, uma nova sensibilidade coletiva: a representação parlamentar dos grupos passou a ser percebida como um complemento da idéia democrática moderna, tendo rompido com os discursos que a vinham reivindicando, desde o início do século XIX, em nome de propostas nostálgicas e retrógradas, aquelas que queriam restaurar o *Ancien Régime*, não aceitavam o final do período medieval ou a afirmação

dos princípios individualistas de 1789. A materialização dessa nova concepção foi propiciada pela discussão, já referida, em torno da composição do Senado, contexto em que surgem múltiplos projetos e modelos, todos buscando garantir, tecnicamente, uma representação a partir dos vínculos sociais, sem, com isso, romper com os fundamentos da democracia moderna (ROSANVALLON, 1989, p. 103-123). Desde então, a temática permaneceu na ordem do dia dos debates intelectuais e políticos franceses. Ela se incorporou, por exemplo, ao problema do reconhecimento e do modo de intervenção pública do sindicalismo e às discussões em torno das propostas corporativistas, as quais ganharam novo fôlego no período entre-guerras, tendo envolvido as mais diferentes correntes político-ideológicas¹².

Rosanvallon (1989, p. 103-123) evidencia, ainda, que a afirmação das Ciências Sociais, em especial a Sociologia e a Psicologia Social, ocorrida no final do século XIX, implicou o questionamento da ideologia individualista e a conseqüente valorização da representação das associações profissionais como uma alternativa de organização pública. Seguindo tal interpretação, Charriot (2002, p. 15) afirma que o crescimento dessa concepção nasce da elaboração de uma nova visão sociológica da sociedade, e dos vínculos desta com a teoria jurídica do sindicalismo e do Estado. Isso fica evidenciado no entrecruzamento das obras de Durkheim e Duguit. O autor aponta que, para melhor entender as primeiras experiências que associam formas sindicais ao exercício do poder no Estado, é preciso analisar as teorias jurídicas que fundam os princípios da representação na República francesa. Logo, arrola os principais nomes da Teoria Constitucional daquela época: Duguit, de um lado, Esmein, Hauriou e Barthélemy, do outro (CHATRIOT, 2002, p. 18-20).

¹² Para mais informações, ver: Elbow (1953), Parrot (1974); Boussard (1993).

O esforço empreendido pela intelectualidade brasileira, diante do mesmo desafio, foi exatamente esse, inclusive com a coincidência dos autores trazidos ao debate, como foi mostrado anteriormente. Nesse sentido, embora não elabore a questão pelo ângulo teórico – ao contrário de Fernandes (1933), Rao (1933), Amado (1931) ou José Augusto (1932) –, serve como um registro simbólico do caminho empreendido pela intelectualidade brasileira, um excerto da obra de Victor Viana, autor que se dedicou, no início da década de 1930, a comentar as novas constituições européias (Áustria, Espanha, Itália, Weimar). Ele prefere desprezar a idéia de Duguit simplesmente ao afirmar a menor importância dele, na comparação aos outros três constitucionalistas, como se segue:

“na França há várias provas de que esse corporativismo não tem o apoio da opinião. O sr. Léon Duguit propôs, de fato, no seu Direito Constitucional, a introdução desse meio de representação. Não é possível negar que o sr. Duguit é um dos grandes nomes entre os criadores do direito constitucional em França. Mas, acima dele, está Esmein, mais célebre, mais lido, mais escutado, mais citado e respeitável e ao lado dele estão Joseph Barthélemy e Hauriou. Pois esses três últimos constitucionalistas são contrários à representação de classes e conselhos técnicos que não sejam consultivos e se opõem a sua intromissão nos órgãos permanentes do Estado” (VIANA, 1933b, p. 105).

4. Conclusão

O texto abordou o debate intelectual, desenvolvido no Brasil, em torno da problemática da representação das associações profissionais. O assunto era de vivo interesse, tendo em vista a perspectiva de que a medida viesse a ser incorporada ao ordenamento jurídico. A discussão se deu em torno do modo como ele deveria ocorrer: se

com a atribuição de espaço parlamentar às entidades ou com a criação de organismos técnico-consultivos.

A elite intelectual brasileira sentia a necessidade de buscar inspiração na discussão teórica então desenvolvida pela cultura francesa, ao elaborar suas propostas, ao fundamentar suas idéias e ao apresentar exemplos do que defendiam. Isso porque, embora soubesse que vivenciava um problema local, vinculado à conjuntura “revolucionária” dos anos 1930, percebia-o como um desafio de amplitude internacional, ligado a questões teóricas maiores, como a do reconhecimento da existência de corpos intermediários entre os indivíduos e o Estado e a da discussão sobre como eles deveriam participar do processo de produção legislativa. Nesse sentido, ela teve a tendência de procurar respaldo na cultura internacional a que se sentia mais vinculada. Mais do que isso, ela o encontrou e o debate brasileiro reproduziu os aspectos principais da discussão francesa em torno dos fundamentos do direito público e constitucional.

De um lado estão aqueles inspirados em Duguit, que afirmam que os grupos sociais compõem a soberania nacional, portanto, devem participar, em igualdade de condições, com os indivíduos, sem que isso implique subverter a democracia. Do outro, autores que reafirmam os valores da teoria da soberania nacional ou popular, a qual só reconhece os indivíduos como seus elementos constituintes, logo, propõem, como medida alternativa, em função da impossibilidade de desconhecer a importância dessas instituições, que elas atuem em organismos consultivos, auxiliares do legislativo ou dos governos.

Deve-se lembrar, ainda, que os pensadores franceses não são simplesmente arrolados na disputa como prova de conhecimento ou argumentos de autoridade. As idéias são adaptadas às questões especificamente brasileiras, o que mostra que, além de atualidade e profundidade teórica, estes são percebidos pela elite local como

autores que podem ajudar a apontar soluções para o país. Dessa forma, na tentativa de garantir uma representação verdadeira, a presença das entidades no parlamento aparecia como uma alternativa eficaz, mais do que o saneamento das eleições, haja vista a crença na impossibilidade dos princípios individualistas em si ou na sua ineficácia, quando aplicados ao Brasil, por causa das características que este apresentava: ausência de organização social voluntária, do exercício autônomo e consciente do voto. Para os adeptos dos conselhos técnicos, o mesmo diagnóstico aparecia como justificativa contrária à representação parlamentar, pois esta, além de equivocada teoricamente e de impossível execução prática, refletia uma problemática e uma realidade alheias ao Brasil, ainda marcado por carência de organização coletiva e pelo acirramento da questão social.

Referências

- A CONSTITUIÇÃO de 10 de novembro de 1937 e a organização corporativa e sindical. São Paulo: [s.n.], 1940.
- ABREU, Alzira et al. (Coord.). *Dicionário histórico-biográfico brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001. 5 v.
- ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder*. São Paulo: Paz e Terra, 1988.
- AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Rio de Janeiro: Oficina Industrial Gráfica, 1931.
- AUGUSTO, José. *A representação profissional nas democracias*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1932.
- AZAMBUJA, Darcy. *A racionalização da democracia*. Porto Alegre: Globo, 1933.
- AZEVEDO, A. Fay de. *Democracia e parlamentarismo*. Porto Alegre: Centro de Boa Imprensa do Rio Grande do Sul, 1934.
- BARRETO, Alvaro. *Aspectos institucionais e políticos da representação das associações profissionais, no Brasil, nos anos 1930*. 2001. ? f. Tese (Doutorado em História) –Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2001.
- BARTHÉLEMY, Joseph. *La crise de la démocratie contemporaine*. Paris: Recueil Sirey, 1931.

_____. ; DUEZ, Paul. *Traité élémentaire de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1926.

BONNARD, Roger. *Sindicalismo, corporativismo e estado corporativo*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1938.

BOUSSARD, I. Les corporaristes français du premier vingtième siècle: leurs doctrines, leurs jugements. *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine*, Paris, n. 40, v. 4, oct./déc. 1993.

BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. 1934-1937. *Anais*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1937. 22 v.

CARDOSO, Irene. *A universidade da comunhão paulista*. São Paulo: Cortez, 1982.

CASTRO, Araújo. *A nova constituição brasileira*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1935.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Tópicos de uma história política. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, n. 21, v. 3, jul./set. 1978.

_____. *À margem do anteprojeto constitucional*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1933.

_____. Notas e comentários. In: BONNARD, Roger. *Sindicalismo, corporativismo e estado corporativo*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1938.

CHATRIOT, Alain. *La démocratie sociale à la française: l'expérience du Conseil national économique 1924-1940*. Paris: La Découverte, 2002.

DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Fontemoing, 1927. 2 t.

ELBOW, M. H. *French corporative theory, 1789-1948*. New York: Columbia University, 1953.

ESMEIN, Adhémar. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. 8. ed. Paris: Recueil Sirey, 1927.

FERNANDES, Raul. A representação profissional ou de classe. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, v. 107, fev./mar. 1933.

FERREIRA, Tânia Maria Tavares Bessone da Cruz. Bibliotecas de médicos e advogados do Rio de Janeiro: dever e lazer em um só lugar. In: ABREU, Márcia (Org.). *Leitura, história e história da leitura*. Campinas: Mercado de Letras, 2000.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Princípios de legislação social e direito judiciário do trabalho*. São Paulo: São Paulo, 1938.

GUETZÉVITCH, Boris Mirkine. *As novas tendências do direito constitucional*. São Paulo: Nacional, 1933.

HALLEWELL, Laurence. *O livro no Brasil*. São Paulo: T. A. Queiroz; Edusp, 1985.

LAMOUNIER, Bolívar. A formação de um pensamento autoritário na primeira república: uma interpretação. In: FAUSTO, Boris. *História Geral da civilização brasileira: o Brasil republicano*. São Paulo: Difel, 1979. 3 t. 2 v.

LIMONGI, Fernando. Mentores e clientelas da Universidade de São Paulo. In: MICELI, Sérgio (Org.). *História das ciências sociais no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2001.

LOVE, Joseph. *Crafting the third world*. Stanford: Stanford University, 1996.

MAGALHÃES, Agamenon. *O estado e a realidade contemporânea*. Recife: Diário da Manhã, 1933.

MIRANDA, Pontes de. *Os fundamentos atuais do direito constitucional*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1932.

NEDELL, Jeffrey. *Belle époque tropical*. São Paulo: Cia. das Letras, 1993.

PARROT, Jean-Philippe. *La représentation des intérêts dans le mouvement des idées politiques*. Paris: PUF, 1974.

PEIXOTO, Fernanda Arêas. Franceses e norte-americanos nas ciências sociais brasileiras (1930-1960). In: MICELI, Sérgio (Org.). *História das ciências sociais no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2001.

RAO, Vicente. Novas formas de organização política. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v. 29, 1933.

ROSANVALLON, Pierre. *Le peuple introuvable: histoire de la représentation démocratique em France*. Paris: Gallimard, 1998.

SERVA, Mário Pinto. *Diretrizes constitucionais para a constituinte de 1933*. São Paulo: A capital, 1933.

SILVA, Hélio. 1934, a constituinte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1969.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. *A constituinte de 1934 e a representação profissional*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

VALVERDE, José de Miranda. Parecer apresentado ao sobre a representação de classes na Constituinte. *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, p. 3-4, 18 fev. 1933.

VARGAS, Getúlio. *A nova política do Brasil*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1938a. 1 v.

_____. *A nova política do Brasil*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1938b. 3 v.

VIANA, Victor. *A constituição austríaca: a racionalização do poder e a representação de classes*. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1933a.

_____. *O regime fascista e a democracia: a utopia reacionária e as realidades brasileiras*. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1933b.

VIANNA, Oliveira Razões da originalidade do sistema sindical brasileiro. In: _____. *Ensaaios inéditos*. Campinas: Unicamp, 1991.

_____. *Problemas de direito corporativo*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1938.

O papel da categoria *sertão* no processo de construção da identidade nacional

Fins do século XIX e começo do XX

René Marc da Costa Silva

No apagar das luzes do século XIX, cresce, paralela à corrente um tanto ingênua do indianismo, uma outra tendência interpretativa do Brasil, que se pretendia mais “realista”¹ e que ficaria conhecida pelo seu particular “sertanismo”.

Neste momento, como nos diz Trindade Lima (1997, p. 16-17):

“O processo de formação de uma identidade nacional no Brasil esteve fortemente associado ao debate sobre a diversidade étnica, ou, se quisermos ser fiéis aos termos utilizados no final do século XIX e início do século XX, aos temas da raça e da mestiçagem. (...) No caso brasileiro, a desagregação do regime escravocrata e a transição para uma sociedade de classes representaria papel análogo ao processo de industrialização na formação das condições intelectuais favoráveis ao desenvolvimento do argumento sociológico na Europa. (...)”

¹ “Os literatos sugestionados pela voga realista esboçam um retrato mais cru e desesperançado do sertão, através de olhares que em sua opinião desvendaria a real e desencantada condição de vida do interior brasileiro. O sertão é despido da roupagem idílica que lhe forneceu o escritor romântico. Aqui já se pode detectar a emergência do sertão como um problema para a nação. A conversão da alteridade em um outro negativo, oposto à urbanidade litorânea. A diferença é enfatizada e percebida como um obstáculo, um foco de resistência de primitivismo.” (SOUZA, 1995, p. 11).

René Marc da Costa Silva é antropólogo e doutor em história. Professor de história e cultura jurídica do UniCEUB.

É possível afirmar que a abolição da escravidão desempenhou papel central na reflexão sobre a sociedade brasileira, dando relevo ao debate sobre a identidade nacional e a integração dos diferentes grupos sociais”².

No sertanismo, dentro desse debate, ainda que no lugar do índio se pusesse o mameluco, este ocuparia ainda o mesmo espaço ideológico ocupado pelo índio, utilizando um modelo narrativo semelhante, basicamente, à mesma estrutura discursiva do modelo indianista³. À diferença deste, o sertanismo apenas articulava à estrutura

²“Questões como raça e herança colonial assumem crescente importância nas controvérsias que marcam as três últimas décadas do século XIX e as três primeiras décadas do século XX. O deslocamento na ênfase do que seriam os ‘males do Brasil’ – herança colonial, composição étnica da população, ausência de políticas públicas nas áreas de educação e saúde, entre outros diagnósticos que se sucederam ao longo desse período – revelam a persistência do tema das bases sobre as quais construir a nação brasileira. O debate sobre identidade nacional marcou o pensamento social na escolha das temáticas, e no ângulo de reflexão escolhido por diferentes autores. Os estudos sobre a gênese de uma *intelligentsia* no Brasil tendem também a realçar o papel da abolição da escravidão e da instituição da República em seu processo de formação. Esses dois fatores engajariam na ação política filhos de famílias tradicionais, educados na Europa. (...) Também é deste período importante mudança no estilo de trabalho intelectual e na visão dos fenômenos histórico-sociais, que poderíamos associar à chamada geração de 1870. Tal mudança diz respeito ao deslocamento de uma concepção centrada no protagonismo de atores individuais, em favor de percepção mais abstrata e geral dos fenômenos coletivos.” (LIMA, 1997, p. 16-17).

³“Existe a preocupação fundamental do sertanismo, que vem, assim, substituir o indianismo, como aspecto formal e insistente na intenção de transfundir um sentido nacional à ficção romântica. Tal preocupação importa em condenar o quadro litorâneo e urbano como aquele em que a influência externa transparece, como um falso Brasil. Brasil verdadeiro, Brasil original, Brasil puro seria o do interior, o do sertão, imune às influências externas, conservando em estado natural os traços nacionais. Nesse esforço, o sertanismo, surgindo quando o indianismo está ainda em desenvolvimento, e substituindo-o ao seu declínio, recebe ainda os efeitos deste. Não é senão por isso que os romancistas que se seguem a Alencar, ou que trabalham ao mesmo tempo que ele, obedecem às influências do momento, e trazem o índio para as páginas de seus romances.” (SODRÉ, 1982, p. 323).

civilizado/não-civilizado outros elementos. Mais importante, entretanto, o papel marginal do índio é substituído pelo lugar deslocado do sertanejo⁴.

Na literatura, tanto quanto na historiografia de boa qualidade, os sertanistas submetem o sertanejo, da mesma forma que faziam com o índio, ao jugo da paisagem e pretendem diferenciar o ambiente pelo que existe de exótico no quadro físico – pela exuberância da natureza, o bucólico dos cenários e a grandiosidade dos quadros rurais. Mas, por outro lado, “isto é o Brasil”⁵, pretendem dizer; diferentemente do que se passa no ambiente urbano, que copia o exemplo exterior, que se submete às influências longínquas.

No âmbito da corrente sertanista, gestou-se, portanto, um pensamento dualista que percebia um país atrasado, doente, abandonado, isolado⁶ e incivilizado (porém, autêntico e vigoroso) em suas regiões interiores e outro no litoral, em franco progresso, intelectualmente cultivado e civilizado (contudo, artificial e parasitário).

Para Trindade Lima (1977), o pensamento dualista encontraria suas origens na fórmula intelectual delineada por Euclides da Cunha em *Da independência à República* e em *Os Sertões*. Para a mesma autora, o deslocamento, que na perspectiva de Euclides punha de lado uma visão eminentemente

⁴“Verificaram logo que o índio não tem todas as credenciais necessárias à expressão do que é nacional. Transferem ao sertanejo, ao homem do interior, àquele que trabalha na terra, o dom de exprimir o Brasil.” (SODRÉ, 1982, p. 323).

⁵“Um aspecto menos lembrado, entretanto, consiste na emergência de interpretações sociais preocupadas em diagnosticar as principais características do que se convencionou chamar de Brasil real e (...) promover uma articulação entre o processo de construção do Estado e o conhecimento e organização da sociedade.” (LIMA, 1997, p. 21).

⁶“As referências à nacionalidade e integração social consistem num tema central da corrente de pensamento que indicou a importância do dualismo entre litoral e interior, também preocupada com o tema dos excluídos, ainda que o qualificasse de outra forma, através de noções como isolamento e abandono.” (LIMA, 1997, p. 21).

racial dos problemas brasileiros, em prol de outra que apelava prioritariamente para entendimento e soluções basicamente sócio-políticas, punha em relevo uma metodologia em que a estrutura fundamental consiste em encontrar uma dicotomia a qual possa ser racionalmente atribuída a origem das crises, demarcar sua formação histórica e propor a alternativa política para a sua superação⁷. Isto é, no pensamento de Euclides, o que importava era identificar as razões do *atraso*, no sentido de procurar viabilizar a integração nacional (territorial e humana) sempre em função da *modernização*.

Todavia, o sertanejo ainda é o não-branco. Toda a originalidade do seu tipo especificamente americano, toda a força de seu temperamento nervoso, toda sua espontaneidade, todo o seu afastamento das malélicas influências vindas do exterior a que, no litoral, os brasileiros se encontravam expostos não elidem a questão fundamental: o diacrítico que permite ou proíbe, que possibilita ou impossibilita a qualquer elemento humano o papel de agente dinâmico no “evolutivo” processo civilizador no Brasil: tal diacrítico é indiscutivelmente a raça⁸. Nos finais do século XIX

⁷ “Nesse enquadramento, a idéia da existência de dois Brasis tenderia a ser vista a partir de uma concepção linear de tempo histórico, geograficamente representada pela idéia de uma porção de território estagnada, atrasada, e outra mais susceptível de receber a influência de correntes modernizantes.” (LIMA, 1997, p. 18-16).

⁸ “Porção indesejável e vergonhosa do Brasil, a descrição do sertão contraposto a litoral segue a dicotomia nós/outros aplicada pelo pensador abrigado nas cidades ou pelo aventureiro que se espanta com as observações de suas viagens ao interior do país. Os efeitos perturbadores do sertão sobre os pensadores do Brasil são acentuados com as explicações biológico-raciais que forneceram a pauta de reflexões sobre as possibilidades dos povos especialmente durante os novecentos. Pelas novas lentes de compreensão da sócio-genética, o sertão se converte em um exemplar do fenótipo suspeito. Retoma-se a característica da miscigenação ocorrida no interior entre brancos e índios como sinal indelével da degenerescência sertaneja. A impureza dessas populações destinavam-nas à existência social primária perniciososa ao resto do país. Aqui, a alteridade está fixada na distância mais radi-

e nos primeiros passos do XX, a categoria raça (e a ela sobrepondo-se relações como civilização/barbárie, cultura/natureza, atraso/modernidade) era ainda eixo fundamental em torno do qual giravam as principais interpretações da problemática nacional⁹. No contexto dessas influências e desse ambiente intelectual é que acabam reverberando, em Euclides da Cunha (1969, p. 96), ecos das teorias raciais hegemônicas de sua época. Este, depois de muito ressaltar as virtudes e o vigor proporcionados pela mistura racial que produziu o homem sertanejo, admite, entretanto, que:

“A mistura das raças mui diversas é, na maioria dos casos, prejudicial. Ante as conclusões do evolucionismo, ainda quando reaja sobre o produto o influxo de uma raça superior, despontam vivíssimos estigmas da inferior. A mestiçagem extremada é um retrocesso. O indo-europeu, o negro e o brasílio-guarai ou o tapuia exprimem estádios evolutivos que se fronteiam, e o cruzamento, sobre

cal, pois se comunica na linguagem essencializada da natureza genética. As determinações de sangue e cor são impossíveis de transformação. O sertão é o outro que abala a viabilidade étnica da nação. Diferença recusada no conceito de nacionalidade, mas parte distoante que não pode ser de todo negada.” (SOUZA, 1995, p. 11-12).

⁹ Lília M. Schwarcz (1993) assinala que, “nesse como em outros casos, a mestiçagem existente no Brasil não só era descrita como adjetivada, constituindo uma pista para explicar o atraso ou uma possível inviabilidade da nação. Ao lado de um discurso de cunho liberal, tomava força, em finais do século passado, um modelo racial de análise, respaldado por uma percepção bastante consensual” e, acrescenta, em defesa dos objetivos traçados para sua própria pesquisa, a influência que os modelos raciais tiveram no “pensamento científico”, num contexto de predominância social e intelectual do liberalismo em que “muitos estudos se detiveram na análise da relevância do liberalismo no Brasil de finais do século (COSTA, 1977; SCHWARZ, 1977; FAORO, 1977); poucos foram, porém, os trabalhos que com o mesmo cuidado refletiram sobre a influência que os modelos raciais tiveram na produção científica e cultural do período, ou na utilização paralela desses dois modelos [raciológico e liberal], a princípio excludentes.” (SCHWARCZ, 1993, p. 13-15).

obliterar as qualidades preeminentes do primeiro, é um estimulante à revivescência dos atributos primitivos dos últimos”.

Sem nenhuma surpresa, portanto, seria o próprio Euclides quem apontaria para as possibilidades futuras do processo de construção da civilização no Brasil pela mestiçagem, sem descartar, porém, como condição de seu pleno sucesso futuro, o embranquecimento.

“Não se extingue. A luta transmuda-se, tornando-se mais grave. Volve do caso vulgar, do extermínio franco da raça inferior pela guerra, à sua eliminação lenta; à sua absorção vagarosa, à sua diluição no cruzamento. E durante o curso deste processo redutor, os mestiços emergentes, variáveis, com todas as nuances de cor, da forma e do caráter, sem feição definida, sem vigor, e as mais das vezes inviáveis, nada mais são, em última análise, do que os mutilados inevitáveis do conflito que perdura, imperceptível, pelo correr das idades. É que neste caso a raça forte não destrói a fraca pelas armas, esmaga-a pela civilização” (CUNHA, 1969, p. 99).

Vários aspectos poderiam ser ressaltados neste pequeno trecho. Assinalaremos apenas o mais óbvio paradoxo que ele encerra. Encurralado pelas teorias evolucionistas e racistas européias e, em última instância, reagindo contra elas pela facilidade como afastavam o Brasil e seu povo das possibilidades de civilização, Euclides acaba por admitir a mestiçagem como retardadora e decadente¹⁰, ao mesmo tempo em

¹⁰ “Em outro nível, todavia, o livro [Os Sertões] era também uma condenação dos mestiços. Atribuía Euclides a rebelião em grande parte à instabilidade emocional do sertanejo e especialmente à personalidade ‘atávica’ do líder rebelde, Antônio Conselheiro. Como a maioria dos seus contemporâneos, Euclides não tinha uma definição satisfatória de raça. Acreditava numa hierarquia de raças, cada qual com suas características distintivas. A população brasileira, afirmava, tinha surgido de três linhas originais:

que faz dela, enquanto uma clara política de embranquecimento, a única possibilidade para se completar com sucesso o processo civilizacional brasileiro¹¹. Para Euclides da Cunha (1969), como fica luminosamente claro no trecho acima, *civilizar é diluir uns nos outros pelo cruzamento*¹².

Ou então, dito de forma mais clara, Euclides estabelece inequivocamente na sua obra que a possibilidade de acesso ao mundo histórico da civilização, isto é, sua porta de entrada, não é outra senão a da raça. Civilizar, para Euclides como para boa parte dos intelectuais que o antecederam, e também para muitos que o sucederam, é um atributo ou capacidade inerente a

branca, índia e negra. Assumia, depois, que cada raça poderia produzir, por si só, uma sociedade estável, embora em diferentes planos de civilização. O perigo surgia quando as raças se misturavam. Tal mistura produzia instabilidade pessoal e social. Mas disso jamais ofereceu qualquer prova. Às vezes simplesmente o afirmava, de outras louvava-se nos argumentos autorizados de cientistas sociais internacionais.” (SKIDMORE, 1976, p. 125).

¹¹ “Para ele, o Brasil enfrentava, assim, o mais sério de todos os problemas raciais: a miscigenação em larga escala. Expressava, no mesmo compasso, a preocupação comum da elite em termos científicos. Qual era - indagava a elite - a ligação entre o processo biológico de miscigenação e o processo histórico de construção da nação? Se a miscigenação originava instabilidade; quanto tempo levaria para chegar ao equilíbrio? Ou não se poderia esperar isso nunca? E, nesse caso, qual seria o resultado final? Embora nunca tomasse posição, explicitamente, em favor da evolução biológica de todo o país, Euclides previu implicitamente a aparição eventual de um produto homogêneo, que seria alguma coisa mais próxima da mistura índio-branco.” (SKIDMORE, 1976, p. 125-126).

¹² “Nos primeiros capítulos, analisou os dois fatores que os deterministas apontavam freqüentemente como grandes *handcaps* do Brasil: raça e clima. Pintou realisticamente os parcos recursos do sertanejo e as calamidades naturais que o assolavam. Aí estava a terra inóspita que Bucle tentara descrever, embora o problema fosse, naturalmente, a seca e não a precipitação excessiva, como havia pensado o inglês. Preocupado com a grande proporção da mestiçagem, tentou explicar o comportamento dos sertanejos pelas suas origens raciais, repetindo as doutrinas comuns à sua geração. Acreditava num processo zoológico que levaria a mistura racial ao equilíbrio - integração étnica - mas só depois de um número não especificado de gerações.” (SKIDMORE, 1976, p. 123-124).

determinada raça. A vitória desta, menos pelas armas, mas sobretudo pela diluição biológica e cultural, seria a chave para a vitória da civilização.

Trindade Lima (1997) parece não conseguir contornar essa problemática, quando reconhece que a oposição entre barbárie e civilização influenciou sobremaneira as idéias e ensaios sociais desenvolvidos por intelectuais latino-americanos de fins do século XIX e início do século XX. Exemplo apontado são as obras do argentino Domingos Sarmiento (1811-1888), especialmente em *Facundo* e *Viagens pelos Estados Unidos*. A autora assegura que sem aqueles conceitos seria impossível pensar a idéia do Brasil dividido entre duas civilizações, interpretação consolidada em *Os Sertões*, algo muito próximo à idéia de uma civilização de copistas, um dos sentidos conferidos pelo escritor brasileiro ao Brasil do litoral. Porém, acaba por conceder que:

“(...) à semelhança do debate sobre o papel da fronteira no caso norte-americano, o dualismo litoral/interior indica a ênfase nos aspectos de uma sociedade nova que se queira civilizar, muitas vezes de forma ambígua, mas preservando sua autenticidade. É possível estabelecer comparação entre a representação dos ‘sertões’ no pensamento social brasileiro e a da fronteira na história dos Estados Unidos. Em ambos os casos temos um espaço de contornos geográficos pouco definidos, representado como o lugar onde se desenvolve o mais típico da identidade nacional. Todavia, as duas experiências apresentam importante diferença, uma vez que, nos Estados Unidos da América do Norte, ‘teríamos como o movimento de fronteira a universalização do núcleo original de origem puritana, enquanto que, no Brasil, fronteira implicou, em grande parte, a simbiose de paisagens, pessoas e culturas’ (LIMA, 1997, p. 32-36, grifo nosso).

Nas primeiras décadas do século XX, as possibilidades de evolução da sociedade brasileira em direção à civilização e ao progresso, expressas pelas teorias do embranquecimento, postulavam como única alavanca do progresso a ultrapassagem dos obstáculos étnicos nacionais ou a diluição dos “problemas da raça”¹³. Para o sertanejo – que antes de tudo é o não-branco, é o mameluco, é o cafuso, é o caboclo –, os papéis civilizadores continuavam limitados. Ele é apenas fonte de virtudes originais, tanto maiores quanto mais próximas estiverem da natureza.

Thomas Skidmore (1976) aponta, já nas últimas três décadas do século XIX, um intenso processo de ataque às bases de conhecimento estabelecidas pela intelectualidade romântica conservadora e um revigoramento surgido principalmente por meio de uma juventude irrequieta e ansiosa por progresso¹⁴. Assim:

“(...) positivismo, evolucionismo e materialismo – temas absorventes da época – (...) eram estudados intensivamente. Lia-se, com ardor intelectual, Comte, Darwin, Haeckel e também Taine e Renan. Durante os primeiros anos, o feitiço do romantismo não foi de todo quebrado, mas já no começo da década de 70, Sílvio Romero e Tobias Barreto tinham lançado uma campanha feroz contra o indianismo e o ecletismo.” (SKIDMORE, 1976, p. 26).

¹³ Trindade Lima (1977), em seu trabalho supracitado, defende que, nas primeiras três décadas do século XX, ocorre um significativo deslocamento do eixo da discussão racial e climática dos problemas nacionais para debates que se concentravam em críticas e propostas políticas, sanitárias, de educação, sempre estimulando o Estado como agente fundamental na promoção das reformas necessárias à correção dos rumos da nação.

¹⁴ “O positivismo adquiriu força impositiva e se alastrou no Brasil por ter surgido no momento em que a mentalidade tradicional achava-se mais vulnerável à sua aceitação. O espírito crítico dos jovens estava maduro para a rejeição intelectualizante do catolicismo, do romantismo, do ecletismo associados à gerência da monarquia.” (SKIDMORE, 1976, p. 28).

Entretanto, progressismo, cientificismo, combate às idéias conservadoras do passado não eram, de maneira nenhuma, garantia de uma compreensão da sociedade a partir de uma perspectiva mais igualitária e mesmo do não desenvolvimento de novas e mais atualizadas imagens do Brasil, ainda excludentes, marginalizantes e essencialistas. Esses intelectuais eram, indiscutivelmente, conhecedores das teorias racistas que chegavam da América do Norte e Europa, embora suas implicações ainda não pudessem ser de todo caracterizadas. Joaquim Nabuco, por exemplo, não deixava dúvidas de que seu objetivo era um Brasil mais branco. Era claro ao dizer que, se tivesse vivido no século XVI, opor-se-ia à introdução de escravos africanos, da mesma maneira que rejeitava o plano da escravatura asiática.

O progressismo social e intelectual tinha, portanto, limites bem definidos. Importava, é claro, readequar o país e colocá-lo de acordo e em sintonia com o desenvolvimento industrializante burguês, que passava na Europa já pela sua segunda revolução. O ideário nacional correspondente a esse esforço foi construído de diversas formas, contudo continuou atrelado a um ideário e a uma política social de embranquecimento da massa populacional não-branca¹⁵ e a uma política intelectual de deliberado esquecimento.

Para Ortiz (1986), não passa despercebido o deslocamento que os processos históricos de modernização operaram nas reflexões sobre os problemas da nação rea-

¹⁵ "Não obstante, os abolicionistas brasileiros falaram sobre o papel da raça na História. A maioria deles previu um processo 'evolucionista' com o elemento branco triunfando gradualmente. Estavam preparados até para acelerar essa 'evolução', promovendo a imigração européia. (...) Nesse ponto, Nabuco foi surpreendentemente direto. O que os abolicionistas queriam, explicou ele em 1883, era um país 'onde, atraída pela franqueza de nossas instituições e pela liberalidade do nosso regime, a imigração européia traga sem cessar para os trópicos uma corrente de sangue caucásico vivaz, enérgico e sadio, que possamos absorver sem perigo ...'" (SKIDMORE, 1976, p. 40).

lizadas pelo pensamento social¹⁶. Todavia, subjacente aos debates e teses que abordavam os problemas nacionais do ponto de vista político, social e epidemiológico¹⁷, o autor enxerga o longo alcance do laço firme atado pelo pensamento conservador e raciológico legado pela tradição: "Sérgio Buarque e Caio Prado Jr. significam rupturas não tanto pela qualidade de pensa-

¹⁶ "Dentro desse quadro, as teorias raciológicas tornaram-se obsoletas, era necessário superá-las, pois a realidade social impunha um outro tipo de interpretação do Brasil." (ORTIZ, 1986, p. 40).

¹⁷ Nísia Trindade Lima (1997) assinala que, para "o movimento sanitário dos primeiros anos da República, a doença tornou-se símbolo da apatia do trabalhador rural e do descaso das elites políticas diante dos problemas nacionais. Em contraste com a experiência norte-americana, esse movimento enfatizou a irrelevância da raça como categoria explicativa para a doença. (...) As viagens realizadas pelos cientistas do Instituto Oswaldo Cruz durante o primeiro período republicano contribuíram para compor um retrato das áreas do interior em que as doenças são identificadas como a característica básica da nacionalidade. Este é o principal tema do movimento pelo saneamento rural, que alcançou grande visibilidade em fins da década de 1910. (...) Nas conferências, o que se destaca é, ainda, a responsabilidade das elites políticas e intelectuais neste esforço de integração da populações indígenas e sertanejas. (...) Dessa forma, as oposições entre litoral e sertão não seriam inconciliáveis, mas passíveis de solução através de um projeto nacional que incorporasse efetivamente o interior do país". (LIMA, 1997, p. 117, 99, 79, 73). Todavia, Lília Schwarcz (1993), em trabalho bastante detalhado, mostra nuances importantes desse processo e assinala que "a análise e comparação com a produção científica da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro permite perceber, por outro lado, como a discussão médica ganha ainda outro prumo. Nesse caso, trata-se de uma disputa de hegemonia na medicina, entendida, nesse momento, como uma prática profissional em processo de construção. Os médicos da faculdade do Rio de Janeiro buscavam sua originalidade e identidade na descoberta de doenças tropicais como a febre amarela e o mal de chagas, que deveriam ser prontamente sanadas pelos programas 'higienicos'. Já os médicos baianos farão o mesmo ao entender o cruzamento racial como nosso grande mal, mas, ao mesmo tempo, nossa suprema diferença. Ou seja, enquanto para os médicos cariocas tratava-se de combater *doenças*, para os profissionais baianos era o *doente*, a população doente que estava em questão. Era a partir da miscigenação que se previa a loucura, se entendia a criminalidade, ou, nos anos 20, se promoviam programas 'eugênicos de depuração'." (SCHWARCZ, 1993, p. 190).

mento que produzem, mas sobretudo pelo espaço social que criam e que dá suporte às suas produções. Gilberto Freire representa continuidade, permanência de uma tradição, (...) não há ruptura entre Sílvio Romero e Gilberto Freire, mas reinterpretção da mesma problemática proposta pelos intelectuais do final do século. Arthur Ramos dizia que para ler Nina Rodrigues bastava trocar o conceito de raça pelo de cultura. A afirmação pode talvez parecer simplista, mas creio que encerra um boa dose de veracidade. Gilberto Freire reedita a temática racial, para construí-la, como se fazia no passado, em objeto privilegiado de estudo, em chave para a compreensão do Brasil. Porém, ele não vai mais considerá-la em termos raciais, como faziam Euclides da Cunha ou Nina Rodrigues; na época em que escreve, as teorias antropológicas que desfrutaram do estatuto científico são outras, por isso ele se volta para o culturalismo de Boas.” (ORTIZ, 1986, p. 40-41).

O laço firme da tradição a que se refere Ortiz (1986) e que ainda não havia sido desfeito, ao contrário de se afrouxar, revigorava-se enquanto temática subjacente e subsumida no interior dos grandes debates nacionais – era a ideologia da mestiçagem¹⁸. O seu maior popularizador, Gilberto Freire – segundo Ortiz (1986) – transformou o caráter negativo do mestiço em positivo, isso permitiu completar finalmente os limites de uma identidade que há muito vinha sendo construída, principalmente, com as condições sociais diferentes em que a sociedade brasileira se encontrava. Os nortes do desenvolvimento já evidenciavam, notadamente para um Estado que se pretendia novo, as maneiras de orientar essas mudanças. O mito das três raças torna-se então factível e pode atualizar-se como ritual. “A ideologia da mestiçagem,

¹⁸ “É o tema da cultura brasileira, da mestiçagem, que é relevante para a discussão. Neste sentido cabe entendermos como a continuidade do pensamento tradicional se inscreve na descontinuidade dos anos 30.” (ORTIZ, 1986, p. 42).

que estava aprisionada nas ambigüidades das teorias racistas, ao ser reelaborada pode difundir-se socialmente e se tornar senso comum, ritualmente celebrado nas relações do cotidiano, ou nos grandes eventos como o carnaval e o futebol. O que era mestiço torna-se nacional (ORTIZ, 1986, p. 41)”.

Tais obras, fundadoras do moderno pensamento social brasileiro, como é o caso de “Casa Grande e Senzala” de Gilberto Freire (1981) e de outras também de grande importância, mas de menor *glamour*, como é o caso de “Marcha para o Oeste” de Cassiano Ricardo (1970), analisam com profundidade a sociedade patriarcal brasileira (ainda que, em Cassiano Ricardo (1970), essa sociedade patriarcal esteja representada e em formação no microcosmo da bandeira), que consideravam democrática¹⁹. Democrática,

¹⁹ Ainda que enfatizando os aspectos sócio-culturais, políticos e econômicos para a determinação das ações e dos processos sociais, Freire (1981) amarra-os sempre numa *última ratio* que tem, inequivocamente, um aspecto étnico subjacente. Os atributos sociais ou psicossociais que identificam as diversas etnias envolvidas no processo de formação social são, via de regra, essencializados, naturalizando as ações e os eventos que se tornam, assim, predeterminados. A formação conservadora, patriarcal, oligárquica e escravista do país, na obra de Freire (1981), é em tudo contrabalançada e amenizada por uma afetividade democrática oriunda de uma harmonia e cooperação racial que permeia todas essas relações sociais e determina seus desdobramentos. Assim, diz o autor: “por outro lado a tradição conservadora no Brasil sempre se tem sustentado do sadismo do mando, disfarçado em ‘Princípio de Autoridade’ ou ‘Defesa e Ordem’. Entre estas duas místicas – a da Ordem e a da Liberdade, a da Autoridade e a da Democracia – é que vem se equilibrando entre nós a vida política, precocemente saída do regime de senhores e escravos, doutores e analfabetos, indivíduos de cultura predominantemente européia e outros de cultura principalmente africana e ameríndia. E não sem certas vantagens: as de uma dualidade não de todo prejudicial à nossa cultura em formação, enriquecida de um lado pela espontaneidade, pelo frescor de imaginação e emoção do grande número e, de outro lado, pelo contato através das elites, com a ciência, com a técnica e com o pensamento adiantado da Europa. Talvez em parte alguma se esteja verificando com igual liberalidade o encontro, a intercomunicação e até a fusão harmoniosa de tradições diversas, ou antes, antagônicas, de

sobretudo pelos modelos relacionais que criam – estruturados e definidos a partir de critérios raciais –, pelas posições e papéis sociais que estabelecem e pelos valores e significados sociais que se originam deles²⁰. Na bandeira de Cassiano Ricardo, todos cooperam democraticamente, mas cada um tem o seu lugar determinado e fixo na organização social, estabelecido pela cor e pelos atributos sócio-culturais que dela advêm²¹.

Historiografia: a presença da tradição

Capistrano de Abreu (1976), apesar de em muitos aspectos afastar-se ou mesmo romper com a historiografia conservadora, não deixa de reverberar em suas obras a longa tradição de pensamento romântico²²,

cultura, como no Brasil. (...) Mas não se pode acusar de rígido, nem de falta de mobilidade vertical – como diria Sorokin – o regime brasileiro, em vários sentidos sociais um dos mais democráticos, flexíveis e plásticos.” (FREIRE, 1981, p. 52).

²⁰ “A bandeira nasceu, pois, num meio democrático, que lhe determinou uma composição democrática. Posto o grupo em movimento, para as suas incursões no mato antropófago e tenebroso, ocorrem aqueles fatos admiráveis já algures referidos: a divisão de trabalho em função de cada cor; o aproveitamento de todos os elementos humanos, mesmo dos que parecessem inúteis e até prejudiciais; a ‘classificação social dos mestiços pela posse da terra’; a hierarquização das cores na organização civil e militar do grupo.” (RICARDO, 1970, p. 322-323).

²¹ “(...) ‘vão brancos, pretos e muitos índios de que os paulistas se servem’ (democracia étnica). ‘... vão pobres e ricos, homens e mulheres, velhos e crianças, seculares e religiosos’ (democracia social). Tudo enquadrado e disciplinado (são palavras do autor de *Populações Meridionais*) pelo pulso de ferro de um Bartolomeu Bueno, de um Matias Cardoso, de um Borba Gato, de um Fernão Dias, de um Domingos Jorge. Não se sabe, na bandeira, o que mais admirar: se o que tinha de português na ambição ou espanhol na aventura; se o que tinha de mameluco no ímpeto guerreiro, na mobilidade e na desobediência; se o que tinha de cafuço na cooperação democrática, silenciosa e anônima; se o que tinha de africano no trabalho produtivo das lavouras, das faisqueiras e das minas.” (RICARDO, 1970, p. 323-324).

²² “Em 1907, Capistrano prosseguiu, com a publicação de outro importante volume, *Capítulos de História Colonial*, que substituiu o conceito de raça pelo de cultura, refletindo assim a mudança no

mesmo muito depois do traço romântico não mais existir formalmente no meio intelectual brasileiro. Os aspectos sociais da colonização do Brasil, presentes nas crônicas e na documentação colonial, foram objeto de menor preocupação do historiador cearense. Este concentrou-se em construir um modelo geo-histórico da ocupação portuguesa das Américas, partindo da dominância da natureza sobre a história humana. “O determinismo geográfico do cearense fez com que ele pensasse muito mais no ser humano como escravo absoluto da natureza, do que como escravo real. (...) não falar no escravo, como categoria social, e no regime servil, como base secular de nossa sociedade, era ‘elegante’ na época.” (LOPES, 1987, p. 103-104). Em Capistrano, o elemento civilizador inerente ao homem branco era indiscutivelmente dado “pelo princípio superior que representavam.” (ABREU, 1976, p. 80).

A “revolução científica” na historiografia, nas décadas de 20 e 30, também não passou ao largo de sofrer enorme influência desse discurso romântico, das bases discursivas legítimas que estabeleceu para quem quisesse falar com autoridade sobre a nação e sua identidade.

Nilo Odália (1997) discorre longamente sobre esse período de transformações na nossa produção historiográfica, assinalando que a difusão do cientificismo europeu na “corrente sangüínea” de nossa história tem por objetivo desenvolver os “anticorpos necessários para que o organismo da Nação em formação possa eliminar, no processo de desenvolvimento, as moléstias devidas à natureza, à estrutura racial e à experiência histórica do colonialismo. Ciência e consciência fundem-se nessa visão histórica em que o elemento primeiro é o compromisso com a elaboração das bases da Nação e da identidade nacional”. Todavia, apesar disso, para o autor:

pensamento antropológico que triunfou nos Estados Unidos e na Europa entre 1900 e 1930.” (SKIDMORE, 1976, p. 120).

“As formas de que se revestem as aproximações sucessivas ao tema não chegam a diferenciar os objetivos finais a que se pretende chegar. A leitura atenta das obras de Sílvio Romero, Oliveira Vianna e Gilberto Freire mostra que seus esforços para delimitarem ou definirem um homem brasileiro não podem ser diferenciados pelos objetivos finais. Cada um deles contribui com análises e argumentações, cuja sofisticação teórica ou metodológica pode variar, mas elas sempre reafirmam, por mais especiosas que possam ser, a opção feita: uma sociedade européia, basicamente, com traços diferenciais indianizantes ou africanizantes, os quais não põem em risco, em nenhum momento, a opção maior. As formas variam, ganhando em alguns casos – por exemplo, a análise de Gilberto Freire da contribuição do negro, centrando-se sobre o escravismo – maior profundidade, mas nunca chegam a opor à opção feita inicialmente uma nova opção. Elas são formas variáveis que se dirigem ao mesmo, uma sociedade branca, européia. A preocupação com uma sociedade branca e européia nasce no século XIX. A permanência dessa preocupação durante as primeiras décadas do século XX deve ser creditada ao fato de que o Brasil como nação não parecia uma realidade irreversível. Os problemas herdados da colônia não haviam sido satisfatoriamente resolvidos; os conflitos, reais e latentes, em regiões não suficientemente integradas ao todo da Nação, eram ainda suficientemente expressivos para pôr em dúvida a viabilidade do Brasil como Nação” (ODÁLIA, 1997, p. 22-23).

Evidentemente que o impacto da influência tardia romântica na historiografia brasileira (e mesmo de modelos interpreta-

tivos anteriores ao romantismo) variou de autor para autor, obedecendo a preferências de estilo, particularidades ideológicas e muitos outros aspectos. Todavia, sua permanência concreta, subjacente, no nosso meio intelectual deixou marcas efetivas tanto em autores entendidos como conservadores ou reacionários quanto naqueles vistos como progressistas. Clóvis Moura (1990, p. 36), num interessante estudo sobre a trajetória de nosso “pensamento historiográfico cientificista”, assinala com muita acuidade que a produção historiográfica brasileira, quer na colônia, império e república, foi instrumento ideológico dos senhores de escravos, e, posteriormente, mecanismo racionalizador da estrutura que se formou após a abolição, “(...) quando o negro egresso das senzalas foi ocupar as grandes franjas marginalizadas que existem até hoje, sendo usado o preconceito de cor, subjacente, para justificar o imobilismo social em que a população negra e não-branca de um modo geral se encontra”.

Esse aspecto “racionalizador” da estrutura que se formou após a abolição pode ser encontrado em autores reconhecidamente menos conservadores. Em Caio Prado Jr. (1986, p. 275), por exemplo, a incapacidade do elemento não-branco em se tornar agente civilizacional e compor, portanto, o núcleo dinâmico do processo de construção da civilização brasileira se dá pelo fato de que: incorporou à colônia, ainda em seus primeiros instantes, e em proporções esmagadoras, um contingente estranho e heterogêneo de raças que beiravam ainda o estado de barbárie, e que em contato com a cultura superior de seus dominadores, se abastardaram por completo.

Fica clara aqui, portanto, a inversão. No pensamento de Caio Prado (1986), é o estado de barbárie a que estavam próximos esses elementos antes mesmo de serem trazidos para o país (“um contingente estranho e heterogêneo de raças que beiravam ainda o estado de barbárie”) e não o regime de escravidão a que foram submetidos –

o qual apenas completa o que já estava dado originalmente – o responsável pelo “abastardamento” dessas populações. As condições de sua inferioridade não foram dadas pela escravidão, elas já existiam antes da própria escravidão ser-lhes impingida (de certa forma, é essa condição primeva de “inferioridade” que torna compreensível, para quem lê, o advento da escravização dessa gente negra).

Apesar de o vocabulário de Prado Júnior (1986) ser explicitamente “marxista”, não escapa da dicotomia estabelecida entre aqueles que estão próximos ou foram engolidos pela natureza, índios e negros, tão próximos da irremediável animalidade, e aqueles que cruzaram a linha da civilização, da cultura e da humanidade. Em algumas passagens de sua obra talvez mais influente, *Formação do Brasil Contemporâneo*, são claros os traços de um “culturalismo genético” de inspiração Freiriana²³.

²³ Caio Prado (1986) praticamente reproduz o argumento de Gilberto Freire no que tange às particularidades do intercurso sexual entre as raças na história do Brasil. Nestes discursos, as índias se entregavam indiferente e passivamente ao português que, por sua vez, demonstrava toda sua virilidade e impetuosidade de ganhão. Prado diz: “aliás, particularmente no caso da índia, é notória a facilidade com que se entregava, e a indiferença e passividade com que se submetia ao ato sexual. A impetuosidade característica do português e a ausência total de freios morais completam o quadro: as uniões mistas se tornaram a regra”. (PRADO JÚNIOR, 1986, p. 109). O parentesco intelectual de Prado com Freire, nesse aspecto, é indisfarçável. Freire diz sobre o mesmo tema que, “atraídos pelas possibilidades de uma vida livre, inteiramente solta, no meio de muita mulher nua, aqui se estabeleceram por gosto ou vontade própria muitos europeus do tipo que Paulo Prado retrata em traços de forte realismo. Garanhões desbragados.”; e ainda que a miscigenação “vem, segundo parece, das primeiras uniões de europeus, desgarrados à toa pelas nossas praias, com as índias que iam elas próprias oferecer-se ao amplexo sexual dos brancos”; ou que “o europeu saltava em terra escorregando em índia nua; os próprios padres da Companhia precisavam descer com cuidado, senão atolavam o pé em carne.(...) As mulheres eram as primeiras a se entregarem aos brancos, as mais ardentes indo se esfregar nas pernas desses que supunham deuses. Davam-se ao europeu por um pente ou um caco de espelho.” (FREIRE, 1981, p. 21, 47, 93).

A obra de Prado (1986) é conhecida por apresentar como fator determinante do “abastardamento” dessas populações não apenas a violência da escravidão como instituição social e econômica, como também os múltiplos traços de nossa herança colonial, que no seu entendimento concorreram para a subordinação histórica da população negra no país. Todavia, o trecho supracitado ilumina uma tensão que, acredito, esteja presente em toda a sua obra e, tal como indica Odália (1997), está presente também em muitos outros autores. Nesses, segundo Odália (1977), “a herança colonial é lida naquilo que parece mais importante no processo de construção do país. Em uma leitura, o colonialismo português no Brasil tem como aspecto relevante o fato de transmitir à Nação emergente um modo de produção escravista, que tanto quanto no período colonial, permite sua unidade. Em outra, essa estrutura econômica é quase totalmente ignorada ou, então, é assimilada a uma de suas conseqüências, a estrutura racial – realidade mais visível e palpável”, e mais à frente acrescenta, todavia, que “é sobre a estrutura de classes que vão convergir todos os esforços de interpretação da nossa história de parte significativa dos intelectuais brasileiros do século XIX e das primeiras décadas do século XX, demonstrando de maneira eloqüente que, em primeiro lugar, uma opção de sociedade já havia sido feita, tendo como paradigma a sociedade européia, e, em segundo, que essa opção era também uma forma de integração a essa sociedade” (ODÁLIA, 1997. p. 18-19).

É nessa assimilação da estrutura econômica da escravidão com a estrutura racial – esta, obviamente, uma das conseqüências da escravidão, e não produtora dela –, é nessa indiferenciação que em muitas ocasiões se vê envolvido o pensamento de Caio Prado (1986)²⁴, o que termina por obrigá-lo,

²⁴ A miscigenação histórica no Brasil tem, nesse sentido para Prado Jr., um papel fundamental de civilização e de construção da nação brasileira. Esta

não raras vezes, a enxergar os principais problemas nacionais como problemas políticos e econômicos imersos em questões basicamente de raça. Por ser assim, a miscigenação aparece para ele também como caminho de solução de muitas das questões fulcrais do país²⁵.

Euclides, Capistrano e Caio Prado são alguns dos grandes nomes sobre os quais repercute, no século XX, um esquema de interpretação do Brasil em parte tributário de uma estrutura discursiva conformada no período romântico brasileiro, em que as imagens sobre a nação brasileira e a cons-

tribuiu muito mais do que qualquer sistema de leis ou de civilização para integrar as populações nativas no modelo civilizacional português. Aliás, graças ao amálgama unificador das raças é que foi possível a formação da nacionalidade brasileira. Civilização e nacionalidade são, portanto, uma questão própria ao processo evolutivo das raças. É o próprio Caio Prado quem diz: "porém, mais do que qualquer lei ou sistema de civilização, contribuiu para a absorção da população indígena que habitava o território brasileiro antes da vinda do colono branco, ou de pelo menos de parte dela que não foi pequena, o cruzamento das raças. (...) A licença de costumes, que sempre foi a norma no Brasil-Colônia (...) teve ao menos esta contribuição positiva para a formação da nacionalidade brasileira: e graças a ela que foi possível amalgamar e unificar raças tão profundamente diversas, tanto nos seus caracteres étnicos como na posição relativa que ocupavam na organização social da colônia". (PRADO JÚNIOR, 1986, p. 98).

²⁵ "A mestiçagem, que é o signo sob o qual se forma a nação brasileira, e que constitui sem dúvida o seu traço característico mais profundo e notável, foi a verdadeira solução encontrada pela colonização portuguesa para o problema indígena." Ou então, "a mestiçagem, signo sob o qual se formou a etnia brasileira, resulta da excepcional capacidade do português em se cruzar com outras raças. É a uma tal aptidão que o Brasil deveu a sua unidade, a sua própria existência (...) graças a ela; o número relativamente pequeno de colonos brancos que veio povoar o território (...) pôde impor seus padrões e cultura à colônia, que mais tarde, embora separada da mãe-pátria, conservara os caracteres essenciais da sua civilização." (PRADO JÚNIOR, 1986, p. 98, 107). Aqui, novamente, o Brasil deve sua unidade e existência à miscigenação. Por ela também (portanto, por uma questão de raças) é que, no entender de Prado Jr., o branco português conseguiu impor seus padrões de cultura e civilização. Mais uma vez, no pensamento de Prado Jr. fica patente que civilizar é mestiçar, é miscigenar.

trução da identidade nacional foram providas basicamente a partir de algumas balizas naquele momento definidas.

É evidente que aqui não se pretendeu confundir ou indiferenciar as diversas, e por vezes antagônicas, perspectivas ideológicas, de estilo ou teórico-metodológicas específicas de cada um desses autores e outros tantos que, acreditamos, foram influenciados (em maior ou em menor grau) por um esquema romântico herdado de interpretação do Brasil, particularmente no que concerne à participação do contingente populacional não-branco no processo de arranjo, acomodação e estabelecimento das bases simbólicas e ideológicas de fundação da nação e da identidade nacional.

Todavia, muitas vezes as variações de pressupostos, a diversidade de posturas ideológicas e a multiplicidade de pontos de partida teórico-metodológicos se viram aproximados por fios invisíveis, que se constituíam precisamente em marcos e limites dentro dos quais essas diferenças poderiam se expressar, sem escapar, no entanto, a um mesmo campo discursivo.

Tais fios invisíveis, balizas, fronteiras ou fundamentos, dentro dos quais ainda se movimentou, nas primeiras décadas do século XX, grande parte do moderno pensamento social brasileiro, concentravam-se num reduto ainda muito pouco atacado pela reflexão crítica no interior do meio intelectual brasileiro. Mais precisamente, a dimensão étnica nesse pensamento – que nos inícios do século XIX definira e redefinira as bases sobre as quais seria legítimo falar ou expressar a "essência" do país, o caráter, o *ethos* da jovem nação brasileira e de seu povo (ou ainda definir qual perfil e qual povo este país queria ou precisava, para os objetivos escolhidos e projetados para a nação) – nunca foi ultrapassada nos limites que a estrutura discursiva romântica estabeleceu como legítimos²⁶. Nestes,

²⁶ "O discurso culturalista da etnicidade encontrou solo fértil para seu florescimento na América Latina. (...) Estes são alguns dos tantos modelos interpretati-

o não-branco, independentemente de seus atributos e qualidades, ocupa sempre um lugar periférico, marginal ou invisível, e a ele não é permitido desempenhar um papel de destaque no processo civilizacional projetado para a nação e caracterizado pelo pensamento social.

O não-branco contribui para esse projeto, no máximo, com suas qualidades sensuais ou atributos “culturais naturalizantes”, essencializados, que permitem a ele, talvez, ocupar um lugar de destaque como figurante no grande espetáculo civilizacional brasileiro, mas nunca o posto de protagonista. Suas experiências históricas de construção de um modelo de civilização alternativo, inadequado ou incompatível com aquele definido pelo pensamento social romântico brasileiro do século XIX, foram descartadas, diminuídas, ou simplesmente esquecidas até tardiamente no meio intelectual brasileiro.

Exemplos outros poderiam ser multiplicados aqui para demonstrar esse fato; tanto sobre obras consideradas fundadoras nesse pensamento, quanto para os autores considerados vulgarizadores²⁷. Malgrado

vos da cultura e da identidade latino-americana com base no ideologema da mestiçagem que surgem a partir dos anos 20 com o objetivo de reivindicar o mestiço e a mestiçagem e postular a cultura latino-americana como ‘cadinho de raças’ de onde sairia uma cultura (racializada) capaz de eliminar o conflito entre os opostos, entre os antagonismos tradicionais, como região/nação, branco/não-branco, (neo)colônia/metrópole, cidade/campo, civilização/barbárie. Contudo, subjacente a todos estes modelos, encontra-se a idéia de raça biológica travestida em etnicidade ou em classe social. Um outro ponto de suma importância é que em todos estes ideogramas acontecem simultaneamente uma *culturalização da raça* e uma *racialização da cultura*.” MARTINEZ-ECHAZÁBAL, 1996, p. 112).

²⁷ Urbino Vianna (1935, p. 46-48) diz que “o São Francisco representa na história da pátria esta feição característica: caldeou em suas margens as três raças, dando como produto o tipo inconfundível do ‘barranqueiro’. Dahi procede este mixto que não é nem heroe nem bandido, e ao mesmo tempo nos parece ambas as cousas; e nós lhe chamamos ‘jagunço’. (...) é a criação necessária ao senhor, fazendeiro ou proprietário de terras para agredir e combater; sabidamente um tipo da plebe.” E na pág. 48 acrescenta: “o sangue que lhe

todas as enormes diferenças já mencionadas entre os autores abordados, repito, a imagem que os esquemas interpretativos do Brasil deixaram do lugar e do papel, da vasta participação e contribuição na história do Brasil das populações e dos elementos não-brancos é indiscutivelmente a que reproduz Affonso de Taunay (1975, p. 22): “Encetava-se a era das filas de índios carregadores de mercadoria entre o planalto e o litoral, cuja vida miserável valeria, um século mais tarde, tremenda objutória de Antônio Vieira.”

Nestes esquemas, o não-branco é o eterno carregador de caixas e mercadorias. Das suas experiências históricas coletivas conscientes – quer sob o regime escravista como escravo, quer sob o regime escravista, como livre, liberto, ou quilombola, quer como camponês ou como pequeno empreendedor livre – nunca foi retirado elemento cultural ou civilizacional que pudesse orientar, definir, redefinir ou contribuir efetivamente para o projeto de nação brasileira e sua identidade nacional. Sua contribuição e seu papel civilizador no processo simbólico e ideológico de construção da sociedade brasileira é frequentemente entendido como nulo ou, quando muito, menor e secundário. Boa parte dos melhores trabalhos historiográficos sobre não-brancos no sertão refletem, até hoje, essa tendência interpretativa.

corre nas veias vem de cruzamentos desordenados e multiformes do áfrico, na sua variedade de caracteres moraes, com o indígena, o branco e os mestiços deste, mulatos e mamelucos, criando os carijós, cafuzos, curibocas e pardos, mais e mais complicando a heterogênea sociedade de mestiços que há-de dar, no seio da propriedade territorial”. Wilson Lins (1983, p. 23-24) não deixa dúvidas também de sua filiação intelectual e presta tributo a Euclides da Cunha dizendo: “o sertanejo São-Franciscano, com sua pele brônzea, seus olhos oblíquos, é o mais autêntico representante dos primeiros cruzamentos na terra recém-descoberta. É ele o mais velho exemplar humano no concerto das raças e sub-raças que povoam o país. (...) Uma raça forte, nascida no dizer de Euclides, ‘de um amplexo feroz de vitoriosos e vencidos’, isto é, do português dominador e do índio dominado, não quer abrir mão do direito secular de ser a primeira no vale.”

Referências

- ABREU, J., Capistrano. *O Descobrimento do Brasil*. Rio de Janeiro/Brasília, Civilização Brasileira/MEC, 1976.
- COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. São Paulo: Gryalbo, 1977.
- CUNHA, Euclides da. *Os Sertões*. Rio de Janeiro, Edições Ouro, 1969.
- FAORO, Raimundo. *Os donos do poder*. Porto Alegre: Globo, 1977.
- FREIRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala*. Rio de Janeiro, José Olímpio, 1981.
- LIMA, Nísia Trindade. *Um Sertão Chamado Brasil – Intelectuais, Sertanejos e Imaginação Social*. Rio de Janeiro, Tese de doutoramento apresentada ao Instituto Universitário de Pesquisa – IUPERJ, 1997.
- LINS, Wilson. *O Médio São Francisco – Uma Sociedade de Pastores e Guerreiros*. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1983.
- LOPES, Luis Carlos. *O Espelho e a Imagem – O Escravo na Historiografia Brasileira (1808 – 1920)*. Rio de Janeiro, editora Achiamé, 1987.
- MAIO, Marcos Chor e SANTOS, Ricardo Ventura (Orgs.). *Raça, Ciência e Sociedade*. Rio de Janeiro, Editora Fiocruz, 1996. Pág.
- MOURA, Clóvis. *As Injustiças de Clío – O Negro na Historiografia Brasileira*. B. Horizonte, Oficina de Livros, 1990.
- ODÁLIA, Nilo. *As Formas do Mesmo*. São Paulo, Unesp, 1997.
- ORTIZ, Renato. *Cultura Brasileira e Identidade Nacional*. São Paulo, Brasiliense, 1986.
- PRADO JR. Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo, Brasiliense, 1986.
- RICARDO, Cassiano. *Marcha para o Oeste*. Rio de Janeiro, José Olímpio, 1970.
- SCWARZ, Roberto. *Ao vencedor as batatas*. São Paulo: Duas Cidades, 1977.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O Espetáculo das Raças – Cientistas, Instituições e Questão Racial no Brasil (1870 – 1930)*. São Paulo, Companhia das Letras, 1993.
- SKIDMORE, Thomas E.. *Preto no Branco – Raça e Nacionalidade no Pensamento Brasileiro*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1976.
- SODRÉ, Nelson Werneck. *História da Literatura Brasileira*. São Paulo, editora Difel, 1982.
- TAUNAY, Affonso E. *História das Bandeiras Paulistas*. Tomo I, Vol. I, São Paulo, Melhoramentos/MEC, 1975.
- VIANNA, Urbino. *Bandeiras e Sertanistas Baianos*. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1935.
- VIDAL E SOUZA, Candice. *A Pátria geográfica – Sertão e Litoral no Pensamento Social Brasileiro*. Goiânia, Editora UFG, 1995.

Medidas Provisórias

O quadro normativo no Brasil e o processo de edição

Eduardo Martins de Lima, Matheus Faria Carneiro e Juliana Marinho de Oliveira

Sumário

1. Podem os Estados, Distrito Federal e os Municípios editar Medidas Provisórias? 2. O quadro normativo para a edição de Medidas Provisórias por Estados, Distrito Federal e Municípios no Brasil. 3. O conteúdo das Medidas Provisórias editadas pelos Estados. 4. Considerações finais.

1. Podem os Estados, Distrito Federal e Municípios editar Medidas Provisórias?

A atual Constituição brasileira de 1988 consagra o princípio da separação de poderes de Montesquieu (1799) em seu artigo 2º ao estabelecer que: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A Carta de 1988, ao se referir aos poderes, diz serem independentes e harmônicos entre si, porém, não há que se falar em separação estática desses poderes e, sim, pressupor que a independência e a harmonia os levam a uma cooperação e colaboração recíprocas, tendo em vista a atuação em prol do bem comum, e que podem existir interferências de um poder no outro. Nesse caso, admite-se, por exemplo, a participação do Executivo no processo legislativo por meio da apresentação de projetos de leis, da sanção ou veto, da edição de Medidas Provisórias; a participação do Legislativo propondo emendas ou rejeitando os projetos e os próprios vetos apresentados

Eduardo Martins de Lima é mestre em Ciência Política (UFMG), doutor em Sociologia e Política (UFMG) e professor titular da Universidade FUMEC.

Matheus Faria Carneiro formou-se em Direito pela Universidade FUMEC em 2006.

Juliana Marinho de Oliveira é estudante de Direito da Universidade FUMEC.

pelo Executivo; bem como a declaração de inconstitucionalidade de lei por parte do Poder Judiciário.

A Medida Provisória é uma espécie de ato normativo primário excepcional no sistema da Constituição da República, pois, entre outros fatores, os pressupostos de relevância e urgência (CF, art. 62, *caput*) restringem sensivelmente a competência presidencial para sua edição (a esse respeito, veja-se LIMA et al, 2004).

Com efeito, um Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º) estruturado na forma da teoria da separação dos Poderes (CF, art. 2º) demanda um processo democrático para a formação das leis que irão reger a vida em comum dos seus concidadãos, razão pela qual o Poder Legislativo deve ser “no mínimo co-partícipe efetivo da tarefa legislativa, cabendo-lhe (...) a tarefa precípua de emprestar à legislação a ser adotada o caráter pluralístico típico das casas parlamentares.” (CARVALHONETTO, 1992, p. 15).

Nesse diapasão, o constituinte de 1988 adotou a Medida Provisória como instrumento excepcional diante dos mecanismos ordinários do processo legislativo, condicionando o exercício da competência presidencial para sua edição aos pressupostos de relevância e urgência (CF, art. 62, *caput*), e limitando, assim, sua utilização a casos absolutamente graves, imprevisíveis e que demandem imediato enfrentamento por parte do Poder Executivo Federal¹.

O artigo 62 da Constituição ressalta que o Presidente da República somente poderá editar Medidas Provisórias caso estejam presentes os pressupostos de relevância e urgência, entendidos como cláusulas abertas e gerais.

No entanto, não há nenhuma vedação expressa à edição de Medidas Provisórias (MPs) pelos Governadores de Estado e Distrito Federal e Prefeitos de Municípios.

¹ A este propósito, veja-se: MELLO, 1997, p. 27; DANTAS, 1991; MELLO FILHO, 1990; MÜLLER, 2000; RAMOS, 1994, p. 141 et seq.

A esse respeito, ainda que não haja vedação expressa, é considerável a polêmica na doutrina brasileira acerca da possibilidade de edição de MPs por Estados e Municípios. De um lado, estão os que assumem uma interpretação ampliativa do dispositivo da Constituição do país que concede o poder excepcional de editar Medidas Provisórias diante de relevância e urgência e consideram que tanto os governadores quanto os prefeitos podem editar Medidas Provisórias, estando entre eles Leon Frejda Szklarowski (2002), Brasilino Pereira dos Santos (1993) e Alexandre de Moraes (2006).

De outro lado, estão os que assumem uma interpretação restritiva daquele dispositivo da Constituição e acreditam que somente o presidente da República pode editar Medidas Provisórias, tais como José Afonso da Silva (2005), Michel Temer (2003) e Antônio Benedito Pinto (2003).

Entre os que defendem a adoção de Medidas Provisórias por Estados e Municípios, o argumento principal é que, pelo princípio da simetria, segundo o qual aplicam-se aos Estados e Municípios as mesmas regras previstas constitucionalmente para a União, salvo se houver disposição expressa em contrário, a adoção daquele ato normativo seria viável.

O art. 25 da Constituição brasileira é bastante claro a propósito do assunto ao dispor, no *caput*, que: “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”. Além disso, o § 1º deste artigo prevê que “são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”.

A própria Constituição, no § 2º do mesmo artigo 25, prevê, também, que “cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação”. Ou seja, por via transversa, admite-se que os Estados, a exemplo do presidente

da República, podem editar Medidas Provisórias, ainda que haja restrição no caso de exploração de gás canalizado. Seria incoerente dirigir essa restrição ao Presidente da República em dispositivo que trata somente de atividade exclusiva de outros partícipes da Federação que não a União ou, ainda, impor uma proibição específica quanto à utilização pelos Estados-membros de instrumento legislativo cuja instituição lhes fosse vedada.

A Constituição federal garante a autonomia dos Estados, o que pode ser evidenciado na reconhecida capacidade de sua auto-organização, de sua autolegislação, de seu autogoverno e de sua auto-administração expressos nos artigos 18, 25 e 28.

Saliente-se que a mesma Constituição silencia-se a respeito do assunto no tocante à sua adoção pelos demais entes federativos. A vedação, quando existe, tem de ser expressa e as limitações não podem se ampliativas.

Nessa linha de raciocínio, se o presidente pode adotar Medida Provisória como instituto legislativo excepcional, também podem os governadores de Estados-membros desde que haja previsão em suas Constituições. Dessa forma, os princípios e limitações relacionados à Medida Provisória editada pelo Chefe do Executivo da União teriam que ser aplicados ao contexto estadual.

Observe-se, porém, que “[...] a possibilidade vai depender do que disserem as constituições estaduais e as leis orgânicas, não sendo auto-aplicável pelos estados-membros e pelos municípios o art. 62 da Constituição Federal, dado seu caráter excepcional”. (PEDRA, 2001, p. 174).

A edição de Medidas Provisórias pelos Estados foi aceita pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Adotou-se a orientação fixada pela Corte no julgamento da ADI 425-5/TO (BRASIL, 2004, p. 18):

“Podem os Estados-membros editar medidas provisórias em face do princípio da simetria, obedecidas as

regras básicas do processo legislativo no âmbito da União (CF, artigo 62). Constitui forma de restrição não prevista no vigente sistema constitucional pátrio (CF, § 1º do artigo 25) qualquer limitação imposta às unidades federadas para a edição de medidas provisórias. Legitimidade e facultatividade de sua adoção pelos Estados-membros, a exemplo da União Federal”.

Além disso, em conclusão de julgamento, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores – PT (ADI 2391/SC), na qual se objetivava a declaração da inconstitucionalidade do art. 51 da Constituição do Estado de Santa Catarina (art. 51 – Em caso de relevância e urgência, o Governador do Estado poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato à Assembléia Legislativa, que, estando em recesso, será convocada extraordinariamente no prazo de cinco dias.), como se pode ver a seguir:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 51 E PARÁGRAFOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ADOÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA POR ESTADO-MEMBRO. POSSIBILIDADE. ARTIGOS 62 E 84, XXVI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EMENDA CONSTITUCIONAL 32, DE 11.09.01, QUE ALTEROU SUBSTANCIALMENTE A REDAÇÃO DO ART. 62. REVOGAÇÃO PARCIAL DO PRECEITO IMPUGNADO POR INCOMPATIBILIDADE COM O NOVO TEXTO CONSTITUCIONAL. SUBSISTÊNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DO COMANDO EXAMINADO, PRESENTE EM SEU CAPUT. APLICABILIDADE, NOS ESTADOS-MEMBROS, DO PROCESSO LEGISLATIVO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA QUANTO ÀS MEDIDAS PROVISÓRIAS. NECESSIDADE DE PREVISÃO NO TEXTO DA CARTA ESTADUAL E DA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS E LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELO MODELO FEDERAL. 1. Não obstante a permanência, após o superveniente advento da Emenda Constitucional 32/01, do comando que confere ao Chefe do Executivo Federal o poder de adotar medidas provisórias com força de lei, tornou-se impossível o cotejo de todo o referido dispositivo da Carta catarinense com o teor da nova redação do art. 62, parâmetro inafastável de aferição da inconstitucionalidade argüida. Ação direta prejudicada em parte. 2. No julgamento da ADI 425, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19.12.03, o Plenário desta Corte já havia reconhecido, por ampla maioria, a constitucionalidade da instituição de medida provisória estadual, desde que, primeiro, esse instrumento esteja expressamente previsto na Constituição do Estado e, segundo, sejam observados os princípios e as limitações impostas pelo modelo adotado pela Constituição Federal, tendo em vista a necessidade da observância simétrica do processo legislativo federal. Outros precedentes: ADI 691, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.06.92 e ADI 812-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ 14.05.93. 3. Entendimento reforçado pela significativa indicação na Constituição Federal, quanto a essa possibilidade, no capítulo referente à organização e à regência dos Estados, da competência desses entes da Federação para 'explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação' (art. 25, § 2º). 4. Ação direta cujo pedido

formulado se julga improcedente". (BRASIL, 2007).

Na atualidade, seis Estados brasileiros prevêem em suas constituições a edição de Medidas Provisórias pelos seus governadores: Santa Catarina, Acre, Tocantins, Piauí, Paraíba e Maranhão. Nas próximas seções deste artigo, apresentaremos os pressupostos constitucionais para sua edição, as regras para tramitação no legislativo e o assunto abordado pelas diversas Medidas Provisórias já editadas em cada Estado.

Com relação à adoção de Medidas Provisórias especificamente pelos Municípios, há três correntes doutrinárias. A primeira afirma que, se houver previsão de tal possibilidade pelo Governador na Constituição de determinado Estado em que se localiza um Município, a Lei Orgânica deste poderá incluir a Medida Provisória no processo legislativo municipal. No entanto, se a Constituição Estadual não contiver tal disposição, a Lei Orgânica não a poderá prever, considerando o art. 29 da Constituição Federal, como observa Adriano Sant'Ana Pedra (2001).

A segunda corrente doutrinária defende que, ainda que a Constituição Estadual não contemple a previsão de Medidas Provisórias no âmbito do Estado, os prefeitos podem editá-las desde que a Lei Orgânica autorize esses atos, como é o caso de Anderson Sant'Ana Pedra (2001). O autor pondera que o Município pode adotar a MP, independentemente do que dispuser a Constituição Estadual respectiva, considerando a autonomia municipal, por sua vez garantida pela Constituição Federal; do contrário, ofender-se-ia o princípio republicano e o pacto federativo.

A terceira corrente doutrinária defende a hipótese de o prefeito editar Medidas Provisórias a despeito de a própria Lei Orgânica não conter previsão nesse sentido. Moacyr de Araújo Nunes (2003, p. 382) observa que:

"Importância ainda maior está na hipótese de o Município ter editado

as medidas provisórias antes da promulgação de sua Carta Própria – LOM e em matérias diferentes da abertura de crédito extraordinário. Seguramente entendemos que a aplicabilidade é imediata. Não há que pensar quanto à obrigatoriedade de editar-se primeiramente a lei Orgânica dos municípios para que se possa adotar as medidas provisórias nos Municípios”.

Renata Domingues Oliveira (2006) cita o caso do prefeito de Indaiatuba, no Estado de São Paulo, que

“editou, antes da promulgação da Lei Orgânica Municipal, três medidas provisórias sobre matéria tributária: nº 1/89, nº 2/89 e nº 3/89, convertidas em lei em 12 de janeiro de 1990, com as seguintes numerações, respectivamente: 2.570/90, 2.571/90 e 2572/90. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual nº 11.643-0/0, referidas medidas provisórias e as leis em que se converteram foram julgadas inconstitucionais em 24 de abril de 1991. O relator desembargador Carlos Ortiz consignou que ‘a excepcionalidade da medida conduz à restrição relativamente ao seu agente, ou seja, só o Presidente da República poderá editá-la, não o Governador do Estado, ou o Município’. De acrescentar que a inconstitucionalidade dessas medidas provisórias restou também reconhecida pelo fato de versarem sobre matéria tributária e terem sido editadas sem que houvesse amparo na Constituição do Estado de São Paulo e tampouco autorização expressa na Lei Orgânica Municipal, a qual ainda nem havia sido promulgada naquela data”.

Apesar da polêmica, constata-se a existência de casos singulares em que se assiste à edição de Medida Provisória por prefeito de município localizado em Estado que não a prevê em sua Constituição, como é o caso

de Pirapora em Minas Gerais, como se verá adiante. Assim como se tem conhecimento de Município que conta com LO que prevê a edição de Medida Provisória por parte do prefeito em Estado que também a adota para uso de seu governador, como é o caso de Ingá na Paraíba, como veremos em seções seguintes deste artigo.

Entre os que discordam da possibilidade de edição de Medidas Provisórias por Estados-Membros, argumenta-se que a Medida Provisória é uma exceção ao Princípio da Separação de Poderes e, por isso, deve ser usada nos estritos limites da Lei: somente o presidente da República pode editá-la. Salienta-se, ainda, que a Constituição anterior, no art. 188, parágrafo único, proibia expressamente a adoção de Decretos-lei pelos Estados. Assim sendo, essa restrição deve se manter em relação às Medidas Provisórias, inclusive para os Municípios.

Para Michel Temer (2003, p. 146):

“[...] as medidas provisórias só podem ser editadas pelo presidente da República. Não podem adotá-las os Estados e os Municípios. É que a medida provisória é exceção ao princípio segundo o qual legislar compete ao Poder Legislativo. Sendo exceção, a sua interpretação há de ser restritiva, nunca ampliativa”.²

Aliando-se a esse argumento, José Afonso da Silva (2005, p. 553) diz que:

“Achamos ponderável o argumento de que, sendo exceção ao princípio da divisão dos poderes, só vale nos limites estritos em que foram elas previstas na Constituição Federal: ou seja, apenas no âmbito federal, não se legitimando seu acolhimento nem por Estados, nem nos Municípios”.

Deve-se ressaltar o caso específico do Estado de São Paulo, cujo Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o ins-

² Temer reformulou sua posição adotada até a oitava edição de seu livro, quando defendia que seria possível a adoção de Medidas Provisórias por Estados e Municípios.

trumento Medidas Provisórias não pode ser utilizado pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. O Tribunal, diante de argüição de inconstitucionalidade de autoria do Procurador-Geral do Estado em face de leis de conversão de Medidas Provisórias municipais, pronunciou-se assim:

“Estabelecida a *medida provisória* como providência excepcional em caso de urgência e relevância, não se pode reputar processo legislativo inserido dentre os que se inspiram nos princípios constitucionais a serem necessariamente observados pelos Municípios. A excepcionalidade da medida conduz à restrição relativamente ao seu agente, ou seja, *só o Presidente da República poderá editá-la, não o Governador do Estado, ou o Município.*

Em caso contrário, aí, sim, estariam burlados os princípios constitucionais, a partir da independência e harmonia dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (CF, art. 2º).

Observe-se que as determinantes de urgência e relevância no plano estadual ou municipal não são quase as mesmas do plano federal, como as relativas ao sistema econômico, por exemplo, que sugerem a adoção das medidas.

Seria temerário que se pudesse deixar a arbítrio de alcaides a edição de medidas provisórias nos municípios mesmo que houvesse autorização legislativa federal, estadual ou municipal”. (BRASIL, [19--]; Cf, CHIELSA, 2003, p. 142, grifo do autor).

2. O quadro normativo para a edição de Medidas Provisórias por Estados, Distrito Federal e Municípios no Brasil

No Brasil, dos vinte e seis Estados e o Distrito Federal, somente seis Estados incluíram em suas Constituições o instituto da Medida Provisória (MP): Santa

Catarina, Tocantins, Acre, Piauí, Paraíba e Maranhão³. Em todos eles, as constituições estaduais reproduzem quase que textualmente os dizeres da Constituição Federal sobre o assunto, que prevê que, em caso de “relevância e urgência”, o presidente pode adotar o uso de Medidas Provisórias⁴. No caso desses Estados, as Constituições dispõem que o Governador poderá adotar Medidas Provisórias com força de lei, devendo submetê-las, imediatamente, à Assembléia Legislativa, que, se estiver de recesso, será convocada, extraordinariamente, para se reunir no prazo de cinco dias. Cabe observar que essas constituições não se atualizaram após a Emenda Constitucional 32/2001, que reviu toda a tramitação das Medidas Provisórias no Congresso Nacional.

Ademais, nas Constituições dos seis Estados, as Medidas Provisórias integram o processo legislativo e são competências privativas do Governador. Essas Constituições dispõem, ainda, que as Medidas Provisórias perderão eficácia, desde a edição, caso não se transformem em lei no prazo de trinta dias a partir de sua publicação.

Contudo, devem-se assinalar peculiaridades existentes em dois casos. No Piauí, o § 4º do art. 75 da Constituição prevê que a Medida Provisória só poderá ser editada em “caso de calamidade” – o que significa uma clara restrição ao contexto sócio-político necessário para que o Chefe do Executivo possa editar Medidas Provisórias.

³ Só se teve conhecimento de que o Estado do Maranhão também adota a edição de Medida Provisória pelo governador no encerramento da pesquisa, razão pela qual não se analisou o contexto legal (Constituição estadual e Regimento Interno da Assembléia Legislativa) para sua edição e não se teve acesso aos conteúdos das Medidas Provisórias editadas. Saliente-se que o Estado incluiu a Medida Provisória no processo legislativo a partir da Emenda Constitucional nº 038, de 30 de janeiro de 2003.

⁴ A seguir os artigos das Constituições estaduais que dispõem sobre a edição de Medidas Provisórias: em Santa Catarina, o assunto é disciplinado nos arts. 48, 51 e 71; em Tocantins, nos arts. 25, 27 e 40; no Acre, nos arts. 52, 78 e 79; no Piauí, nos arts. 73 e 75; na Paraíba, nos arts. 61, 63 e 86; e no Maranhão, nos arts. 40, 42 e 64.

Em Santa Catarina, por sua vez, o § 2º e o § 3º do art. 51 da Constituição vedam a edição de Medida Provisória sobre matéria que não possa ser objeto de lei delegada e a reedição na mesma sessão legislativa, bem como vedam a edição de Medida Provisória não deliberada ou rejeitada pela Assembléia Legislativa, respectivamente.

Quanto ao prazo de validade, observa-se que, no Piauí, Santa Catarina e Tocantins, esse prazo está estipulado na Constituição do Estado em trinta dias.

Em termos de tramitação, pode-se perceber uma variação considerável entre cinco Estados. Em *Santa Catarina*, as previsões constitucionais estabelecem limitações muito precisas quanto à edição de Medidas Provisórias. Elas, necessariamente, devem se referir aos mesmos conteúdos das Leis Delegadas, o que é o mesmo que dizer que não podem abordar matérias de competência exclusiva da Assembléia, conteúdos reservados a lei complementar e nem a legislação sobre planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. O trâmite da Medida Provisória é detalhado por normas inseridas no Regimento Interno (RI) da Assembléia Legislativa (arts. 307 a 314) e está centrado inicialmente na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), que examina sua admissibilidade parcial ou total. Em seguida, vai a plenário e, se não for aprovada sua admissibilidade, a MP será arquivada e o presidente da Assembléia editará um Decreto Legislativo declarando-a insubsistente e fará a devida comunicação ao Governador do Estado. Do contrário, sendo admitida pelo plenário, a Medida Provisória será encaminhada à comissão de mérito específica, para, no prazo de duas reuniões, apresentar o projeto de conversão em lei, receber emendas e emitir parecer. Esgotado esse prazo, o projeto é encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça, que tem o prazo de duas reuniões para emitir parecer sobre o projeto e as emendas. Devolvido à Mesa, o projeto é incluído em pauta para figurar na Ordem

do Dia da sessão subsequente, para discussão e votação em turno único. É importante observar que o RI, § 6º do art. 311, para agilizar a tramitação da Medida Provisória, não admite requerimento de adiamento de discussão ou de votação da proposição, nem tampouco apresentação de emenda em Plenário. Aprovado o projeto de conversão da Medida Provisória em lei sem alteração do mérito, será a Lei promulgada pelo Presidente da Assembléia. No caso de aprovação da proposição com alterações em seu texto, será ela encaminhada à sanção do Governador do Estado.

Faltando cinco dias para o término do prazo previsto no art. 51 da Constituição do Estado de Santa Catarina⁵, de acordo com o art. 312 do RI, a matéria será incluída na pauta e constará da Ordem do Dia da sessão subsequente, que será prorrogada automaticamente até a decisão final. Se no início do prazo de que trata o *caput* deste artigo não tiver sido apresentado o projeto de conversão em lei da Medida Provisória, a Mesa o elaborará.

Nos casos de não admissibilidade da Medida Provisória, de rejeição parcial ou total do seu projeto de conversão em lei ou, ainda, de não deliberação por parte da Assembléia, no prazo determinado no art. 51, § 1º, da Constituição do Estado, de acordo com art. 313 do RI, a Comissão de Constituição e Justiça elaborará projeto de decreto legislativo, estabelecendo os efeitos jurídicos decorrentes durante o período de sua vigência.

Por fim, conforme previsto no art. 314 do RI, a Medida Provisória não delibera-

⁵ Art. 51 – Em caso de relevância e urgência, o Governador do Estado poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato a Assembléia Legislativa, que, estando em recesso, será convocada extraordinariamente no prazo de cinco dias.

§ 1º - As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias a partir de sua publicação, devendo a Assembléia Legislativa disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes (grifo nosso). [...]

da, ou se rejeitado o respectivo projeto de conversão em lei, não poderá ser reeditada no todo ou em parte na mesma sessão legislativa, facultada a sua apresentação na forma de projeto de lei.

No *Tocantins*, a Medida Provisória inicia sua tramitação pela Comissão de Constituição Justiça e Redação (CCJR) e, ao mesmo tempo, segue para as comissões envolvidas com o seu mérito. É aberto o prazo de três dias para a apresentação de emendas, sendo admitidas as que guardem perfeita identidade com a matéria contida na proposição original do Governador, caso contrário as comissões as rejeitarão. As comissões poderão emitir parecer pela aprovação total ou parcial ou pela alteração da Medida Provisória ou por sua rejeição e, ainda, pela aprovação ou rejeição de emenda a ela apresentada, devendo concluir, quando resolver por qualquer alteração de seu texto: pela conversão da proposição em projeto de lei; pela aprovação de projeto de decreto legislativo, disciplinando as relações jurídicas decorrentes da vigência dos textos suprimidos ou alterados. As comissões têm o prazo de oito dias para se pronunciarem. Ao ser devolvida a proposição à Mesa Diretora e publicado parecer no Diário Oficial do Estado, será incluída na Ordem do Dia para deliberação na sessão imediatamente subsequente. Em plenário, a Medida Provisória será submetida a turno único de discussão e votação, se não houver emendas. Vencido o prazo de oito dias para as comissões se pronunciarem e não havendo parecer, a proposição será incluída na Ordem do Dia, de ofício, pelo presidente da Assembléia. Esgotado o prazo a que se refere o § 4º do art. 27 da Constituição Estadual⁶ sem deliberação da Assembléia

⁶ Art. 27. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça do Estado, ao Procurador-Geral de Justiça, aos Cidadãos, na forma e nos casos previstos na Constituição Federal e nesta Constituição.

[...] § 4º As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no

sobre a Medida Provisória, a Comissão de Constituição, Justiça e Redação elaborará projeto de decreto legislativo disciplinando as relações jurídicas dela decorrentes. De acordo com o art. 201 do RI, se for aprovada no plenário, o seu texto será remetido ao presidente da Assembléia para, no prazo de três dias, promulgá-la como lei. A Medida Provisória que for convertida em projeto de lei será enviada ao governador para sancioná-la no prazo de quinze dias. Não está explicitado no Regimento Interno da Assembléia o que ocorrerá se a Medida Provisória não for aprovada. Por outro lado, o RI determina que, se ultrapassados os trinta dias de validade sem deliberação do Legislativo, a CCJR deve propor Decreto Legislativo disciplinando as relações jurídicas decorrentes de seu cancelamento.

No caso do Estado do Acre, o Regimento Interno (RI) da Assembléia Legislativa, no seu Título VII – Da Elaboração Legislativa Especial, prevê que, recebida a Mensagem do Governador contendo Medida Provisória, será lida em expediente próprio. Após ser publicada e distribuída em avulsos, ao contrário da tramitação das Assembléias de Santa Catarina e Tocantins, que iniciam o procedimento de análise pela Comissão de Constituição e Justiça, será encaminhada para uma Comissão Especial⁷. Nesta fase, os deputados terão o prazo de três dias úteis para propor emendas, as quais só serão apresentadas à Comissão. A Comissão terá o prazo de quinze dias para se pronunciar sobre a MP e emendas apresentadas⁸ – se nesse prazo a Comissão não emitir o devido parecer, o presidente da Assembléia, prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo a Assembléia Legislativa disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

⁷ De acordo com o RI, as lideranças de bancadas e blocos parlamentares terão o prazo de quarenta e oito horas para indicar seus membros, que comporão a Comissão Especial, obedecendo ao disposto no art. 20 e seus parágrafos.

⁸ A vista da proposição só será concedida aos deputados que a requerem, com o apoio da maioria da Assembléia, no momento em que estiverem sob exame na Comissão, pelo prazo máximo de dois dias úteis.

de ofício, incluirá a proposição na Ordem do Dia e nomeará relator para dar parecer oral. A Comissão Especial, em seu parecer, concluirá por projeto de lei e, na seqüência, o encaminhará à Mesa para publicação, sendo incluído na Ordem do Dia da sessão subsequente para deliberação em Plenário. Observe-se que, uma vez no Plenário, o projeto de lei da Medida Provisória tramitará em discussão única. Concluída a votação da matéria, a mesma será encaminhada, de imediato, ao Governador para sanção ou veto, salientando-se que, nessa fase processual legislativa, aplicam-se, no que couber, as normas constantes do RI pertinentes à tramitação das leis ordinárias. Ademais, não será admitida a reapresentação na mesma sessão legislativa de Medida Provisória não apreciada pela Casa ou não convertida em lei.

No caso do Acre, não se pôde depreender dos documentos disponíveis o que ocorrerá se o parecer da Comissão for contrário à Medida Provisória ou se o projeto de lei elaborado pela Comissão for derrotado no plenário – a exemplo do Congresso Nacional, cabe à Assembléia disciplinar as condições jurídicas anteriores à edição da Medida Provisória?

No caso do Piauí, o Regimento Interno (RI) da Assembléia dispõe que a função legislativa é exercida por meio da proposição e estabelece, ainda, que proposição é toda matéria sujeita à deliberação da Casa. As Medidas Provisórias estão incluídas entre as diversas modalidades de proposições⁹ e tramitam em regime de urgência. No mais,

⁹ Art. 96 – As proposições se constituem em: I - voluntárias: a) propostas de emendas à Constituição; b) projetos de lei; c) projetos de lei complementar; d) projetos de resolução; e) projetos de decreto legislativo; f) requerimentos; g) indicações; h) emendas; i) moções; j) proposta de fiscalização e controle; l) pedidos de informação; m) recursos; II - decorrentes de disposição constitucional: a) *medidas provisórias*; b) vetos. § 1º - Toda proposição deverá ser redigida com clareza, em termos objetivos e concisos. § 2º - Nenhuma proposição poderá conter matéria estranha ao enunciado, objetivamente declarado na ementa, ou dela decorrente. (grifo nosso).

o RI é bastante lacônico, apenas determinando que a Comissão de Constituição e Justiça providenciará a redação final de modo a deixar consignada a origem da matéria aprovada.

Quanto ao Estado da Paraíba, o Regimento Interno da Assembléia Legislativa não dispensa nenhum tratamento especial à Medida Provisória. Observa-se que cabe à Comissão de Constituição, Justiça e Redação (art. 41), em caráter preliminar, o exame de admissibilidade das proposições sob o aspecto da constitucionalidade, regimentalidade e de técnica legislativa – o que, em tese, poderia aplicar-se analogamente às Medidas Provisórias.

Do ponto de vista normativo, em Ingá (Paraíba) a Lei Orgânica, artigo 31, prevê que a Medida Provisória está incluída entre as diversas modalidades do processo legislativo. Além disso, o artigo 64 inclui a edição de Medidas Provisórias pelo Prefeito na forma da Lei Orgânica do Município e o artigo 38 estabelece que, a exemplo do que ocorre com o Presidente da República e Governador de Estado citados anteriormente, o Prefeito Municipal, em caso de relevância e urgência, poderá adotar Medida Provisória, com força de lei, devendo submetê-la de imediato à Câmara Municipal, que, estando em recesso, será convocada extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias – observe-se que também Ingá não se atualizou a partir da EC 32/2001. O parágrafo único do artigo 38 determina que a Medida Provisória perderá a eficácia, desde a edição, se não for convertida em lei no prazo de trinta dias, a partir da sua publicação, devendo a Câmara Municipal disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes.

A Câmara Municipal, por sua vez, reafirma a Lei Orgânica e prevê, no artigo 110 do seu Regimento Interno, a Medida Provisória como uma espécie do processo legislativo.

Do ponto de vista da tramitação, o RI prevê no artigo 136 que, quando a proposição consistir em projeto de lei, de Medida

Provisória, de decreto legislativo, de resolução ou projeto substitutivo, uma vez lida pelo Secretário durante o expediente, será encaminhada pelo Presidente às Comissões competentes para os pareceres técnicos. O artigo 145, por sua vez, determina que o regime de urgência simples será concedido pelo Plenário por requerimento de qualquer Vereador quando se tratar de matéria de relevante interesse público ou de requerimento escrito que exigir, por sua natureza, a pronta deliberação do Plenário. E o seu parágrafo único estabelece que, entre os assuntos que serão incluídos no regime de urgência simples, independentemente de manifestação do Plenário, está a Medida Provisória, quando escoadas 2/3 (duas terças) partes do prazo para sua apreciação. Além disso, o artigo 146 prevê que as proposições em regime de urgência especial ou simples, e aquelas com pareceres, ou para as quais não sejam estes exigíveis, ou tenham sido dispensadas, prosseguirão sua tramitação na forma do disposto do Título V, que estabelece uma ordem para a leitura das matérias nas sessões ordinárias, ocupando a Medida Provisória o primeiro lugar (art. 163); que prevê uma ordem para a organização da pauta, estando a Medida Provisória em terceiro lugar (art. 167); e que inclui a Medida Provisória no rol das matérias que terão discussão única (art. 176).

Em Pirapora, a Lei Orgânica estabelece, por meio do artigo 58, que o Prefeito Municipal, *em caso de calamidade pública*, poderá adotar a emenda (*sic*) provisória, com força de lei, para abertura de crédito extraordinário, devendo submetê-la de imediato à Câmara Municipal, que, estando em recesso, será convocada extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. O parágrafo único adicionalmente estabelece que a Medida Provisória perderá a eficácia, desde a edição, se não for convertida em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo a Câmara Municipal disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes.

Ademais, a Lei Orgânica, ao determinar no artigo 77 as atribuições que competem privativamente ao prefeito, inclui a edição de Medidas Provisórias na forma desta Lei.

A Câmara Municipal de Pirapora, assim como a de Ingá, por sua vez, reafirma a Lei Orgânica e prevê, no artigo 112 do seu Regimento Interno, a Medida Provisória como uma espécie do processo legislativo¹⁰.

Também da mesma maneira que em Ingá, do ponto de vista da tramitação, o RI prevê, no artigo 138, que, quando a proposição consistir em projeto de lei, de medida provisória, de decreto legislativo, de resolução ou projeto substitutivo, uma vez lida pelo Secretário durante o expediente, será encaminhada pelo Presidente às Comissões competentes para os pareceres técnicos. O artigo 147, por sua vez, determina que o regime de urgência simples será concedido pelo Plenário por requerimento de qualquer Vereador, quando se tratar de matéria de relevante interesse público ou de requerimento escrito que exigir, por sua natureza, a pronta deliberação do Plenário. E o seu parágrafo único estabelece que, entre os assuntos que serão incluídos no regime de urgência simples, independentemente de manifestação do Plenário, está a Medida Provisória, quando escoadas 2/3 (duas terças) partes do prazo para sua apreciação. Além disso, o artigo 148 prevê que as proposições em regime de urgência especial ou simples, e aquelas com pareceres, ou para as quais não sejam estes exigíveis, ou tenham sido dispensadas, prosseguirão sua tramitação na forma do disposto no Título V, que estabelece uma ordem para a leitura das matérias nas sessões ordinárias, ocupando a Medida Provisória o primeiro lugar (art. 164); que prevê uma ordem para a organização da pauta, estando a Medida Provisória em segundo lugar (art. 165); e

¹⁰ Os textos do Regimento Interno das duas Câmaras são tão semelhantes que é razoável pensar que um dos municípios teve o outro como referência ao redigir o RI do Legislativo.

que inclui a Medida Provisória no rol das matérias que terão discussão única (art. 175).

3. O conteúdo das Medidas Provisórias editadas pelos Estados

Nesta seção, abordaremos o conteúdo das Medidas Provisórias editadas pelos Governadores dos Estados de Santa Catarina, Tocantins, Acre e Paraíba¹¹. A fonte principal foi a Assembléia Legislativa de cada Estado por meio do acompanhamento do processo legislativo.

Em Santa Catarina, foram editadas 132 Medidas Provisórias desde sua adoção em 1989. Foi possível o acesso ao teor das Medidas Provisórias de números 00059/94 a 00132/06, totalizando 74 Medidas Provisórias. Desse conjunto de 74 Medidas Provisórias, conforme TAB. 1 abaixo, identifica-se que: 55 foram convertidas em lei (o

313, RI) – portanto, era de se esperar que constassem não somente os 15 decretos legislativos, mas sim 19, que seria o resultado da soma dos 15 Decretos Legislativos expedidos com 1 MP rejeitada e 3 arquivadas.

Do ponto de vista dos assuntos tratados pelas 74 Medidas Provisórias, identifica-se que 42 foram relativos a servidor público (representando 56,8% do total); 8 foram sobre orçamento (10,8%); 7 sobre tributação (9,5%); em 4 não foi possível identificar o tema (5,4%); 4 foram sobre administração pública (5,4%); 3 sobre desenvolvimento regional (4,0%); 3 sobre garantias e direitos individuais (4,0%); 2 sobre trânsito e transporte (2,7%) e 1 sobre educação (1,4%), como se pode ver a seguir pela TAB. 2.

No Estado do Tocantins, não se pôde identificar desde quando o instituto foi incluído no processo legislativo estadual – se desde a promulgação da Constituição Estadual

TABELA 1
Medidas Provisórias editadas, convertidas em lei,
arquivadas e rejeitadas em Santa Catarina

MP convertida em lei		Expedição de Decreto Legislativo		MP rejeitada		MP arquivada		Total de MPs editadas	
N	%	N	%	N	%	N	%	N	%
55	74,3	15	20,3	1	1,4	3	4,1	74	100

Fonte: Dados elaborados a partir da pesquisa *Sob a ótica da delegação política: um estudo exploratório sobre a edição de Medidas Provisórias nos Estados de Santa Catarina, Acre, Tocantins e Paraíba* (MARTINS, 2007).

equivalente a 74,3% do total), 15 Decretos Legislativos foram expedidos (representando 20,3% do total), 1 MP foi rejeitada (1,4% do total) e 3 Medidas Provisórias foram arquivadas (4,1% do total). Observe-se que o Decreto Legislativo é o instrumento de que a Assembléia Legislativa dispõe para os casos de a Medida Provisória ser arquivada (art. 307, RI) ou de rejeição parcial ou total do seu projeto de conversão em lei ou, ainda, de não-deliberação por parte da Assembléia, no prazo determinado (art.

em 1989, o que se depreende pela leitura desta, uma vez que não consta emenda no artigo 27 (que concede poder de edição de Medida Provisória ao governador em caso de relevância e urgência), ou se a Medida Provisória foi incluída no processo legislativo por efeito de emenda à esta Constituição (hipótese menos provável). Ademais, não há informação precisa de quantas MPs foram editadas desde sua adoção e não há informação também sobre quantas do total editado foram convertidas em lei ou rejeitadas. Só se teve acesso às Medidas Provisórias que foram expedidas durante a legislatura 2003–2006, um total de qua-

¹¹ Não foi possível o acesso ao teor das Medidas Provisórias editadas pelo Piauí, Maranhão e pelos Municípios de Ingá e Pirapora.

TABELA 2
Medidas Provisórias por assunto em Santa Catarina

ASSUNTO	N	%
Servidor Público	42	56,8
Orçamento	8	10,8
Tributação	7	9,5
Não se identificou o tema	4	5,4
Administração Pública	4	5,4
Trânsito e Transporte	2	2,7
Garantias e Direitos Individuais	3	4,0
Desenvolvimento Regional	3	4,0
Educação	1	1,4
TOTAL	74	100

Fonte: Dados elaborados a partir da pesquisa *Sob a ótica da delegação política: um estudo exploratório sobre a edição de Medidas Provisórias nos Estados de Santa Catarina, Acre, Tocantins e Paraíba* (MARTINS, 2007) e a partir de informações disponíveis em PROCLEGIS ([19--]).

tro. Dessas quatro Medidas Provisórias convertidas em lei, três tratam de assuntos relativos a servidor público e uma trata de tributação, como se pode ver pela TAB. 3.

Quanto ao Estado do Acre, a exemplo do Estado de Tocantins, não se pode identificar desde quando o instituto foi incluído no processo legislativo estadual – se desde a promulgação da Constituição Estadual em 1989, o que se depreende da leitura

desta, uma vez que não consta emenda no artigo 79 (que concede poder de edição de Medida Provisória ao governador em caso de relevância e urgência), ou se a Medida Provisória foi incluída no processo legislativo por efeito de emenda a esta Constituição (hipótese menos provável). Ademais, não há informação precisa de quantas Medidas Provisórias foram editadas desde sua adoção e não há informação, também, de

TABELA 3
MPS convertidas em lei por assunto em Tocantins
LEGISLATURA 2003 – 2006

MP nº e data de edição	ASSUNTO ESPECÍFICO	ASSUNTO GERAL	LEI nº e data de edição	N	%
381 30/04/03	Suspende alíquota do ICMS sobre veículos automotores e adita outras providências	Tributação	1.375 14/05/03	1	25
383 23/04/2004	Autorização para contratação temporária para o exercício das funções de fiscalização e arrecadação	Servidor público	1.458 05/05/04	3	75
384 05/05/04	Autorização para contratação temporária para o exercício das funções de Magistério da Educação Básica	Servidor público	1.459 05/05/04		
Não identificado	Acréscimo de vagas de cargos no Quadro de Pessoal da Saúde, anexo à Lei 1.588/2005	Servidor público	1.658 15/02/06		
TOTAL				4	100

Fonte: Contato com Gabinete da Presidência da Assembléia Legislativa, que informou que, na legislatura 2003–2006, somente quatro MPs foram editadas e rapidamente convertidas em lei pelo Legislativo, como se pode constatar pelas datas de edição de MPs e das Leis (Leis 1375/03, 1458/04, 1459/04 e 1658/06). A partir daí, foi feita consulta ao sítio do Legislativo para localizar as leis citadas (Cf. LEGISLAÇÃO, 2007).

quantas do total editado foram convertidas em lei ou rejeitadas. A informação obtida junto ao Gabinete da Presidência da Assembléia e do Gabinete do Governador é de que foram editadas oito Medidas Provisórias desde 1991 (observe-se que a Constituição do Estado foi promulgada em 1989). Des-

sas oito Medidas Provisórias, sete foram convertidas em lei e uma foi prejudicada por decurso de prazo; das oito, quanto ao assunto tratado, quatro se relacionam a servidor público, duas a orçamento, uma à previdência e uma à administração pública, como se pode ver pela TAB. 4 a seguir.

TABELA 4
MPS convertidas em lei e prejudicada no Acre a partir de 1991

MP nº e data de edição	ASSUNTO ESPECÍFICO	ASSUNTO GERAL	LEI nº e data de edição	N	%
03 30/12/91	Dispõe sobre a criação de incentivo aos profissionais médicos e demais profissionais de nível superior da área da saúde pela Sesacre e dá outras providências	Servidor público	18/92 21/01/92	4	50
01 15/08/94	Dispõe sobre a remuneração dos cargos comissionados e resíduos de vencimentos	Servidor público	1.1143 28/09/94		
02 22/09/97	Concede abono salarial, a título de antecipação salarial aos servidores civis, militares, ativos, inativos e pensionistas da administração direta, das autarquias e fundações do Poder Executivo	Servidor público	1.243 14/11/97		
02 04/09/96	Concede autorização, a título de abono salarial, para servidores públicos da Secretaria de estado de educação e dá outras providências	Servidor público	1.206 19/09/96		
01 06/02/91	Altera o art. 48 da Lei 943, de 27/06/90	Orçamento	977 19/02/91	2	25
02 01/11/94 Obs: prejudicada por decurso de prazo	Autoriza a abertura de crédito especial e dá outras providências	Orçamento	Sem informação		
01 20/06/95	Dispõe sobre as outras situações de urgência de que trata o art. 2º, inciso VI, da Lei Complementar 43, de maio de 1994, e dá outras providências	Previdência	1.115 07/07/95	1	12,5
01 18/02/97	Cria o Departamento de Saúde Escolar, na Estrutura Organizacional Básica da Secretaria de Estado da Educação e Cultura e dá outras providências	Administração pública	1.222 03/04/97	1	12,5
TOTAL				8	100

Fonte: Em contato com Gabinete da Presidência da Assembléia Legislativa e Gabinete do Governador, obteve-se a informação de que não se editam mais Medidas Provisórias, apesar da possibilidade legal. No entanto, foi disponibilizada a informação de que foram editadas somente oito Medidas Provisórias desde que a Constituição permitiu em 1989. A partir daí, foi feita consulta ao sítio do Legislativo para localizar as Medidas Provisórias e leis. (Cf. LEGISLAÇÃO, [19--]).

Na Paraíba, foram editadas cinquenta e três MPs desde sua adoção, a partir da Emenda Constitucional nº 6, de 21 de dezembro de 1994, que incluiu a Medida Provisória no processo legislativo, e, diante de relevância e urgência, pode o Governador de Estado editá-la (inciso V do art. 61 e § 3º e 4º do art. 63). Foi possível o acesso ao teor de todas as MPs. Das 53 editadas, 35 foram convertidas em lei (o equivalente a 66% do total de editadas); 15 continuam tramitando (representando 28,3% do total); 1 não foi admitida (o equivalente a 1,9% do total) e é curioso não se localizar a expedição de Decreto Legislativo para disciplinar as relações jurídicas determinadas pelo § 4º do artigo 63 da Constituição do Estado¹², como também não há informação sobre a tramitação de uma MP, conforme TAB. 5.

desses assuntos), como se pode observar pelos dados constantes da TAB. 6.

No Piauí, por sua vez, a Constituição de 1989, desde a sua promulgação em 5 de outubro, prevê a possibilidade de edição de Medidas Provisórias. Pelo que se depreende da leitura desse documento, os artigos 71 e 75, que tratam do assunto, constam da Constituição original. Em informação obtida junto ao Governo do Estado, admitiu-se que só foi editada uma única Medida Provisória, a cujo teor não se teve acesso.

4. Considerações finais

Ante todo o exposto, forçoso é concluir que os Estados que editam Medidas Provisórias o fazem de forma relativamente recorrente. Assim, este veículo normativo

TABELA 5
MPS editadas, convertidas em lei, tramitando, não admitida e sem informação na Paraíba

MP CONVERTIDA EM LEI		TRAMITANDO		MP NÃO ADMITIDA		SEM INFORMAÇÃO		TOTAL DE MPs EDITADAS	
N	%	N	%	N	%	N	%	N	%
35	66,0	15	28,3	1	1,9	1	1,9	53	100

Fonte: Dados elaborados a partir da pesquisa *Sob a ótica da delegação política: um estudo exploratório sobre a edição de Medidas Provisórias nos Estados de Santa Catarina, Acre, Tocantins e Paraíba* (MARTINS, 2007) e a partir de informações disponíveis em <http://200.164;109.197:8080/sapl>, acessado em 22/03/2007 para atualização de dados.

Do ponto de vista dos assuntos tratados pelas cinquenta e três Medidas Provisórias na Paraíba, identifica-se que 14 foram relativas a tributação (26,4%) – assunto mais freqüente para a edição de Medidas Provisórias –, 9 sobre administração pública (17%), 8 sobre orçamento (15,1%), 5 sobre servidor público (9,4%), 5 sobre homenagem (9,4%), 4 sobre educação, cultura, esporte, lazer e turismo (7,6%), 2 sobre garantias e direitos individuais (3,8%), 2 sobre imóvel (3,8%) e 1 sobre desenvolvimento regional, ação social, previdência e fundo estadual (representando 1,9% para cada um

realmente integra o processo legislativo desses entes federados e muitas vezes, ao arrepio da Constituição, tratam de matérias que em nada tem de relevantes ou urgentes. Ademais, de forma iterativa, invadem competência exclusiva da União em indiscutível afronta ao pacto federativo.

Muito se discutiu em sede doutrinária se era franqueado aos entes federados editar Medidas Provisórias. Tal celeuma se deveu, em grande parte, porque a Constituição pretérita aduzia literalmente acerca da inviabilidade de os Estados-membros baixarem os decretos-lei. A atual Constituição, contudo, quedou-se silente na espécie, tratando-se de mais um dos silêncios eloqüentes do constituinte originário. Coube, destarte, ao Supremo Tribunal Federal pacificar o entendimento de ser viável a edi-

¹² Art. 63. [...] § 4º – As medidas provisórias perderão eficácia, desde sua edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo a Assembléia Legislativa disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

TABELA 6
MPS editadas por assunto na Paraíba

ASSUNTO	N	%
Tributação	14	26,4
Administração Pública (*)	9	17,0
Orçamento	8	15,1
Servidor Público	5	9,4
Homenagem	5	9,4
Educação, Cultura, Esporte, Lazer e Turismo	4	7,6
Garantias e Direitos Individuais	2	3,8
Imóvel	2	3,8
Desenvolvimento Regional	1	1,9
Ação Social	1	1,9
Previdência	1	1,9
Fundo Estadual	1	1,9
TOTAL	53	100

Fonte: Dados elaborados a partir da pesquisa Sob a ótica da delegação política: um estudo exploratório sobre a edição de Medidas Provisórias nos Estados de Santa Catarina, Acre, Tocantins e Paraíba (MARTINS, 2007) e a partir de informações disponíveis em: <http://200.164.109.197:8080/sapl/>, acessado em 22/03/2007 para atualização de dados.

ção de Medidas Provisórias pelos Estados e Municípios (estes erigidos à condição de entes federativos na hodierna constituição de 1988).

Resta ainda um ponto a ser equacionado. Poderiam os Municípios editar Medidas Provisórias mesmo que os Estados em que se situarem não o fizessem? A doutrina, de forma quase uníssona, assevera ser inviável. Contudo, tendo como premissa que os municípios são de fato um ente federado, e, por conseguinte, dotados de autonomia, não se pode afastar deles a possibilidade de preverem em suas respectivas leis orgânicas a edição de Medidas Provisórias. Assim deve ser compreendida a questão mormente em obséquio ao princípio da simetria e ao princípio federativo.

Os inconvenientes políticos, notadamente de usurpação de Poder legiferante pelo Executivo municipal, não devem servir de supedâneo para albergar exegeses que desnaturem a essência do federalismo, qual seja, a autonomia de cada ente.

Se de fato é pernicioso que se outorgue aos municípios a possibilidade de editarem Medidas Provisórias, conclui-se também o seja em relação aos Estados e à União.

Se for a melhor opção que se retire essa possibilidade aos Municípios, deve-se, via emenda constitucional, inviabilizar que também o façam os Estados e a própria União, ou teremos um federalismo cada vez mais com contornos de Estado unitário centralizador.

Referências

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 425-5/TO. Relator: Min. Maurício Corrêa. Palmas, 13 fev. 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, 18 fev. 2004.
- _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2391/SC. Relator: Min. Ellen Gracie. Florianópolis, 27 mar. 2007. *Diário da Justiça*, Brasília, 30 mar. 2007.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei n. 11.643-0/SP. Relator: Des. Carlos Ortiz. São Paulo, 21 abr. 1991. *Diário da Justiça*, Brasília, [19--].
- CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- CHIELSA, Clélio. *Medidas provisórias: regime jurídico-constitucional*. 2. ed. São Paulo: Juruá, 2003.
- DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. 2. ed. Brasília: Consulex, 1991.

- LEGISLAÇÃO. *Assembléia legislativa do Estado do Tocantins*, Palmas, 2007. Disponível em: <<http://www.al.to.gov.br/leis.php>>. Acesso em: 2007.
- LEGISLAÇÃO. *Assembléia legislativa do Estado do Acre*, Rio Branco, [19--]. Disponível em: <<http://www.aleac.ac.gov.br>>. Acesso em: 2007.
- LIMA, Eduardo Martins de et al. A jurisdição constitucional e as medidas provisórias. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 28., 2004, Caxambu. *Anais ...* São Paulo: ANPOCS, 2004. 1 CD-ROM.
- MARTINS, Eduardo (Coord.). *Sob a ótica da delegação política: um estudo exploratório sobre a edição de medidas provisórias nos estados de Santa Catarina, Acre, Tocantins e Paraíba*. Belo Horizonte: FUMEC, 2007.
- MELLO FILHO, José Celso de. Considerações sobre as medidas provisórias. *Revista PGE/SP*, São Paulo, n. 33, jun. 1990.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Os pressupostos das medidas provisórias e o controle judicial. *Revista Enfoque Jurídico*, n. 6, p. 27, abr./mai. 1997.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os Pensadores).
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MÜLLER, Friedrich. As medidas provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS, 17., 1999, Rio de Janeiro. *Anais...* Brasília: Conselho Federal da OAB, 2000. 2 v.
- NUNES, Moacyr de Araújo. Medidas provisórias: adoção por estados e municípios, fim da polêmica, STF decidiu que podem editar. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, n. 9, p. 319, 2003.
- OLIVEIRA, Renata Domingues de. Medidas provisórias: adoção pelos estados-membros e municípios. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1024, 21 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8296>>. Acesso em: 11 abr. 2007.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. Medidas provisórias: a adoção nos âmbitos estadual e municipal. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, n. 35, v. 1, p. 167-176, jan./fev. 2001.
- PEDRA, Anderson Sant'Ana. Possibilidade de edição de medidas provisórias pelos municípios. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 230, p. 17, out./dez. 2002.
- PINTO, Antonio Benedito Ribeiro. Edição de medidas provisórias pelos estados e municípios. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Coord.). *Medidas provisórias e segurança jurídica*. São Paulo: J. Oliveira, 2003.
- PROCLEGIS. *Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, [19--]. Disponível em: <<http://www.alesc.sc.gov.br/proclegis/tramitacao.php>>. Acesso em: 4 mar. 2007.
- RAMOS, Carlos Roberto. *Da medida provisória*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SANTOS, Brasilino Pereira dos. *As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil*. São Paulo: LTr, 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SZKLAROWSKY, Leon Frejda. As medidas provisórias e a EC nº 32/01: o processo legislativo brasileiro em face da Constituição vigente. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 11, p. 880, nov. 2002.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- VILELA, Maria Diogenilda de Almeida. *Estudo sobre a constitucionalidade de as constituições estaduais previrem a adoção de medidas provisórias pelos governadores em caso de relevância e urgência*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/publicacoes/estnottec/tema6/pdf/308095.pdf>> Acesso em: 8 abr. 2006.

O fundamento da legalidade tributária

Do autoconsentimento ao pluralismo político

Ricardo Lodi Ribeiro

Tradicionalmente a doutrina, nacional e estrangeira, costuma associar a origem do princípio da legalidade tributária à *Magna Carta* inglesa, de 1215. Sem dúvida alguma, trata-se de um marco histórico do constitucionalismo inglês e da limitação do poder de tributar da realeza por parte da nobreza. Porém, não foi o primeiro, nem o único de uma trajetória paulatina da limitação da monarquia inglesa.¹

Costuma-se associar a *Magna Carta* com a origem da idéia de autoconsentimento dos contribuintes por meio da autorização do Parlamento, identificando-a como gérmen do princípio da legalidade (NOVELLI, 1979). A necessidade de consentimento do próprio contribuinte para que seja legítima a tributação constitui conseqüência direta da perda do caráter excepcional dos tributos e do agigantamento das despesas estatais. Se durante o auge do período feudal as contribuições eram voluntárias, no período que vai da Baixa Idade Média ao surgimento do Estado Nacional, o consentimento surge como contraponto ao caráter impositivo dos

Ricardo Lodi Ribeiro é Doutorando em Direito e Economia pela UGF, Mestre em Direito Tributário pela UCAM, Coordenador dos Cursos de Direito Tributário da FGV/RJ. Advogado.

¹“Na esteira da grande carta de 1215, outras cartas e textos se sucederam, tal como outras lhe haviam precedido. Entre estas, as *Constitutions of Clarendon*, de 1164 (época de Becket), e diversas ‘Cartas de liberdades’ redigidas nos séculos XII e XIII. Entre aquelas, vários *writs* durante o reinado de Henrique III, mais as ‘Provisões de Oxford’, de 1258, fora as confirmações da MAGNA Carta e a legislação de Eduardo I” (SALDANHA, 2000, p. 51).

tributos, sendo identificado pela prévia aprovação pelos representantes da aristocracia feudal e do clero, o que somente depois se universalizou para os demais estratos sociais.

Porém, cumpre destacar que a idéia que os seus contemporâneos faziam do *Commune Consilium Regis*, o colegiado encarregado de autorizar a cobrança dos tributos na Inglaterra medieval, não era de um corpo legislativo, mas de um tribunal, noção que prevaleceu até o século XVI. Da mesma forma, a noção do consentimento como base da obediência ao rei só vai surgir na obra de Locke, por influência de Richard Hooker, no séc. XVII (SALDANHA, 2000, p. 57). Assim, o documento, embora dotado de indiscutível valor histórico, explica muito pouco a respeito da origem da legalidade tributária como hoje a conhecemos.

Essa ausência de efetivo vínculo histórico entre a *Magna Carta* e o princípio da legalidade tributária atual é mais evidente ainda nos outros países, que não a Inglaterra, pois, se nesta a consagração da legalidade tributária se deu de forma gradual e contínua², a partir de uma tradição consuetudinária que tem o referido documento como um dos marcos mais importantes, ao lado da *Petition of Rights* (1628) e do *Bill of Rights* (1689), chegando, após longo processo histórico, aos dias atuais, em outros países europeus, a autorização para a imposição tributária, que também deitava raízes consuetudinárias muito antigas,³ sofreu retrocessos, especialmente na época do *Absolutismo*, só sendo restabelecida com as revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX (NABAIS, 1998, p. 323).⁴

² Excetuando-se o período de 1629 a 1660, em que o parlamento esteve fechado, durante a tirania de Carlos I e a ditadura de Oliver Cromwell (NABAIS, 1998, p. 323).

³ Vide em Uckmar (1999, p. 21-30) a origem da legalidade tributária na Inglaterra, Espanha, França e Itália.

⁴ No mesmo sentido: Saldanha (2000, p. 54): "Como a revolução liberal inglesa não foi, como a francesa, uma tentativa de recomeço, nem rompeu propriamente com os hábitos e o passado, o modelo constitucional britânico ficou sendo em grande medida o mesmo da Idade Média: o parlamento comanda, integrado pelo

De fato, na Inglaterra, no período entre a *Magna Carta* e o *Bill of Rights*, a supremacia política se desloca paulatinamente do Monarca para o Parlamento. Porém, nas monarquias continentais – e disso a França é o melhor exemplo que acabou por inspirar os demais –, foi o Rei quem absorveu todos os poderes do Estado, até privar por completo os outros segmentos do país quanto às faculdades decisórias nos assuntos públicos (SAINZ DE BUJANDA, 1955, p. 279-280).

Com efeito, na França, se a autorização para a exigência dos tributos remonta à criação dos Estados Gerais, em 1314, estes não se reuniram durante o reinado de Francisco I (1515-1547), que impôs tributos de acordo com a sua vontade. Com a debilitação do poder real, os Estados Gerais voltaram a se reunir com frequência para a imposição de tributos até 1614, sua última reunião, no reinado de Luís XIII, para só reabrir em 1789, às vésperas da Revolução Francesa (SAINZ DE BUJANDA, 1955, p. 283). Vitorioso o movimento revolucionário, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789 e a Constituição de 1791 consagram o princípio da legalidade tributária.

Nos Estados Unidos, que receberam o afluxo de colonos ingleses de origem puritana, há uma assimilação dos ideais liberais ingleses, que, com o movimento de independência, acabaram-se voltando contra a Inglaterra. Nesse contexto, o lema *no taxation without representation*, se num primeiro momento é dirigido contra a metrópole britânica, transforma-se em combustível dos revolucionários liberais que promoveram a independência, e que acabaram por consagrar o princípio da legalidade tributária na Constituição de 1787 (SALDANHA, 2000, p. 61).⁵

Mas foi, sem dúvida alguma, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* a

rei e pelas duas casas, e a 'constituição' é a própria ordem vigente, em seu todo e em seu sentido político".

⁵ Sobre as imposições tributárias como elemento principal da aspiração por liberdade das Treze Colônias, vide Cooley (2002, p. 18-19).

grande influência para a consagração da legalidade tributária, a partir do triunfo das revoluções liberais, o que se explica não só pela posição geográfica central da França na Europa, bem mais próxima dos outros países europeus do que a insular Inglaterra e a longínqua América, mas principalmente pelo grande destaque que gozou a França ao longo de todo o século XVIII, a inspirar não só regimes absolutistas avessos às idéias liberais, já assimiladas pela corte inglesa, mas, sobretudo, movimentos revolucionários radicais como única alternativa aos duros regimes monárquicos.

Senão vejamos. Na Espanha, os registros quanto à autorização para a exigência de tributos remontam a período mais remoto do que na Inglaterra. As Cortes nasceram na Idade Média, ainda antes da unificação dos reinos católicos, sem muitas atribuições financeiras, limitando-se a deliberar sobre a cobrança de novas receitas para custear despesas extraordinárias da Coroa, como guerras externas ou outras circunstâncias anormais. Com o crescimento dessas despesas com as guerras contra os mouros para Reconquista, nasce a consciência da necessidade de autorização para a exigência tributária, já a partir do Século XI. Registro importante desse período é a autorização, datada de 31 de março de 1091, que Afonso VI dirige aos habitantes de Leão, requerendo a cobrança de tributos. Com o passar do tempo, as atividades das Cortes foram englobando também a fiscalização dos gastos do Rei, o que só veio a se dar bem depois na Inglaterra, com o *Bill of Rights*, de 1689, e na França, com a Constituição Francesa, de 1791. Porém, em que pese o pioneirismo espanhol na consagração da legalidade tributária, a Idade Moderna assiste à redução das competências das Cortes, que são limitadas por Carlos I (1516-1556), e, a partir de então, nem de longe lembram mais o Parlamento Inglês. Porém, a despeito do endurecimento do *Absolutismo* espanhol com os *Habsburgos*, as Cortes continuaram funcionando para autorizar a cobrança de

impostos. Contudo, com a exacerbação do *Absolutismo* com Felipe II, os impostos deixam, a partir de 1688, de ser autorizados pelas Cortes (SAINZ DE BUJANDA, 1955, p. 231-235, 303-305, 311), situação que só é revertida com a revolução liberal, a desaguar nas Cortes de Cádiz, que promulgaram a Constituição liberal de 1812.

Em Portugal, ocorreu fenômeno semelhante não só quanto ao pioneirismo da institucionalização da autorização para a cobrança dos tributos, o que se dá com a instauração das Cortes de Coimbra, em 1261, mas também quanto ao refluxo da legalidade, com a dissolução das cortes por D. Pedro II em 1674. A retomada da tributação autorizada só se dá após a Revolução do Porto em 1820, com a Constituição liberal de 1822 (NABAIS, 1998, p. 322). No entanto, como esta fora suspensa no ano seguinte pela Vila-Francada, movimento absolutista liderado por D. Miguel, a legalidade tributária é consagrada definitivamente em Portugal com a Constituição de 1826, outorgada por D. Pedro IV, rei de Portugal e primeiro imperador do Brasil.⁶

Na Argentina, a legalidade tributária é inaugurada com a Revolução de Maio, em 1810, que, na esteira da onda liberal advinda da Revolução Francesa, constituiu o marco inicial do processo que culminou na independência (GIULIANI FONROUGE, 2001, p. 368).⁷ Esse princípio foi consagrado na primeira Constituição Argentina de 1819, e em todas as posteriores (GARCÍA VIZCAÍNO, 1999, p. 272).

É também desse contexto liberal advindo da Revolução Francesa e em decorrência do processo de emancipação em relação a Portugal que surge a legalidade tributária no Brasil. Mesmo no período colonial, não era absoluta a aplicação do Direito reinol

⁶ Ressalvado o período entre 1828 e 1834, em que D. Miguel usurpou o trono de Portugal, suspendeu a vigência da Constituição de 1826 e governou de forma absoluta até ser derrotado por D. Pedro IV.

⁷ Sobre a Revolução de Maio, suas causas e consequências na história constitucional da Argentina, vide Zarini (1999, p. 149-166).

na Colônia brasileira. Tanto no sistema das capitânicas hereditárias (1530-1549), como no Regime do Governo-Geral (1549-1763), as normas vigentes no Brasil, embora elaboradas pela Metrópole, eram destinadas especificamente para a Colônia (MORAES, 1996, p. 106). Assim, mesmo no período que antecede a fase mais intensa do *Absolutismo* português com a dissolução das Cortes Portuguesas, os tributos exigidos no Brasil eram estabelecidos por meio das *cartas de doação e cartas de florais* para as capitânicas hereditárias, e dos regimentos do Governo-Geral (MORAES, 1996, p. 112), muito embora remanescesse competência aos Senados das Câmaras para exigências locais (BALEEIRO, 1997, p. 52). Ressalte-se que, mesmo no tempo do vice-reinado, os tributos foram exigidos com base em Cartas Régias ou Alvarás do Vice-Rei, situação que restou inalterada por ocasião da elevação do Brasil à categoria de Reino Unido, em 1815, com o poder tributário sendo exercido pelo Rei (MORAES, 1996, p. 115-117). Conclui-se que, no Brasil-Colônia, a autorização das câmaras para a cobrança de tributos sempre foi periférica.

Como se vê, a legalidade tributária só vem a ser consagrada no Brasil pela Constituição Imperial de 1824, outorgada por D. Pedro I, que, em seu artigo 36, I, conferia à Câmara dos Deputados a competência privativa para legislar sobre impostos, e no art. 171, que determinava caber à Assembléia-Geral a competência para estabelecer todas as contribuições diretas. Foi o princípio da legalidade reproduzido em todas as constituições republicanas.⁸

⁸ Constituição Imperial de 25 de março de 1824, art. 36, I “É privativa da Câmara dos Deputados a iniciativa: I. Sobre Impostos”. Art. 171: “Todas as contribuições diretas, à exceção daquelas, que estiverem aplicadas aos juros, e amortização da Dívida Pública, serão anualmente estabelecidas pela Assembléia Geral, mas continuarão, até que se publique a sua derrogação, ou sejam substituídas por outras”. Na primeira Constituição Republicana, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, o princípio da legalidade tributária é consagrado no art. 72, § 30: “Nenhum imposto de qualquer natureza poderá ser cobrado senão em vir-

Como se vê, há diferenças significativas que separam o princípio do autoconsentimento na origem estamental do modelo inglês, consagrado na cláusula *no taxation without representation*, de trajetória histórica lenta e gradual que acompanha a própria consolidação da instituição parlamentar, em relação aos regimes instaurados na esteira das revoluções liberais do século XIX, que pouco guardam vinculação com as cortes medievais inglesas ou de seus próprios países.

É que tanto o *Commune Consilium Regis*, órgão responsável pela aprovação dos tributos pela *Magna Carta* e que deu origem ao Parlamento Inglês, quanto as Cortes e Estados Gerais tinham a origem estamental, a partir de um contrato entre a Coroa e as Cortes, que representavam os grupos, as comunidades locais e as corporações, a partir de um mandato impositivo, em que o representante se vinculava a uma autorização expressa do representado para a cobrança do tributo por determinado período de tempo. Esse era o sentido da expressão autoconsentimento, a partir da

tude de lei que o autorize”. Com a Revolução de 1930 e a Constituinte de 34, a Constituição de 16 de julho de 1934, no art. 17, VII, estabelece: “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VII, cobrar quaisquer tributos sem lei especial que os autorize ou fazê-los incidir sobre efeitos produzidos por atos jurídicos perfeitos”. Na ditadura do Estado Novo, a Constituição de 10 de novembro de 1937, embora não o previsse expressamente, estabelecia, no seu art. 13, *d*, que o Presidente da República não poderia baixar decretos-lei em matéria de impostos: “O Presidente da República, no período de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-lei sobre as matérias da competência legislativa da União, excetuadas as seguintes: d) impostos;” No entanto, como a Constituição de 1937 jamais entrou em vigor, pois nem foi submetida ao plebiscito a que se referia o seu artigo 187, nem o Poder Legislativo tido funcionamento, os tributos foram fixados por decreto-lei durante o Estado Novo. Redemocratizado o país, a Constituição, promulgada pela Assembléia Constituinte em 18 de setembro de 1946, consagrou a legalidade tributária no seu art. 141, § 34: “Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra”.

idéia de que cada contribuinte autorizaria o tributo contra ele lançado.⁹

Com o advento do Estado Moderno, palco da consagração do princípio da legalidade na Europa Continental, o consentimento quanto à imposição tributária não tem mais o mesmo sentido da época estamental, não só porque os representantes dos contribuintes têm mandato livre, podendo votar de acordo com a sua consciência e com os interesses da Nação, e não mais como desejam os seus representados, mas, principalmente, porque a autorização,

Após a Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, o princípio da legalidade ganha a seguinte dicção constitucional no seu art. 2º, I: “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – instituir ou majorar tributo sem que a lei o estabeleça, ressalvados os casos previstos nesta Emenda”. A Constituição aprovada pelo Congresso Nacional em 24 de janeiro de 1967, estabelece a legalidade tributária, em seu art. 20, I: “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – instituir ou majorar tributo sem que a lei o estabeleça, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”; e no parágrafo 29 do art. 150: “Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvados a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra”. A Constituição outorgada pelos ministros militares, no exercício da Presidência da República, em 17 de outubro de 1969, eufemisticamente denominada de Emenda Constitucional nº 1, dispunha, em seu art. 19, I: “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – instituir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”; e no parágrafo 29 do art. 153: “Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que lei o estabeleça; nem cobrado em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e outros especificamente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição”. A Constituição Federal, promulgada pela Assembléia Nacional Constituinte em 05 de outubro de 1988, consagra o princípio da legalidade tributária no seu art. 150, I, nos seguintes termos: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça”.

⁹ “O certo é que não podemos deixar de aceitar o essencial da natureza imperativa do mandato dos

que se dá por meio da lei deve expressar, pelo menos no plano de sua legitimação, a vontade geral, e não a do representado. Por outro lado, os tributos passaram a ter um caráter permanente, devendo ser cobrado tantas vezes quantas ocorrer o fato gerador enquanto a lei de incidência estiver em vigor, o que também contribui para esvaziar a crença em uma autorização legal do contribuinte para o lançamento.

Ademais, com a implantação do sufrágio universal, a condição de contribuinte não é mais pressuposto para o exercício do voto. Desse modo, estão representados no Parlamento até mesmo aqueles que não são contribuintes de impostos diretos, mas são destinatários dos serviços estatais custeados pelos tributos, o que, por si só, afasta a idéia de lei como autoconsentimento ou garantia do patrimônio do contribuinte (CASÁS, 2002, p. 320).

Portanto, como afirma Casalta Nabais (1998, p. 328), “os impostos já não são, em rigor, *consentidos*, pelos contribuintes, mas *estabelecidos* por lei votada pela representação nacional (*rectius* burguesia). Assim, atenta à natureza livre do mandato dos parlamentares e o caráter permanente da lei do imposto, o consentimento expresso nesta está longe de ter o mesmo alcance do traduzido na autotributação estamental”.

Dessa maneira, a idéia de *autoconsentimento* do contribuinte como garantia individual contra tributação como fundamento do princípio da legalidade tributária perde espaço no Estado Moderno.

Por sua vez, também resta esvaziado o fundamento, muito utilizado nas monar-

representantes estamentais nas Cortes medievais e a importante consequência daí decorrente para a compreensão do verdadeiro alcance do consentimento dos impostos: efetivamente, num tal contexto, os contribuintes, ao decidirem sobre o teor do mandato dos seus representantes, estavam a votar *ex ante* os impostos, assim, se concretizando a idéia de uma real autotributação ou auto-imposição” (NABAIS, 1998, p. 327). Contra Casás (2002, p. 289-290), para quem não era o autoconsentimento o fundamento da legalidade estamental da *Magna Carta*, mas a limitação do poder do rei.

quias dualistas do século XIX, da garantia da liberdade do indivíduo pela *reserva de lei*, a partir da origem democrática do parlamento. Já se viu que o *Estado Democrático de Direito* superou a dicotomia entre Estado e Sociedade, que militava a favor do Poder Legislativo, sendo o Poder Executivo dotado de tanta ou mais legitimidade democrática do que o primeiro (CASÁS, 2002, p. 291).¹⁰

Em conseqüência, nesse novo contexto em que o princípio da legalidade não se alicerça mais no autoconsentimento ou na origem democrática do parlamento, qual o seu fundamento nos dias atuais?

De acordo com Ruy Barbosa (1967, p. 212 apud TORRES, 2005, p. 402), a reserva legal se justifica “porque a lei representa o consenso dos contribuintes, a sua generalidade, a sua comunidade, a sua totalidade, assentido no encargo, a que deliberaram ficar adstritos nos seus bens e pessoas”.

Enquanto isso, José Osvaldo Casás (2002, p. 313-314) fundamenta a legalidade tributária na garantia de segurança jurídica, a partir da necessidade de certeza do Direito e da possibilidade de se coibir os abusos do Poder Executivo. Porém, é inevitável reconhecer que a fonte de onde emana a norma não é garantia da certeza quanto à sua aplicação, notadamente num cenário de crise da lei, como já se viu.

Deve-se ainda registrar que, mesmo superada a dicotomia Estado/Sociedade, típica do auge do liberalismo, boa parte da doutrina, aqui e alhures, ainda fundamenta a legalidade tributária na garantia do contribuinte das intervenções do poder público que se relacionem com a sua propriedade e liberdade.¹¹

A despeito dessas posições, no quadro do *Estado Social e Democrático de Direito*, o principal fundamento do princípio da legalidade em matéria tributária, que passa a se revelar por uma dimensão plural,

como afirma Pérez Royo (2000, p. 42),¹² reside na garantia da democratização do procedimento de imposição das normas de repartição tributária, a partir de um juízo efetuado por um órgão que, pela sua composição e funcionamento, melhor assegura a proteção dos direitos coletivos, por meio da harmonização de interesses contrapostos nessa divisão, bem como constitui uma maior garantia de igualdade ou tratamento uniforme entre os cidadãos diante das disparidades da carga fiscal entre as diferentes regiões do país. Em posição semelhante, Casalta Nabais (1998, p. 330-331), para quem essa nova feição se fundamenta na superioridade democrática do Parlamento em relação ao Poder Executivo, seja pelo fato de a discussão parlamentar ser pública, seja por comportar o contraditório da oposição.

De fato, é forçoso reconhecer que, embora sua representatividade democrática não seja superior a do Poder Executivo quanto à sua origem, o processo decisório legislativo, no qual estão presentes todas as correntes de pensamento existentes na sociedade, e não só a vencedora de eleições majoritárias que elegem o Governo, acaba por ser mais representativo do conjunto da população (COSTA, 1996, p. 126).¹³

Por outro lado, sendo o Poder Executivo o maior responsável pela implementação de políticas públicas, sempre subordinadas à existência de recursos financeiros, é humanamente natural que este se esforce pela disponibilidade de maiores recursos, sobretudo quando se sabe ser muito mais fácil administrar um orçamento dotado de volumosos montantes, capaz de atender amplamente às crescentes demandas sociais do que depender da criatividade do governante para atendê-las com poucos dinheiros. Esse fenômeno poderia acarretar, e acarreta de fato quando o governo tem

¹⁰ No mesmo sentido Fedele (2001, p. 159).

¹¹ Nesse sentido, na Itália, Fedele (2001, p. 160). Entre nós: Xavier (2001).

¹² No mesmo sentido: Carrera Raya (1993, p. 101); Pauner Chulvi (2001, p. 217); Cazorla Prieto (2000, p. 116) e Martín Queralt et al (2001, p. 127).

¹³ No mesmo sentido, Calvo Ortega (2000, p. 95).

ampla e dócil maioria no Parlamento,¹⁴ a extrapolção da capacidade contributiva dos indivíduos e da sociedade como um todo (COÊLHO, 1992, p. 320). Daí a necessidade da aprovação legislativa, para contrabalançar a tendência arrecadatória do governo.

Por isso, na instituição e majoração de tributos, o Poder Legislativo tem uma espécie de *prerrogativa de avaliação*, a partir do poder de escolher entre mais de uma premissa concreta duvidosa, que vai restringir algum direito fundamental e servirá de ponto de partida para o controle jurisdicional (RAABE, 1994, p. 94 et seq. apud ÁVILA, 2004, p. 122).

Desse modo, afastados os exageros formalistas, a imposição tributária por lei no âmbito de um sistema jurídico que promova a reaproximação dos valores da segurança jurídica e da justiça vai buscar uma regra de tributação clara e transparente, obtida numa arena marcada pelo pluralismo político e influenciada pela razão comunicativa, a partir de uma solução compromissória entre os seus destinatários, não aquela baseada na pobreza da barganha política, mas que atenda à diversidade dos vários segmentos sociais presentes em nossa Nação e à ambivalência em relação às definições quanto aos critérios de repartição dos benefícios e dos riscos sociais. Para tanto, essa regra deverá ser capaz de se sobrepor aos interesses dos grandes contribuintes, dotados de sofisticados estratégias para o afastamento dos tributos, a fim de garantir o triunfo da política sobre o domínio exclusivo da economia.

Nesse ambiente, o Direito Tributário se aproxima da moral e da ética, seja em relação às práticas do Estado, legislador e administrador, seja em relação ao contribuinte, com a legalidade tributária passando a sig-

¹⁴ Fenômeno semelhante decorre das emendas parlamentares com as quais os congressistas destinam recursos para atender a reivindicação de suas bases políticas, sem maiores preocupações com as receitas que deverão ser criadas para o necessário suporte orçamentário dessas despesas.

nificar, como assinala Tipke (2002, p. 25), a segurança diante da arbitrariedade da falta de regras, uma vez que esta se revela pela segurança da regra (RECHTSETZUNG, 1981, p. 194 apud TORRES, 2000, p. 179). A certeza na aplicação da norma tributária para todos os seus destinatários é que garante o império da lei (RIBEIRO, 2003, p. 29).

Essa legalidade baseada no pluralismo político extraído de um parlamento onde estejam presentes representantes de todos os segmentos da sociedade, e onde os movimentos sociais e econômicos tenham amplo espaço de atuação,¹⁵ é a principal arma de combate contra uma visão unívoca da realidade e negadora da ambivalência no âmbito fiscal, representada pela fixação das regras tributárias por aquele poder encarregado de arrecadar e dar destino às receitas públicas (GARCIA NOVOA, 2000, p. 28).

Referências

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARBOSA, Ruy. *As docas de Santos e as taxas de capatazia*. Rio de Janeiro: MEC, 1967. (Obras Completas, XLV).

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernidade reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização*

¹⁵ A participação das organizações não-governamentais e das entidades representativas dos segmentos econômicos e sociais na discussão pelo Congresso Nacional dos projetos de leis tributárias e das medidas provisórias constitui exemplo que, se ainda não reproduz o ambiente de Estado de Negociação de que fala Ulrich Beck (1997, p. 41), ao menos nos permite vislumbrar o surgimento do espírito de mesa-redonda, a que alude o sociólogo alemão. Dentro dessa ordem de idéias, é lamentável que a maioria das leis tributárias brasileiras seja originada de medidas provisórias gestadas no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão encarregado de arrecadar e fiscalizar os tributos federais, considerando apenas a necessidade de recursos, sem qualquer discussão com a sociedade ou com o Congresso Nacional.

- reflexiva*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.
- CALVO ORTEGA, R. *Curso de derecho financiero I: derecho tributario: parte general*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2000.
- CARRERA RAYA, Francisco José. *Manual de derecho financiero*. Madrid: Tecnos, 1993. 1 v.
- CASÁS, José Osvaldo. *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente: a partir del principio de reserva de ley tributaria*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.
- CAZORLA PRIETO, Luis María. *Derecho financiero y tributario: parte general*. Navarra: Aranzadi, 2000.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002.
- COSTA, Valdés. *Instituciones de derecho tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1996.
- FEDELE, Andrea. La reserva de ley. In: AMATUCCI, Andrea (Org.). *Tratado de derecho tributario*. Bogotá: Temis, 2001.
- GARCIA NOVOA, César. *El principio de seguridad jurídica em materia tributaria*. Barcelona: M. Pons, 2000.
- GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina. *Derecho tributario: consideraciones económicas y jurídicas*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1999. 1 t.
- GIULIANI FONROUGE, Carlos M. *Derecho financiero*. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 2001.
- MARTÍN QUERALT, Juan et al. *Curso de derecho financiero y tributario*. 12. ed. Madrid: Tecnos, 2001.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 1 v.
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.
- NOVELLI, Flávio Bauer. O princípio da anualidade tributária. *Revista Forense*, Bauru, v. 267, n. 77, 1979.
- PAUNER CHULVI, Cristina. *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- PÉREZ ROYO, Fernando. *Derecho financiero y tributario: parte general*. 10. ed. Madrid, 2000.
- RAABE, Marius. Grundrechtsschutz und gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum: Eins Konstruktionsvorschlag. In: GRABENWARTER, Christoph (Org.). *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*. Stuttgart: Boorberg, 1994.
- RECHTSETZUNG durch Steuererichte und Steuerverwaltungsbehörden?. *Steuer und Wirtschaft*, Scheydgasse, a. 58, v. 3, n. 194, 1981.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, interpretação e elisão tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SAINZ DE BUJANDA, Fernando. *Hacienda y derecho*. Madrid: Institutos de Estudios Políticos, 1955. 1 t.
- SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del estado y de los contribuyentes*. Tradução de Pedro Herrera Molina. Barcelona: M. Pons, 2002.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 2 v.
- _____. Legalidade tributária e riscos sociais. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 53, v. 79, 2000.
- UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*. 2. ed. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Malheiros, 1999.
- XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001.
- ZARINI, Helio Juan. *Derecho constitucional*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1999.

Uma avaliação quantitativa do impacto das medidas microeconômicas adotadas pelo Banco Central no lançamento do projeto “juros e *spread* bancário”

Tarcisio Barroso da Graça

Sumário

1. Introdução. 2. A distinção macro-micro. 3. O diagnóstico do Banco Central em 1999. 4. As medidas para reduzir os juros. 5. Descrição dos dados. 6. Análise preliminar dos dados. 7. Testando estatisticamente as diferenças. 8. Discussão dos resultados. 9. Conclusão.

1. Introdução

Em 1999, o Banco Central do Brasil lançou um projeto com o objetivo de reduzir os juros e *spreads* bancários praticados nas operações de crédito. Desde então, medidas têm sido adotadas que visam especificamente a estimular a transparência das informações e a concorrência econômica no mercado brasileiro de operações de crédito, caracterizando a preocupação com o aperfeiçoamento de aspectos microeconômicos nesse mercado. Em outubro do mesmo ano, por exemplo, foi implementada a divulgação, na página do Banco Central na internet, de informações básicas sobre os juros cobrados pelas diversas instituições financeiras operando no país.

Esse artigo propõe-se a avaliar o impacto que essas medidas implementadas no último trimestre de 1999 pelo Banco Central tiveram sobre os juros, os *spreads* e as margens de algumas modalidades ou agregados de operações de crédito. Os testes que se realizam são simples: compa-

Tarcisio Barroso da Graça é Consultor de Orçamentos do Senado Federal.

ram as médias dessas variáveis no período de janeiro de 1998 a setembro de 1999 com as médias correspondentes no período de julho de 2001 a julho de 2006 e testam-se suas significâncias estatísticas. Apesar da simplicidade, a análise fornece, de modo geral, evidências interessantes e favoráveis às iniciativas do Banco Central implementadas em 1999. Por exemplo, detectam-se reduções estatisticamente significativas das margens bancárias de 5,1 e 3,3 pontos percentuais (p.p.) relativas às operações de crédito para pessoas físicas e jurídicas, respectivamente, entre os períodos estudados.

É verdade que diversas outras medidas dirigidas ao aprimoramento de fundamentos macroeconômicos foram e têm sido aplicadas pelo Banco Central. Além disso, outras instituições nacionais também possuem competência para tal e, paralela, simultânea e conjuntamente, têm-se dedicado ao mesmo intuito. Por isso, foi necessário devisar uma estrutura adequada de análise para que fosse possível identificar e extrair dos dados reais as informações pertinentes apenas sobre os efeitos da atuação do Banco Central sobre os aspectos microeconômicos influentes no mercado de operações de crédito.

A importância desse estudo se deve ao fato de que o setor bancário desempenha várias funções na economia de um país, entre as quais se destacam a avaliação e monitoramento de projetos, a alocação e redistribuição de recursos e de riscos entre os agentes econômicos e o provimento de liquidez às transações de bens e serviços. Nesse contexto, o *spread* bancário corresponde à remuneração devida aos intermediários financeiros pelo desempenho dessas atividades que, vistas sob uma perspectiva ampla, contribuem para o desenvolvimento econômico do país.

A relevância do setor bancário para a economia nacional adquire magnitude em países onde os mercados de capitais e de títulos privados sejam incipientes, incompletos ou pouco ativos na atividade de con-

duzir os recursos disponíveis na economia para os projetos de maior rentabilidade mas que necessitam de financiamento.

Se, em adição ao pouco desenvolvimento do mercado de capitais, as operações de crédito oferecidas pelo setor bancário forem caras para aqueles que necessitam tomar empréstimos para realizarem suas idéias ou ações empreendedoras, um número menor de empreendedores coloca efetivamente em prática seus projetos, precluindo, no agregado, a expansão da produção, do emprego, da renda, o incremento da variedade e qualidade dos produtos, as inovações tecnológicas, enfim, o desenvolvimento econômico do país.

Infelizmente, apesar de esforços institucionais recentes, o Brasil ainda se enquadra na situação descrita acima. Com o intuito de mitigar isso, a atuação do Banco Central incluiu (mas não se restringiu a) medidas para a redução das taxas de juros e dos *spreads* bancários, com vistas ao barateamento do crédito no país, o que contribui positivamente para o avanço econômico nacional. O que se procurou aqui foi verificar se essa atuação tem gerado os efeitos esperados e quantificá-los. Essas informações podem servir para orientar atuações futuras das autoridades do sistema financeiro nacional.

2. A distinção macro-micro

A taxa de juros consiste em uma variável fundamental com elevado grau de sensibilidade a fatores macroeconômicos, tais como a inflação, câmbio, nível de endividamento do setor público, etc. Responde, além disso, mas em menor grau comparativamente aos aspectos macroeconômicos, a variáveis microeconômicas, como as relativas a estrutura do mercado de crédito, características específicas das operações de crédito, etc.

Da mesma forma, o *spread* bancário é sensível ao ambiente macroeconômico e às condições microeconômicas. No entanto, diferentemente da taxa de juros, a relação de sensibilidade às variáveis tende a dar

maior ponderação às variáveis microeconômicas. Isso ocorre porque o *spread* compõe-se pela diferença entre duas taxas de juros, a do empréstimo concedido e a da captação. Essa subtração retira parte dos efeitos macroeconômicos que afetam ambas as taxas – não os elimina totalmente –, mas é suficiente para incrementar a relevância relativa dos fatores microeconômicos na composição do *spread*.

Nesse artigo, define-se a “margem” como a divisão do *spread* de uma operação de crédito pela correspondente taxa de juros. Essa definição é congruente com o índice de Lerner da microeconomia, o qual é usado como uma medida do poder de mercado das firmas participantes em uma indústria. O poder de mercado, em termos simples e genéricos, corresponde à possibilidade que as firmas detêm de elevar seus preços acima dos seus custos marginais. Quanto maior a distância entre o preço e o custo marginal como fração do próprio preço, associa-se um maior poder de mercado prevalente e subjacente na indústria.

Não há dúvida que a margem é influenciada por fatores macroeconômicos, mas os microeconômicos predominam na sua determinação. Destacam-se o número de concorrentes na indústria, o tipo de interação concorrencial entre eles, as elasticidades da demanda e, sobretudo para o presente estudo, o grau de disseminação de informação entre os demandantes do serviço ou produto, especialmente sobre os preços praticados no mercado pelos diversos ofertantes.

Operacionalmente, a predominância das condições microeconômicas na determinação das margens advém da divisão do *spread* pela taxa de juros, que filtra, em boa medida, as influências macroeconômicas a que tanto o denominador quanto o numerador estão sujeitos.

Algumas das medidas propostas em 1999 pelo Banco Central para a redução das taxas de juros e dos *spreads* bancários se dirigiam a atuar sobre os fatores ma-

croeconômicos e outras medidas, sobre os microeconômicos. A evolução dos *spreads* e, principalmente, das taxas de juros reflete com melhor fidedignidade a dinâmica das condições macroeconômicas do país no período observado. Por outro lado, o comportamento das margens no tempo é uma expressão da evolução das condições microeconômicas no mercado de operações de crédito. Uma vez que, durante o período do estudo, o Banco Central foi o principal ator sobre os fatores microeconômicos influentes nesse mercado, o movimento das margens ao longo do tempo pode indicar o impacto que, efetivamente, a atuação do Banco Central causou sobre as condições microeconômicas em geral.

Aplicando a definição:

$$\text{margem}_t = \frac{\text{spread}_t}{\text{taxa de juros}_t}$$

deriva-se que a variação percentual da margem é aproximadamente igual à diferença entre a variação percentual do *spread* e a variação percentual da taxa de juros¹, isto é,

$$\frac{\text{margem}_{t+1} - \text{margem}_t}{\text{margem}_t} \approx \frac{\text{spread}_{t+1} - \text{spread}_t}{\text{spread}_t} - \frac{\text{taxa de juros}_{t+1} - \text{taxa de juros}_t}{\text{taxa de juros}_t} \text{ ou}$$

$$\Delta\% \text{margem}_t \approx \Delta\% \text{spread}_t - \Delta\% \text{taxa de juros}_t.$$

Note-se então que, para que haja alguma redução da margem, é necessário que a redução percentual do *spread* bancário seja maior que a redução percentual da taxa de juros.

Assim, por exemplo, se a evolução das condições macroeconômicas promovem uma diminuição de 5% da taxa de juros e, também, uma redução de 5% do *spread* bancário, não se deve esperar uma significativa alteração da margem durante

¹ Essa aproximação decorre do fato matemático:

$$m = \frac{s}{t} \Rightarrow \frac{dm}{m} = \frac{ds}{s} - \frac{dt}{t}$$

esse intervalo de tempo. Nessa situação, é plausível que as melhorias das condições macroeconômicas não tenham sido acompanhadas por alterações substanciais dos fundamentos microeconômicos do mercado de operações de crédito. De outro lado, se, para a mesma redução da taxa de juros, ocorre uma redução de 10% do *spread*, uma diminuição de 5% da margem é esperada e associada a alterações microeconômicas do mercado.

3. O diagnóstico do Banco Central em 1999

Em 1999, no início do programa “juros e *spread*”, o Banco Central fez o seguinte diagnóstico sobre os níveis dos *spreads* bancários prevalentes no Brasil naquela ocasião:

“(…) os elevados *spreads* bancários no Brasil são explicados, em grande parte, pela inadimplência e pelo *reduzido nível de alavancagem de empréstimos que limita a diluição dos custos administrativos e de capital*.

(…) As instituições do sistema financeiro operam num setor altamente regulamentado pelo Governo e devem ser encaradas como quaisquer outras empresas que têm como objetivo a obtenção de lucros. A melhor postura seria vê-los como parceiros no processo de desenvolvimento, pois a eventual falta de proteção e/ou a sua repressão repercute sobre os clientes. *Sem dúvida é preciso que haja maior concorrência*, bem como mecanismos de defesa do consumidor. Contudo, o setor financeiro precisa ser tratado com equilíbrio, para que possa defender-se de maus devedores e desenvolver todas suas potencialidades.

(…) Para induzir a baixa dos juros ao tomador final, muitas medidas poderiam ser adotadas, entre as quais a redução das taxas básicas de juros e a redução da cunha fiscal, bem como medidas tendentes a diminuir o risco

de crédito e a *aumentar a eficiência e a alavancagem das instituições financeiras*. No entanto, nenhuma delas substitui a necessidade de termos um ambiente macroeconômico favorável e previsível” (grifos do autor).

A leitura do diagnóstico completo do Banco Central revela uma preocupação com os fundamentos macroeconômicos e especificidades institucionais sobre a determinação das taxas de juros e dos *spreads*. Mas, conforme se destacou no trecho citado acima, há também claras indicações do reconhecimento da relevância de fatores microeconômicos sobre essas variáveis. Concorrência, eficiência, alavancagem, diluição de custos fixos são conceitos tipicamente microeconômicos. Eles estão relacionados de uma forma tal que um ambiente com concorrência saudável estimula os concorrentes a aumentarem seus níveis de eficiência, de alavancagem e a buscarem alternativas para reduzir ou, pelo menos, diluir seus custos fixos.

Em função desse diagnóstico, o Banco Central propôs as medidas para redução dos juros apresentadas na próxima seção.

4. As medidas para reduzir os juros

Desde o princípio, o Banco Central mostrou-se disposto a adotar, na esfera de sua competência institucional, e a influenciar a adoção, no âmbito dos Poderes da União, diversas medidas para reduzir os custos e riscos bancários, contribuindo para diminuir as taxas de juros. Algumas são propostas que ainda não se concretizaram. Outras foram implementadas recentemente. Para os fins do presente artigo, destacam-se aquelas implementadas logo no início do programa em 1999. Para um sumário contendo as principais medidas adotadas e propostas até os dias de hoje, ver o anexo II do Relatório de Economia Bancária e Crédito do Banco Central de 2005.

A medida para incrementar a transparência das operações bancárias buscava

levantar informações mais detalhadas sobre juros e encargos das principais operações de crédito e divulgá-las à população. Está implementada desde outubro de 1999, quando as informações sobre os juros cobrados pelas instituições financeiras passaram a ficar disponíveis na página do Banco Central na internet.

No mesmo mês, foi reduzido de R\$ 50.000 para R\$ 20.000 o valor mínimo das responsabilidades que devem ser informadas pelas instituições financeiras ao Sistema de Informações de Crédito no bojo de medidas de ampliação da base de cobertura da Central de Risco do Banco Central (atualmente, Sistema de Informações de Crédito).

Ainda em outubro de 1999, reduziu-se o impacto do IOF nas operações de crédito para pessoas físicas por meio da diminuição da alíquota de 6% para 1,5%.

5. Descrição dos dados

Os dados usados nessa análise estão publicados na página do Banco Central (2007). Referem-se às médias mensais praticadas pelas instituições financeiras em operações de crédito do sistema financeiro com recursos livres entre janeiro de 1998 e julho de 2006. As metodologias de cálculo dessas médias estão descritas em detalhes na Circular nº 2.957/99 e atualizações posteriores. As séries coletadas correspondem às taxas de juros e aos *spreads* prefixados das seguintes modalidades ou agregados de crédito:

- dados específicos das operações para pessoas jurídicas de *hot money*, conta garantida, desconto de duplicatas, desconto de promissórias, capital de giro, aquisição de bens e *vendor*, além do agregado dessas operações sob a série denominada “pessoa jurídica” (pj);
- série denominada “pessoa física” (pf) que agrega as operações com cheque especial, crédito pessoal e aquisição de bens (incluindo CDC e automóveis); e

- série denominada “total”, que engloba uma ponderação das séries dos agregados das pessoas física e jurídica.

O crédito do sistema financeiro para pessoas físicas inclui operações com financeiras não constituídas sob a forma de banco múltiplo e operações de arrendamento mercantil, entre outras. No caso de pessoas jurídicas, estão desconsiderados os repasses de recursos oficiais, financiamento ao comércio exterior, empréstimos para capital fixo, cédulas de crédito industrial e comercial e arrendamento mercantil. Todos os dados utilizados no trabalho têm como fonte a transação PEFI300 do Sisbacen.

Além dessas duas séries, uma terceira série foi construída a partir delas, denominada margem. A margem consiste na divisão do *spread* pela respectiva taxa de juros. As três séries para cada uma das modalidades ou agregado de crédito acima são apresentadas graficamente nas figuras 1 a 13 do anexo, exibindo as suas evoluções ao longo do período das amostras. Em cada uma dessas figuras, observam-se duas linhas verticais, uma indicando outubro de 1999 e outra apontando para julho de 2001. Elas marcam, respectivamente, o fim do período anterior ao início do projeto juros e *spread* bancários e o início do período no qual se assume que algumas das medidas implementadas por força do projeto, em especial a publicação das taxas praticadas pelas instituições financeiras na página do Banco Central, já tenha causado impacto no mercado de crédito brasileiro.

6. Análise preliminar dos dados

Logo de início, fica nítido, pela figura 1, o fato de que, durante todo o intervalo da amostra, a taxa de juros para as pessoas físicas é substancialmente superior à praticada nas modalidades de operações de crédito oferecidas às pessoas jurídicas. A visualização também revela que há uma correlação manifesta entre as duas séries,

isto é, ambas evoluem no tempo de maneira bastante similar, sem se cruzarem, mantendo uma distância entre elas, que parece estar diminuindo em períodos mais recentes. A série denominada “total” corresponde a uma ponderação entre as taxas de juros para as pessoas físicas e para pessoas jurídicas. Previsivelmente, então, surge no gráfico entre as duas séries, sem nunca tocá-las, evoluindo com a dinâmica delas. As três séries apresentam uma tendência decrescente na amostra.

A figura 2 correspondente aos *spreads* para pessoa física, para pessoa jurídica e total apresenta uma ilustração análoga à figura das taxas de juros, tornando os comentários aplicáveis ao comportamento dos *spreads* qualitativamente equivalentes aos feitos à evolução das taxas de juros.

Diferentemente das taxas de juros e dos *spreads*, quando se observa a figura 3 das margens para pessoa física, para pessoa jurídica e total, não fica evidente qualquer tendência de crescimento ou redução das margens em nenhuma das três séries ao longo do tempo. Quanto aos comportamentos relativos das séries, os mesmos comentários feitos anteriormente se aplicam no caso das margens: basicamente, as três evoluem da mesma forma, correlacionadamente; as margens no caso das pessoas físicas são uniformemente superiores às margens para pessoas jurídicas, porém não se observa nenhuma tendência clara de convergência entre elas; e a série “total”, sendo uma média dessas duas, desenvolve-se entre elas.

Denomina-se o período entre janeiro de 1998 e setembro de 1999, inclusive, de período “base”. O tempo entre outubro de 1999 e junho de 2001 é considerado como período de “transição”. Durante essa transição, imagina-se que o mercado deva ter reagido à implantação de certas medidas pelo Banco Central de tal forma a acomodar-se em um novo patamar de equilíbrio. A partir de julho de 2001, o período “investigado”, assume-se que as medidas implementadas

em 1999 por iniciativa do projeto já tivessem provocado todo, ou praticamente todo, impacto sobre o mercado de crédito.

A escolha de setembro de 1999 como referência final do período base se deve ao fato de que, em outubro do mesmo ano, o Banco Central já começara a implementar algumas de suas propostas para a redução das taxas de juros e *spread* bancários das operações de crédito. Em especial, nesse mês, o Banco Central passou a publicar, na sua página na internet, informações sobre os juros cobrados pelas instituições financeiras.

O mês de julho de 2001 foi escolhido como início do período investigado porque, a partir de algum momento por volta desse mês, ocorre uma alteração no comportamento de baixa das taxas de juros determinada. Desse momento em diante, não se identifica uma tendência geral (e tão pronunciada quanto no período de transição) das taxas de juros, comum a todas as modalidades de operações de crédito analisadas.

Quanto ao comportamento das taxas de juros das diversas modalidades de operação de crédito, a inspeção visual das figuras 4 a 13 revela que, na média, as taxas de juros no período base são clara e significativamente mais altas do que no período investigado.

Com exceção das operações de crédito para capital de giro, as séries de tempo das taxas de juros e dos *spreads* das modalidades de operações de crédito passam pelo teste de verificação de consistência conceitual. Por definição, as taxas de juros devem ser superiores aos *spreads* respectivos e isso pode ser observado em 9 dos 10 gráficos das modalidades/agregados de operações de crédito. Mas, com relação ao capital de giro, há momentos durante o período base em que o *spread* igualou, e até mesmo superou (maio e julho de 99), a taxa de juros. Embora não se tenha investigado a razão dessas ocorrências estranhas, suspeita-se que esteja relacionada à metodologia de cálculo das médias mensais das variáveis.

Assim como as taxas de juros, o comportamento das séries de tempo dos *spreads* em 9 das 10 figuras aponta *spreads* menores no período investigado do que no período base. A exceção é o comportamento do *spread* da conta garantida, em que a observação sugere *spreads* maiores no período investigado do que no período base.

As séries das margens das operações de crédito apresentam evoluções no tempo que não permitem conclusões gerais e, na maioria das situações, nem específicas pela simples investigação visual. Apenas as séries das margens das operações de crédito para capital de giro, para aquisição de bens para pessoas jurídicas, relativas aos descontos de duplicatas e *vendor* permitem inferir visualmente que essas médias no período investigado são menores do que as médias do período base. O contrário ocorre com a evolução da margem da conta garantida, em que se observa o seu aumento no período investigado.

Apesar de informativa, a visualização dos gráficos não é suficiente para se chegar a conclusões melhor qualificadas e mais precisas. Assim, efetuam-se, a seguir, testes específicos que permitem avaliar o grau de significância estatística das diferenças das médias entre os períodos base e investigado.

7. Testando estatisticamente as diferenças

A tabela 1 está dividida em quatro painéis. O primeiro deles apresenta para cada agregado ou modalidade de operação de crédito a média das taxas de juros mensais praticadas pelas instituições financeiras no período base seguida pelo respectivo desvio-padrão. Logo abaixo, vem a média das taxas de juros mensais do período investigado e o desvio-padrão correspondente. A diferença entre a média base e a média do período investigado, o desvio-padrão dessa diferença e a respectiva estatística *t* são apresentadas a seguir. A significância estatística dessa diferença é avaliada por

meio de um teste *t* bi-caudal que fornece um *p-value*, o qual é reportado no painel. As mesmas estatísticas são calculadas no segundo e terceiro painéis que se referem aos *spreads* e às margens, respectivamente. Ainda nessa tabela, no painel 4, reporta-se a “diferença implícita” em pontos percentuais da margem que se esperaria observar no período investigado ao usar a expressão abaixo para estimá-la:

$$\begin{aligned} & \text{margem}_{\text{base}} - \text{margem}_{\text{investigado}} \approx \\ & \approx -(\Delta\% \text{ spread} - \Delta\% \text{ taxa de juros}) \times \text{margem}_{\text{base}} \end{aligned}$$

Em seguida, exibe-se o resultado da operação “diferença das médias das margens” menos “diferença implícita”.

A tabela 2 relata, para o período base e para o período investigado, as diferenças entre as médias das taxas de juros, *spreads* e margens entre as operações de crédito sob a modalidade pessoa física e pessoa jurídica, além dos respectivos desvios-padrão, estatísticas *t* e *p-values*.

Em conformidade com aquilo que se tinha constatado na análise preliminar, em todas as modalidades de operações de crédito estudadas neste artigo, detectam-se reduções econômica e estatisticamente significantes nas médias das taxas de juros entre o período base e o período investigado. Convém destacar a redução da média das taxas de juros nas operações de crédito para pessoas físicas, 53 p.p., refletindo a queda de 121% ao ano para 68%. A menor redução é observada nas contas garantidas, 10 p.p., caindo de 79% para 69%. Evidencia-se, também, com significâncias estatísticas elevadas, que as médias das taxas de juros referentes a operações de crédito para pessoas jurídicas são superiores às médias para pessoas físicas tanto no período base (diferença de 53 p.p.) como no período investigado (diferença de 24 p.p.). A diminuição da diferença no período investigado está de acordo com a impressão causada pelo gráfico de que há uma tendência a que ambas as séries se aproximem.

Quanto aos *spreads*, à exceção da conta garantida em que se observa um aumento de 13 p.p. (de 38% para 51%) no período investigado em relação ao período base, também se observam reduções substanciais e estatisticamente significantes. As operações de crédito para pessoas físicas mais uma vez lideram a classificação das reduções das médias no período investigado, quase 49 p.p., indo de 93% no período base para 44%. Além disso, no período base, a média dos *spreads* das operações de crédito para pessoas físicas é 52 p.p. superior à média para pessoas jurídicas, mas essa diferença diminui para 24 p.p. no período investigado, confirmando as impressões visuais do gráfico correspondente com relação ao comportamento dessas séries e a similaridade com a evolução das taxas de juros.

Como era esperado, contrastando com as magnitudes das mudanças observadas nas séries das taxas de juros e dos *spreads*, numericamente, as alterações capturadas no comportamento das margens foram, em geral, mais modestas. Entre as modalidades de operações de crédito destinadas às pessoas jurídicas, destacam-se as seguintes estimativas, todas estatisticamente significantes:

- a diminuição de 43 p.p. para capital de giro;
- as reduções de, aproximadamente, 9 p.p. nas margens dos descontos de duplicatas, de empréstimos para aquisição de bens e operações do tipo *vendor*; e
- o aumento de mais de 26 p.p. relativo à conta garantida.

No agregado, ponderando as modalidades das operações de crédito para pessoas jurídicas, a diferença entre o período investigado e o período base é estatisticamente significante, de 3,3 p.p.

A margem média das operações de crédito na modalidade para pessoa física no período investigado é 5 p.p. inferior à do período base, com ampla significância estatística.

No total, considerando todas as modalidades de operações de crédito, foi de-

tectada uma pequena redução de 1,2 p.p., que não atingiu nem o patamar de 10% de significância estatística. Esses três últimos comentários estão em consonância com a inspeção visual realizada na seção anterior em que não se notava, a princípio, nenhuma tendência evidente na evolução das séries das margens.

Resta ainda comentar que, em todas as modalidades de crédito analisadas, a “diferença implícita” das margens nos períodos base e investigado subestimou as magnitudes das diferenças determinadas pelas subtrações das respectivas médias. A origem dessas subestimações reside na aproximação numérica a partir da qual se pretende fazer a correspondência entre a variação percentual das margens e a diferença entre as variações percentuais dos *spreads* e das taxas de juros. Essa correspondência é válida para pequenas variações percentuais, até 5%, por exemplo. No entanto, nos casos analisados, as variações atingem valores muito superiores a isso. A maior discrepância ocorre na modalidade de crédito “capital de giro”, 18,2 p.p. Há uma situação, relativa às notas promissórias, em que a diferença implícita é positiva, enquanto a diferença das médias é negativa, mas ambas estão bastante próximas de zero.

8. Discussão dos resultados

As marcantes e inequívocas diferenças positivas entre as médias das taxas de juros no período base e no período investigado são correlacionadas às melhorias das condições macroeconômicas do Brasil ao longo dos últimos anos. É verdade que o Banco Central teve participação importante nesse processo de fortalecimento da economia nacional. Mas a redução das taxas de juros foi resultante, também, de outros fatores, alguns além do poder de influência do Banco Central, pelo menos tão relevantes quanto a própria atuação do Banco Central. Dessa forma, não é possível quantificar o

impacto específico das medidas adotadas pelo Banco Central na redução das taxas de juros no período, embora se saiba que algum efeito, de fato, existiu.

Discutiu-se anteriormente que o *spread* bancário é uma quantidade, em certa medida, um pouco menos sensível às variações do cenário macroeconômico que a correspondente taxa de juros e um tanto mais sensível às alterações microeconômicas. Com isso em mente, é possível vislumbrar alguma explicação baseada em aspectos microeconômicos para o fato de que a média dos *spreads* das operações de crédito relativas à conta garantida no período investigado tenha se revelado superior à média do período base, apesar da reconhecida melhoria das condições macroeconômicas brasileiras durante esse tempo.

Aparentemente, para essa modalidade de operação de crédito, a adoção das medidas pelo Banco Central não teria surtido o efeito desejado. Mas essa conclusão pode ser apressada, pois, não fosse por essas medidas, existe a possibilidade de que o aumento do *spread* tivesse sido ainda maior. De qualquer forma, embora não se explorem as razões potenciais para isso neste texto, essa evidência indica que pode ter havido fortes “pressões” microeconômicas advindas, por exemplo, da elevação do poder de mercado das instituições financeiras durante o intervalo da amostra. Se assim, de fato, ocorreu, as medidas adotadas pelo Banco Central teriam sido insuficientes para contrapor essas pressões, no caso da conta garantida.

Quanto às nove demais modalidades de operações de crédito, nessa altura da discussão, ainda não é possível avaliar se as medidas do Banco Central preponderaram sobre as pressões microeconômicas, apesar da aparência afirmativa traduzida pelas reduções observadas das médias desses *spreads*. Essa impossibilidade se deve ao fato – não se pode esquecer – de que houve simultaneamente uma melhoria das condições macroeconômicas atuantes

na mesma direção das medidas voltadas para o aperfeiçoamento dos fundamentos microeconômicos adotadas pelo Banco Central.

Conforme já se discutiu neste artigo, a análise da evolução das margens colabora para aprimorar o entendimento a respeito do comportamento do mercado de operações de crédito, por ser uma variável mais afeta a fatores microeconômicos do que aos macroeconômicos, em vista do seu processo de cálculo que, em termos amplos, “filtra” boa parte das influências macroeconômicas. Oito das dez séries de modalidades ou agregados de crédito analisadas neste estudo exibiram redução das margens no período investigado com relação ao período base. Dessas oito, sete, entre elas a modalidade/agregado “pessoa física”, atingem significância estatística ao nível de 5%. Essa evidência pode ser interpretada como uma melhoria das condições microeconômicas do mercado de operações de crédito. E mais: como, pelo menos no intervalo de tempo estudado, o Banco Central foi a autoridade institucional brasileira que atuou nesse mercado com vistas ao seu melhor desempenho, adotando as principais medidas específicas para tal finalidade, pode-se associar as reduções das margens ou, pelo menos, boa parte dessa redução à atuação do Banco Central.

Quanto ao fato de que duas modalidades de operações de crédito (notas promissórias e conta garantida) registraram aumento das margens no período investigado, com relação ao período base, não invalida a assertiva global feita logo acima. Pelo contrário, pode, na verdade, reforçá-la, pois revela a possibilidade de ter havido “pressões” de natureza microeconômica atuando no mercado de operações de crédito na direção de aumentar a margem das instituições financeiras. Interpretando os achados dessa forma, pode-se chegar à conclusão de que as medidas do Banco Central foram potentes o suficiente para se contraporem às pressões microeconômicas

e reduzirem, inequivocamente, as margens de 7 das 10 modalidades/agregados de operações de crédito. Assim, pode-se fazer a leitura de que, não fossem essas medidas, provavelmente essas margens teriam aumentado no período investigado.

Um achado previsível refere-se à superioridade das taxas de juros, *spreads* e margens das operações de créditos destinadas às pessoas físicas em relação às destinadas às pessoas jurídicas, em ambos os períodos da análise. Todas as diferenças computadas entre pessoas físicas e jurídicas são significantes estatisticamente com baixíssimos *p-values*. Um elemento surpreendente é a magnitude das diferenças das taxas de juros (53 p.p.) e *spreads* (52 p.p.) praticadas entre as pessoas físicas e jurídicas no período base. Houve uma redução substancial dessas diferenças no período investigado, para 24 e 23 p.p., respectivamente. As diferenças das margens mantiveram-se relativamente estáveis em 16 e 14 p.p. nos períodos base e investigado, respectivamente.

Neste ponto, vale discutir as razões pelas quais as variáveis referentes às pessoas físicas são superiores às correspondentes às pessoas jurídicas, em geral. Quanto ao *spread*, mesmo que se aperfeiçoem os fatores microeconômicos sobre os quais se sustenta o mercado de operações de crédito, existirão sempre custos fixos, relativos, por exemplo, à estrutura administrativa bancária, cujas diluições serão tanto mais efetivas quanto maiores forem os montantes das operações de crédito. Os empréstimos concedidos às pessoas jurídicas atingem, tipicamente, valores bastante superiores aos valores das operações de crédito a pessoas físicas. Assim, os custos fixos médios atribuídos às operações daquela natureza são menores que os desta, o que explica, em parte, os menores *spreads* observados nas operações de crédito a pessoas jurídicas. Além disso, os custos administrativos e os custos que traduzem os riscos de crédito, por si só, são mais altos nas operações de pessoas físicas normalmente.

Em função disso, os impactos dos impostos indiretos nas operações com pessoas físicas são mais elevados do que os verificados nas empresas, contribuindo para a elevação do *spread* cobrado pelos bancos nas operações com pessoas físicas, já que são maiores os valores de recolhimento de PIS e COFINS (cuja base de cálculo é o faturamento ou *spread* bruto).

Lembrando-se que as taxas de juros correspondem à adição do *spread* bancário ao custo de captação (custo marginal das operações e crédito), mesmo que esses custos fossem iguais tanto para empréstimos destinados a pessoas físicas como jurídicas, pelo fato de os *spreads* serem superiores para aquelas pessoas em relação a estas, esperava-se que as taxas de juros praticadas para pessoas físicas fossem maiores que para pessoas jurídicas.

O que não é tão evidente e imediato assim, no entanto, é a relação entre as margens dessas duas categorias de operações de crédito. Afinal, trata-se de um quociente entre o *spread* e a taxa de juros. No caso da pessoa física, o numerador e o denominador são maiores que os da pessoa jurídica, de modo que aquele quociente pode ser igual, maior ou menor do que este. A margem é uma grandeza bem menos influenciada pelos custos fixos que o *spread* e retrata com melhor precisão a relação entre a taxa de juros (preço) e o custo de captação (custo marginal). E essa relação pode ser um reflexo das condições concorrenciais no mercado. A princípio, paralelamente ao argumento matemático, não se enxergam razões econômicas para que as margens das operações das pessoas físicas devam ser superiores às das pessoas jurídicas. As circunstâncias no Brasil podem ser tais que a concorrência neste mercado seja mais acirrada do que naquele.

9. Conclusão

Neste artigo, procurou-se quantificar os efeitos que algumas medidas propostas

pelo Banco Central em 1999, destinadas especificamente a modificar alguns fatores microeconômicos que afetam diretamente o mercado de operações de crédito, provocaram sobre a taxa de juros, o *spread* bancário e a margem bancária. Em especial, a publicação na internet dos juros cobrados pelas instituições financeiras – acredita-se – causou boa parte dos efeitos estimados, ao estimular a concorrência em preços entre os participantes desse mercado. Não resta a menor dúvida de que o Banco Central é uma das principais instituições a zelar pela economia do país. Mas há outras que também se dedicam a isso. O ponto importante a se notar aqui é que, em termos de aspectos microeconômicos, o Banco Central é uma das poucas, senão a única, autoridade governamental com competência para exercer influência direta sobre o mercado de operações de crédito e, certamente, a principal a ter tomado a iniciativa de adotar medidas com potencial de impacto imediato nesse mercado em 1999. Essa preponderância é o que permite associar as mudanças observadas nas margens bancárias à atuação do Banco Central.

A aparente melhoria das condições microeconômicas do mercado de operações de crédito ocorreu simultaneamente às melhorias das condições macroeconômicas. Isso dificulta alcançar um discernimento a respeito de qual elemento, de fato, foi refletido na variação de algumas variáveis observadas. Claramente, os aprimoramentos na esfera macroeconômica que o país tem experimentado nos últimos anos afetaram em proporção bem maior que os microeconômicos as reduções observadas das taxas de juros e dos *spreads*. Isso é um resultado esperado em função de haver toda uma fundamentação teórica em macroeconomia que liga essas variáveis ao ambiente macroeconômico.

Uma variável que é bem menos sensível ao cenário macroeconômico e que, portanto, pode informar a respeito dos impactos das medidas modificadoras de aspectos

microeconômicos é a margem bancária. Essa variável, também conhecida como índice de Lerner em textos de organização industrial, é especialmente associada ao tipo ou nível de concorrência entre as firmas participantes de um mercado determinado. A análise da evolução da margem ao longo dos últimos anos fornece evidências estatísticas que permitem, com bom grau de confiança, inferir que certas medidas adotadas pelo Banco Central promoveram, de fato, um aperfeiçoamento das condições concorrenciais no mercado de operações de crédito, expresso por reduções das margens bancárias em períodos posteriores à implementação das medidas.

Os testes e procedimentos estatísticos aplicados neste estudo são bastante simples, elementares até. No entanto, proporcionaram resultados que são, qualitativa e quantitativamente, bastante plausíveis e coerentes, destacando-se as reduções estatisticamente significantes das margens bancárias de 5,1 e 3,3 p.p. relativas às operações de crédito para pessoas físicas e jurídicas, respectivamente, no período investigado com relação ao período base. Reconhece-se que um estudo como este pode ser aperfeiçoado em diversas direções, dependendo, principalmente, da disponibilidade de dados. De qualquer forma, com os dados disponíveis publicamente por ocasião deste estudo, acredita-se que se tenha avançado na tarefa de avaliar a atuação de instituições como o Banco Central na economia brasileira. Aliás, essa constituía uma das motivações iniciais do trabalho: provocar uma discussão melhor estruturada e quantificada a respeito desse tema.

Embora se percebam aqui um elogio à atuação do Banco Central e um reconhecimento do esforço institucional para o aprimoramento do mercado de operações de crédito brasileiro, é inegável que há ainda um amplo espaço para a redução das taxas de juros, dos *spreads* e das margens. Tanto isso é verdade e reconhecido que, no segundo semestre de 2006, o Governo

Federal anunciou um novo pacote de medidas que visam justamente a estimular a concorrência no setor bancário, que é um dos principais fatores microeconômicos que influencia a determinação dos níveis dessas variáveis. Espera-se, portanto, dentro de algum tempo, realizar-se um novo estudo como o presente – certamente mais detalhado e aprofundado – que revele evidências a respeito do impacto que o pacote de medidas adotado agora exerce ou exercerá sobre as condições microeconômicas desse mercado crucial para toda a economia brasileira.

Referências

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Circular n. 2.957, de 30 de dezembro de 1999. *Banco Central do Brasil*, Brasília, 1999a. Disponível em: <<http://www5.bcb.gov.br/normativos/detalhamentocorreio.asp?N=099299599&C=2957&ASS=CIRCULAR+2.957>>. Acesso em: [200-].

_____. *Juros e spread bancário no Brasil*. Brasília, 1999b.

_____. *Relatório de economia bancária e crédito*. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pec/spread/port/rel_econ_ban_cred.pdf>. Acesso em: [200-].

_____. *Séries temporais*. Brasília, 2007.

LUNDBERG, E.; BADER, F. Ações e medidas: avaliação e propostas. In: BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Economia bancária e crédito: avaliação de 5 anos do projeto juros e spread bancário*. Brasília, 2004.

Anexos

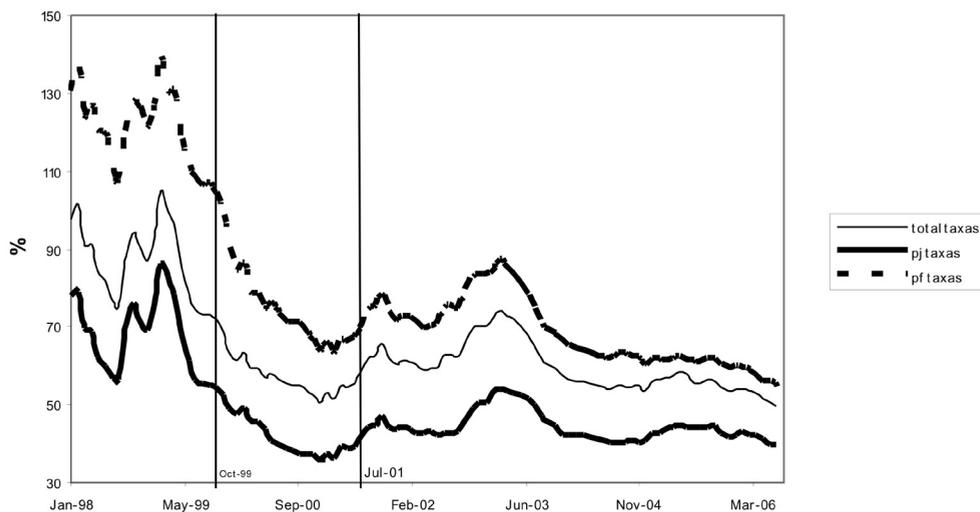


Figura 1 – Taxa de Juros: Pessoas Físicas, Pessoas Jurídicas e Total, Jan 98 – Jul 06

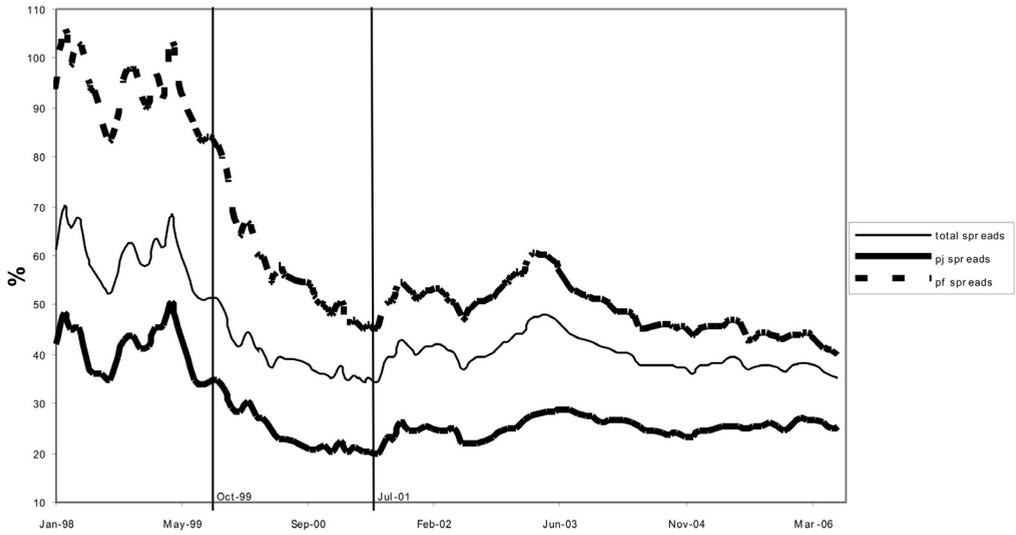


Figura 2 – Spread: Pessoas Físicas, Pessoas Jurídicas e Total, Jan 98 – Jul 06

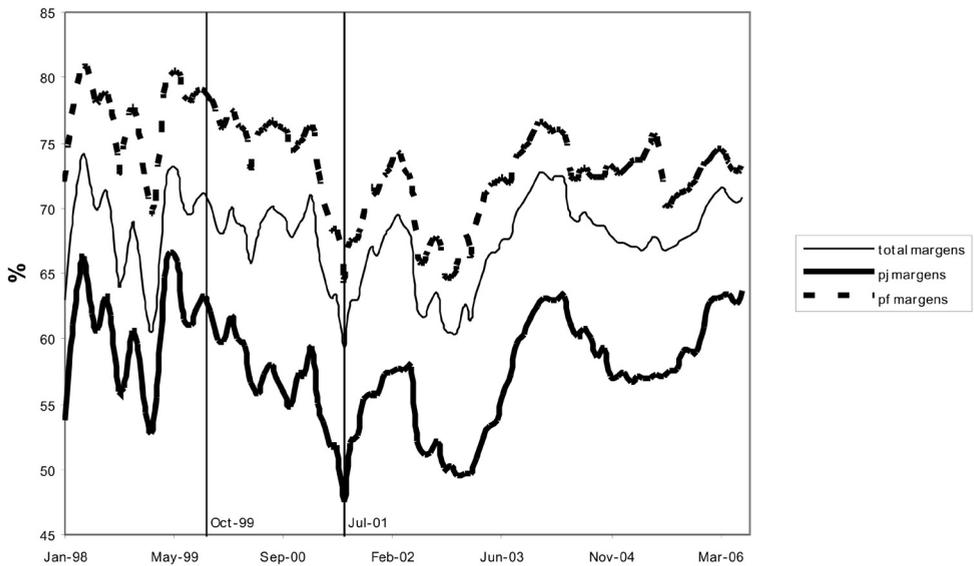


Figura 3 – Margem: Pessoas Físicas, Pessoas Jurídicas e Total, Jan 98 – Jul 06

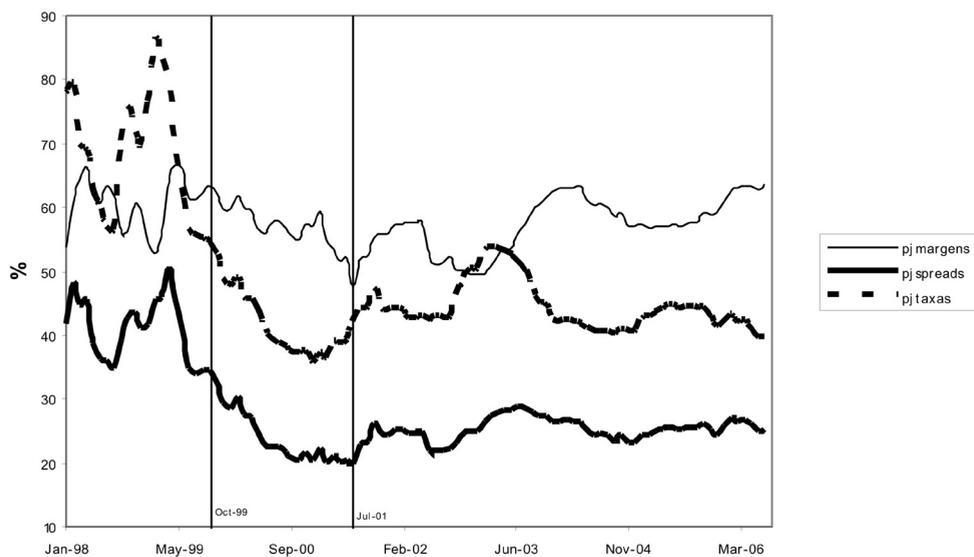


Figura 4 – Taxa de Juros, *Spread* e Margem (Total), Jan 98 – Jul 06

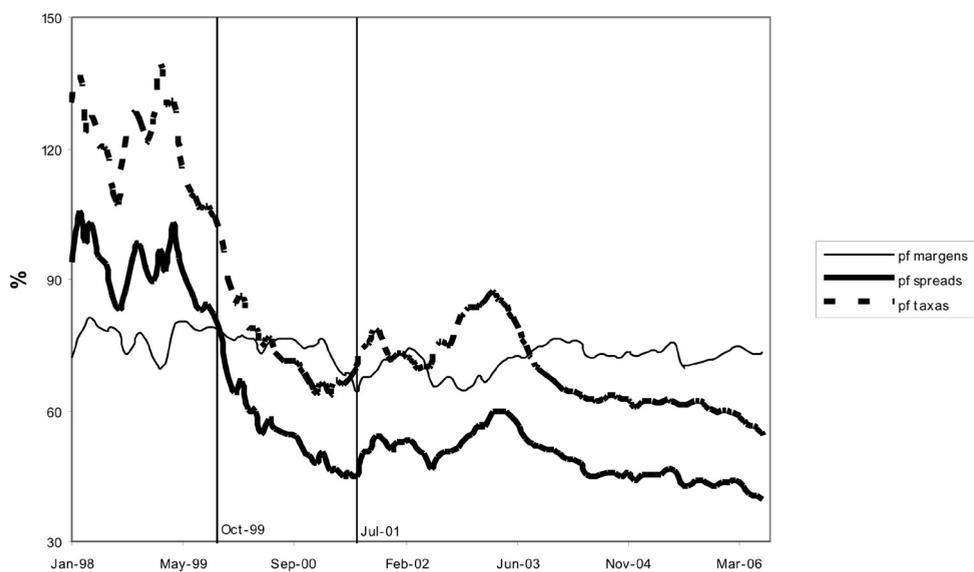


Figura 5 – Taxa de Juros, *Spread* e Margem (Pessoa Física), Jan 98 – Jul 06

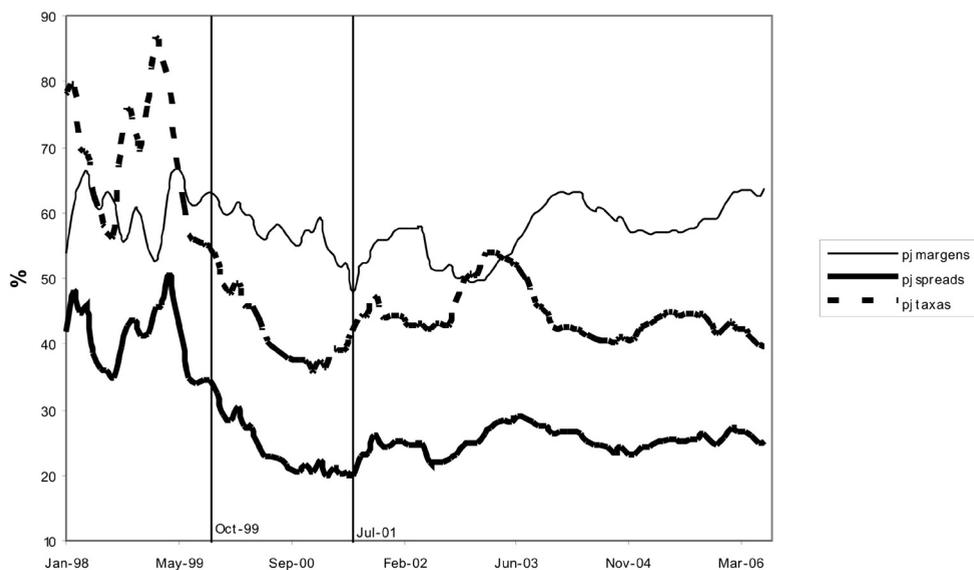


Figura 6 - Taxa de Juros, *Spread* e Margem (Pessoa Jurídica), Jan 98 - Jul 06

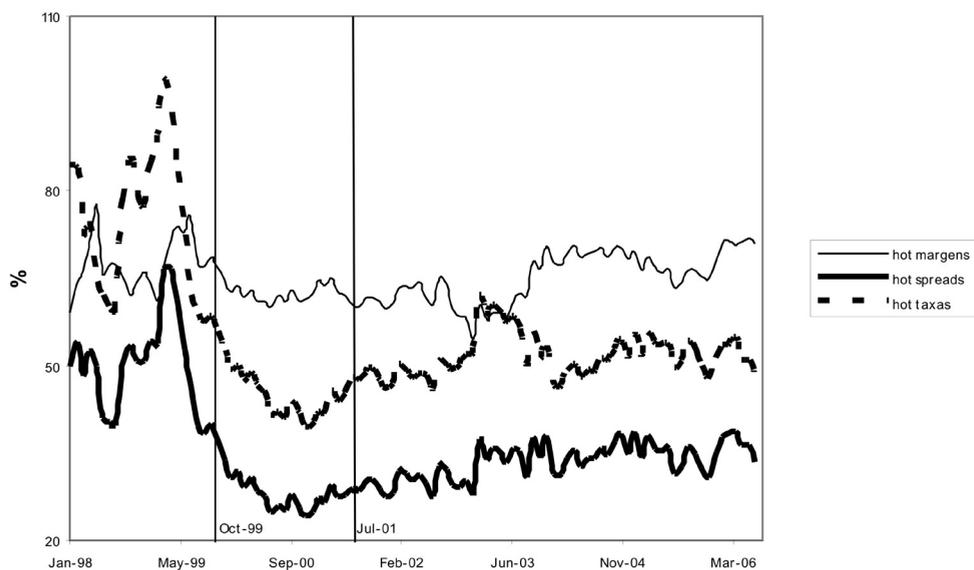
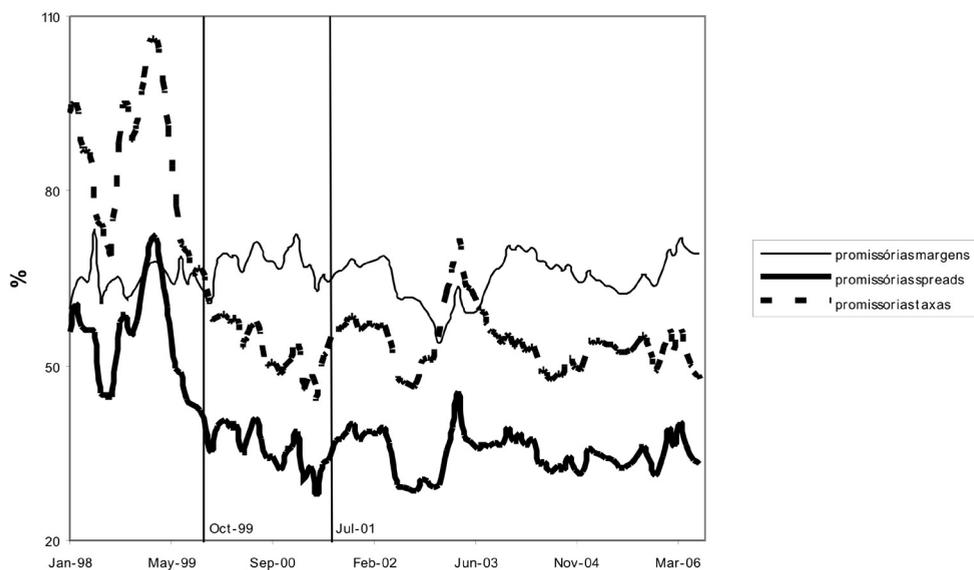
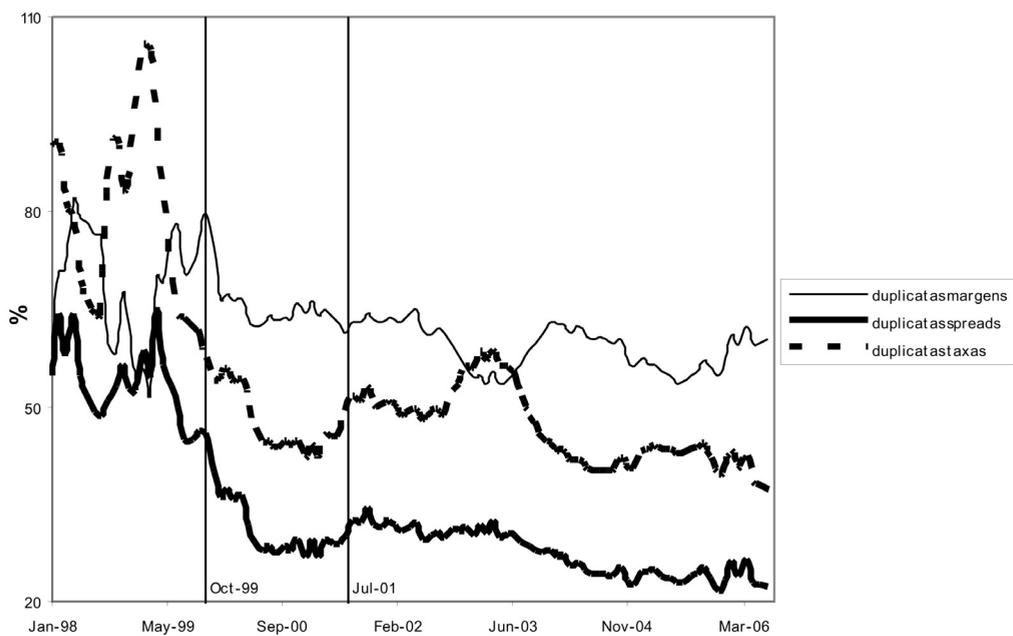


Figura 7 - Taxa de Juros, *Spread* e Margem (Hot money), Jan 98 - Jul 06



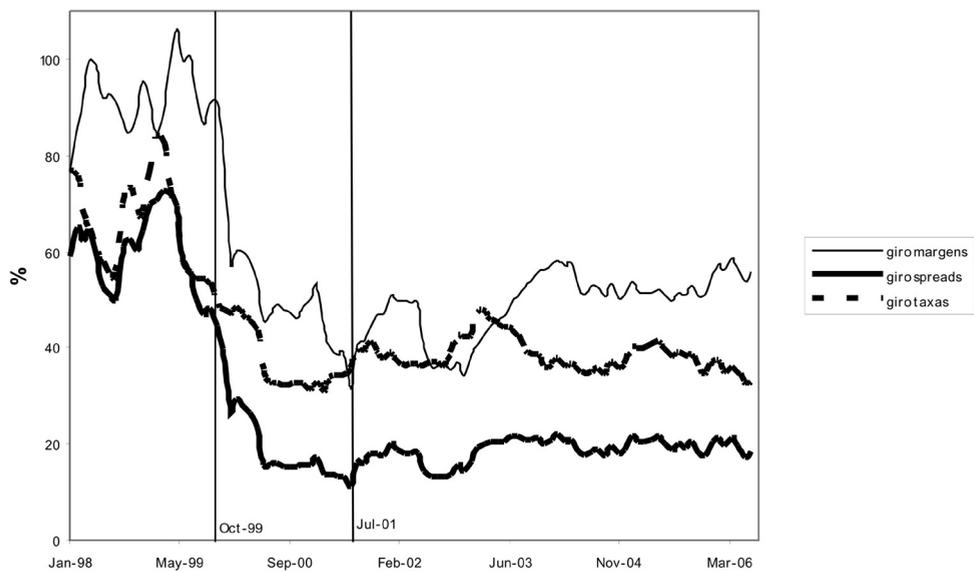


Figura 10 – Taxa de Juros, Spread e Margem (Giro), Jan 98 – Jul 06

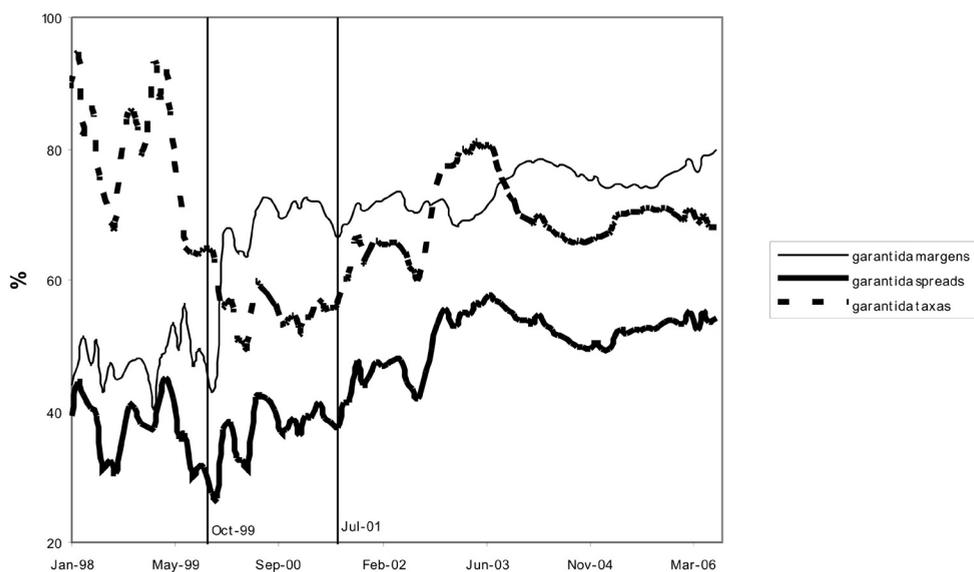


Figura 11 – Taxa de Juros, Spread e Margem (Garantida), Jan 98 – Jul 06

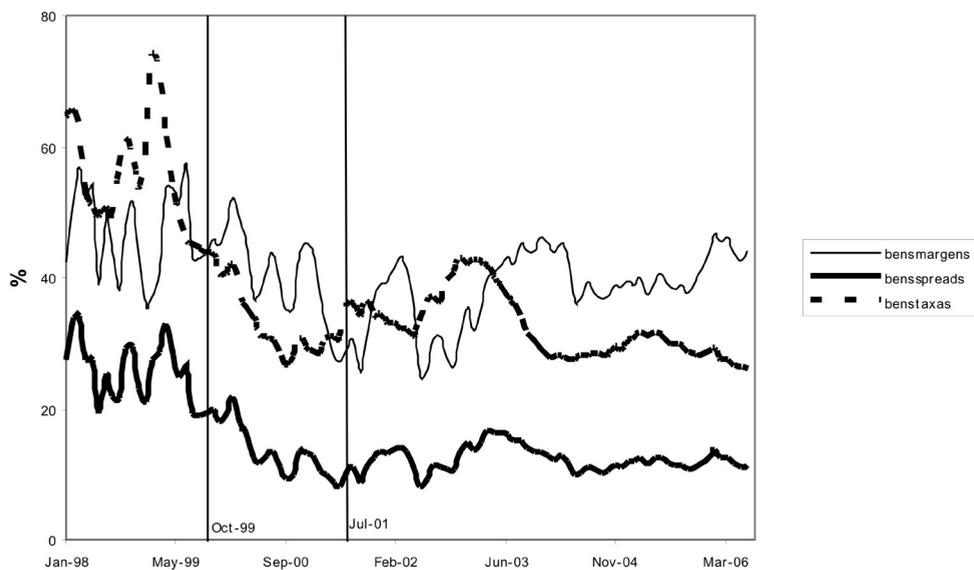


Figura 12 – Taxa de Juros, *Spread* e Margem (Aquisição de Bens), Jan 98 – Jul 06

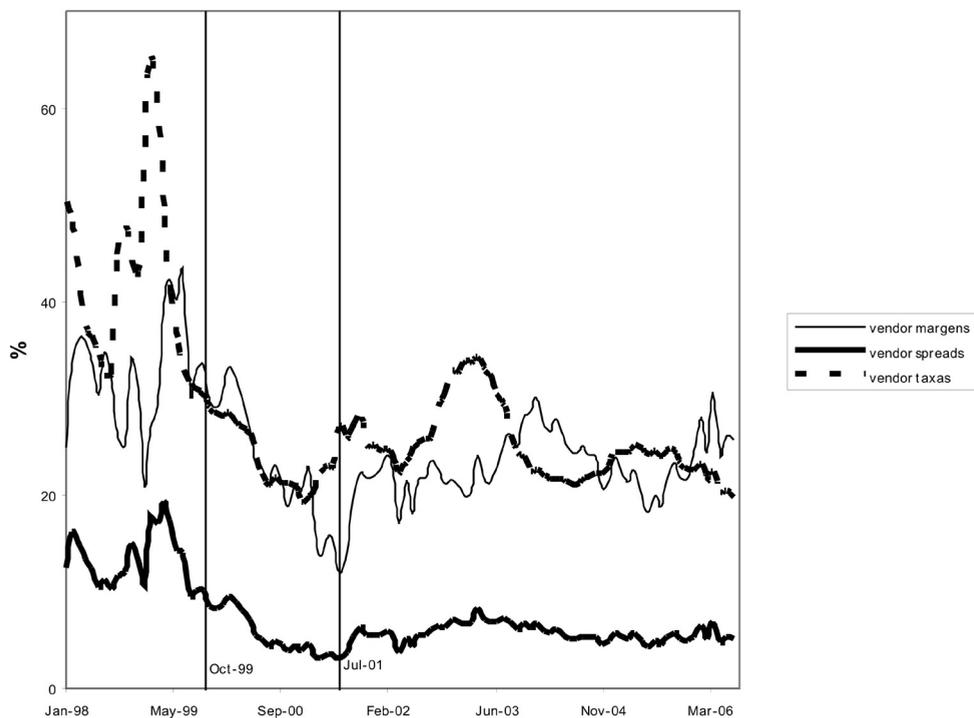


Figura 13 – Taxa de Juros, *Spread* e Margem (Vendedor), Jan 98 – Jul 06

Tabela 1 – Médias, diferenças, *p-values*
de modalidades/agregados de operações de crédito

	total	pj	pf	hot	duplicatas	promissórias	giro	garantida	bens	vendor
Painel 1										
média taxa anual até set 99	87,5%	68,6%	121,4%	75,3%	80,4%	85,7%	66,5%	79,3%	55,8%	42,3%
desvio padrão da média da taxa anual até set 99	4,0%	4,2%	3,4%	4,7%	9,0%	3,0%	6,9%	3,6%	6,9%	6,0%
média taxa anual após jul 01	59,5%	44,3%	68,3%	51,5%	46,4%	53,9%	38,3%	69,1%	32,4%	25,0%
desvio padrão da média da taxa anual após jul 01	6,1%	3,7%	8,7%	3,7%	5,8%	4,8%	3,3%	5,4%	4,8%	3,7%
diferença das médias das taxas (p.p.)	28,0	24,3	53,0	23,8	34,0	31,8	28,1	10,3	23,5	17,2
desvio padrão da diferença das médias da taxa anual (p.p.)	1,3	1,1	1,5	1,2	2,2	1,0	1,6	1,2	1,7	1,4
estatística t	21,6	22,2	34,2	20,0	15,7	31,6	17,7	8,8	14,1	12,1
<i>p-value</i> do teste t (21+61-2) graus de liberdade	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
Painel 2										
média <i>spread</i> até set 99	59,7%	41,3%	92,9%	50,6%	54,3%	55,8%	60,9%	37,7%	26,1%	13,5%
desvio padrão da média do <i>spread</i> até set 99	5,6%	4,9%	6,6%	8,0%	5,7%	8,7%	7,8%	4,5%	4,7%	2,8%
média <i>spread</i> após jul 01	39,9%	25,3%	48,8%	33,5%	27,5%	35,1%	18,7%	51,0%	12,3%	5,7%
desvio padrão da média do <i>spread</i> após jul 01	3,2%	1,8%	5,1%	3,2%	3,6%	3,4%	2,5%	4,4%	1,8%	1,0%
diferença das médias dos <i>spreads</i> (p.p.)	19,8	16,0	44,2	17,1	26,8	20,7	42,2	-13,3	13,8	7,8
desvio padrão da diferença das médias do <i>spread</i> (p.p.)	1,3	1,1	1,7	1,8	1,4	2,0	1,7	1,2	1,1	0,6
estatística t	14,9	14,5	26,7	9,4	19,7	10,5	24,3	-11,1	13,1	12,4
<i>p-value</i> do teste t (21+61-2) graus de liberdade	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
Painel 3										
média margens até set 99	68,5%	60,5%	76,7%	67,5%	68,7%	65,1%	92,0%	47,7%	47,0%	32,5%
desvio padrão da média da margem até set 99	4,0%	4,2%	3,4%	4,7%	9,0%	3,0%	6,9%	3,6%	6,9%	6,0%
média margens após jul 01	67,3%	57,2%	71,6%	65,0%	59,2%	65,1%	49,0%	73,9%	38,4%	22,8%
desvio padrão da média da margem após jul 01	3,4%	4,3%	3,2%	4,4%	3,4%	3,9%	6,8%	3,3%	5,7%	3,4%
diferença das médias das margens (p.p.)	1,2	3,3	5,1	2,4	9,5	0,0	43,0	-26,2	8,6	9,7
desvio padrão da diferença das médias da margem (p.p.)	1,0	1,1	0,9	1,2	2,0	0,9	1,8	0,9	1,7	1,4
estatística t	1,2	2,9	5,7	2,0	4,7	0,0	23,3	-27,9	4,9	6,9
<i>p-value</i> do teste t (21+61-2) graus de liberdade	23,1%	0,4%	0,0%	4,7%	0,0%	96,9%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
Painel 4										
diferença implícita das margens (p.p.)	0,8	2,1	2,9	1,5	4,9	0,0	24,8	-23,0	5,1	5,6
diferença das médias - diferenças implícitas (p.p.)	0,4	1,2	2,2	0,9	4,6	0,0%	18,2	-3,2	3,5	4,1

Fonte: Compilação do autor com base em dados do Banco Central

Tabela 2: Diferenças e *p-values* entre médias
nos períodos base e investigado

	taxa	spread	margem
diferença entre pf e pj período base (p.p.)	52,7	51,6	16,2
desvio padrão da diferença período base (p.p.)	1,2	1,8	1,2
estatística t	44,3	28,7	13,6
<i>p-value</i> do teste t (21+21-2) graus de liberdade	0,0%	0,0%	0,0%
<hr/>			
diferença entre pf e pj período investigado (p.p.)	24,0	23,5	14,4
desvio padrão da diferença período investigado (p.p.)	1,2	0,7	0,7
estatística t	19,9	33,8	20,9
<i>p-value</i> do teste t (61+61-2) graus de liberdade	0,0%	0,0%	0,0%

Fonte: Compilação do autor com base em dados do Banco Central

Prevenção geral positiva e proteção de bens jurídicos

Possibilidades e contradições no Estado Democrático de Direito

Cristiano Tutikian

Sumário

1. Introdução. 2. O funcionalismo sistêmico luhmanniano no direito penal. 3. Sociedade, direito penal e norma jurídica: a prevenção geral positiva. 4. Constituição e proteção de bens jurídicos: o direito penal no Estado Democrático de Direito. 5. Considerações finais.

1. Introdução

O presente ensaio tem por objetivo, a partir da análise das teorias da prevenção geral de Jakobs, Mir Puig e Roxin, determinar, ainda que de forma sucinta, as funções coerentes ao direito penal em um Estado Democrático de Direito, em face da existente divergência doutrinária acerca da proteção de bens jurídicos.

Para tanto, no item 2 (“O funcionalismo sistêmico luhmanniano no direito penal”), é abordada a crescente influência da teoria sistêmica de Luhmann nas formulações teóricas penais, sendo apontados os principais pontos de convergência entre a teoria dos sistemas e a teoria de Jakobs.

No item 3 (“Sociedade, direito penal e norma jurídica: a prevenção geral positiva”), tendo como base a análise sistêmica do item anterior, é analisada especificamente a teoria da prevenção geral positiva de Jakobs, no intuito de demonstrar a função de estabilização das expectativas normativas atribuídas pelo autor ao direito

Cristiano Tutikian é mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Advogado em Porto Alegre/RS

penal, em detrimento à proteção de bens jurídicos.

Por fim, no item 4 (“Constituição e proteção de bens jurídicos: o direito penal no Estado Democrático de Direito”), tendo como base a abordagem crítica de Mir Puig e Roxin à teoria de Jakobs, é demonstrada como função primordial do direito penal no Estado Democrático a proteção de bens jurídicos, contrariando-se as formulações de Jakobs.

2. O funcionalismo sistêmico luhmanniano no direito penal

Os juristas têm buscado na teoria sistêmica o marco teórico à solução de problemas que, no desenvolvimento mais recente do pensamento penal, não foram solucionados. Essa perspectiva baseia-se na concepção luhmanniana do Direito como instrumento de estabilização social, de orientação das ações e de institucionalização das expectativas (Cf. BARATTA, 2004, p. 2).

A teoria dos sistemas sociais de Luhmann, pois, é de especial interesse, na medida em que influenciou decisivamente a orientação funcionalista de Jakobs. Como ressalta Luhmann (2002, p. 76), “la teoría de sistemas desarrolla una descripción de la sociedad de contenido mucho más rico y concreto, aparte de que puede aplicar esta descripción a otros sistemas de funciones de la sociedad”.

A perspectiva sistêmica autopoietica permite afirmar que estão presentes no interior do sistema, de forma redefinida, a problemática do risco e do paradoxo. Com isso, é possível se compreender porque Luhmann (2002) define o Direito “como uma estrutura de generalização congruente em três níveis: temporal, normal, social (institucionalização) [sic] e prático ou objetivo (núcleo significativo)”. Em um mundo complexo, o comportamento social exige determinadas graduações, as quais possibilitam expectativas comportamentais

recíprocas e que são orientadas a partir de expectativas sobre tais expectativas. A função do Direito, assim, reside na “sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as dimensões” (ROCHA, 2005, p. 31-32).

O Direito para Luhmann (2002, p. 85), portanto, é descrito como um sistema autopoietico e autodiferenciador: é o próprio Direito que produz todas as distinções e descrições que utiliza, de modo que sua unidade nada mais é do que sua própria autoprodução, ou seja, “autopoiesis”. Por conseguinte, a sociedade deve ser tratada como o ambiente social que possibilita e suporta essa “autopoiesis”¹.

Como explica Lynett (2005, p. 13), as sociedades modernas, na teoria dos sistemas, caracterizam-se por sua complexidade. Para facilitar a orientação do homem no mundo, são criados mecanismos de redução da complexidade, como os sistemas sociais, “dentro dos quais o direito marca os limites da configuração que se dá a si mesma a sociedade e que a caracteriza de uma determinada maneira”. Na tarefa de redução de complexidade, destaca-se a estrutura da expectativa, que passa, assim, a ter importância decisiva.

¹ “El compromiso con la autoobservación y la autodescripción del objeto es condición de posibilidad de una razonable descripción científica, realista e incluso, me atrevería a decir, empíricamente adecuada. De otro modo, habría que tener el valor de negar que en el derecho existen autoobservaciones y autodescripciones. Estas reflexiones obligan a reconocer que aquello que existe como teoría del derecho ha nacido en conexión con las autodescripciones del sistema jurídico. Se trata de esfuerzos teóricos que aunque tengan disposición a la crítica respetan, en primer lugar, el derecho y declaran su adhesión a las obligaciones de las normas correspondientes. Esto es válido tanto para las teorías jurídicas en sentido estrecho – las que se han desarrollado a partir de la práctica casuística y que refieren sus reglas a principios generales como, por ejemplo, el principio de protección de la confianza –: como también para las teorías de reflexión sobre el sistema jurídico – las que representan el valor específicamente propio de la producción del derecho y el sentido de su autonomía”. (LUHMANN, 2002, p. 70-71).

Para Luhmann (2002), a sociedade existe e funciona por meio dos indivíduos, a ponto de afirmar que os indivíduos sem sociedade seriam simples animais dotados apenas de instinto; sua identidade, como pessoas, é alcançada precisamente por meio da sociedade. A sociedade, no entanto, possui uma identidade própria que transcende aos sujeitos, sendo composta não por indivíduos, mas, sim, por comunicações: o sistema social é composto por todas as comunicações. Para sua existência, a sociedade necessita de um código comunicativo que transcenda aos indivíduos e às consciências individuais. Esse código comunicativo permite que os sujeitos coordenem suas ações individuais, conforme os respectivos significados imersos no próprio código, de modo a dar lugar, objetivamente, à existência de determinadas expectativas, as quais se apresentam em conformidade com o sentido ou significado social que possuem as próprias ações. A convivência social, dessa forma, é dotada de um elemento de estabilidade e de “calculabilidade”, o que, de outro modo, não seria possível (Cf. EIBE, 2006).

Essa expectativa é uma expectativa normativa e, como tal, pode ser defraudada. A defraudação da expectativa, contudo, não é a regra, mas a exceção. O sistema social reage em face de uma defraudação, respaldando a expectativa, o que permite a cada indivíduo que intervém na comunicação social conhecer quais expectativas decorrem de comportamentos alheios, além das expectativas que são pelos demais forjadas, em razão de seus próprios comportamentos. Criam-se expectativas de expectativas, a partir do sentido comum dos atos e gestos, com o que o “caos” do imprevisível e a total contingência são substituídos, na convivência social, pela ordenação daquilo que é esperado (Cf. GARCÍA AMADO, 2000).

Essa segurança que torna previsível tanto o comportamento próprio como alheio, sob pautas comuns, não seria possível sem o Direito, conforme ressalta Amado (2000):

“El derecho permite la generalización de esas expectativas de expectativas, les da un alcance que rebasa el tiempo, la situación y los partícipes de cada interrelación particular, permite su vigencia como estructuras sociales. Desde el momento en que se sostiene que las estructuras de los sistemas sociales consisten en expectativas, se introduce un elemento de inseguridad, pues siempre cabe que las expectativas se vean defraudadas. Tiene que existir, por consiguiente, algún mecanismo que permita a los sistemas mantenerse aun en tales casos. Dos son, según Luhmann, las posibilidades de que disponen al efecto, y ambas tienen que ver con el modo de configurar esas expectativas. Una solución consiste en que se presenten como expectativas cognitivas, con lo cual su frustración sirve como nueva fuente de conocimientos y germen de una nueva expectativa, que sustituye a la anterior (...). La otra estrategia posible consiste en que las expectativas defraudadas no se varíen, sino que se mantengan y se refuercen. Son expectativas normativas. Aquí los sistemas ya no adaptan a las circunstancias, sino que defienden sus estructuras contra ellas”.

É a existência estruturada de expectativas que não se alteram em face de qualquer frustração que possibilita a orientação intersubjetiva de condutas, isto é, o Direito e o sistema jurídico existem para que sejam asseguradas essas expectativas não modificáveis por atos particulares dos indivíduos: “Por eso afirma Luhmann que la función del derecho se aplica como estabilización contrafáctica de expectativas de comportamiento, con lo cual las normas jurídicas serían expectativas de comportamiento contrafácticamente estabilizadas” (AMADO, 2000)².

² Afirma Luhmann que “Una sociedad compleja puede ser únicamente descrita - aun cuando para

Se for produzida a defraudação de uma expectativa normativa, deve reagir-se de tal maneira que se reafirme a validade da norma; e uma dessas reações (Luhmann admite outras) é justamente a imposição de uma sanção – este é o aspecto da concepção luhmanniana que mais influencia o funcionalismo de Jakobs. O sistema social, com sua comunicação e conseqüente participação dos indivíduos no código comunicativo comum, possui sentido por permitir que os sujeitos orientem suas condutas intersubjetivamente, evitando a “incalculabilidade” de possibilidades que poderiam surgir em qualquer relação intersubjetiva. O Direito é, por isso, o mecanismo que assegura, de uma forma geral, as expectativas

normativas, permitindo, em última instância, a manutenção do sistema, inclusive no caso de defraudação daquelas: “Es decir, Luhmann no considera al Derecho como un medio para evitar conflictos – prevención general negativa – sino como forma de reforzar el mantenimiento de las expectativas, y por ende del orden social – prevención general positiva” (EIBE, 2006).

O Direito não é em si um meio para evitar, prever ou preparar conflitos, mas canalizá-los, pois na própria estrutura de suas normas está implícita a previsão do conflito – há sempre a alternativa de cumprimento ou descumprimento. É precisamente o conflito, o descumprimento, que exerce o efeito paradoxal de reforçar a expectativa normativa, na medida em que desencadeia os mecanismos tendentes à imposição contrafáctica dessa expectativa, a qual aparecerá, então, reforçada em relação ao futuro (Cf. GARCÍA AMADO, 2000).

O Direito se apresenta para Luhmann como um código comunicativo (“a unidade da diferença entre Direito e Não-Direito”), no sentido da manutenção de sua estabi-

ello se renuncie a una descripción adecuadamente compleja (requisite variety) –, por medio de una teoría compleja. Y no es de otro modo que pueda lograrse un juicio sobre el derecho de la sociedad” (LUHMANN, 2002, p. 79).

lidade e autonomia, “mesmo diante de uma imensa complexidade (excesso de possibilidades comunicativas) – através da aplicação de um código binário” (ROCHA, 2005, p. 42)³. Portanto, a reação punitiva, a partir de uma perspectiva sistêmica, terá como função principal restabelecer a confiança e reparar ou prevenir os efeitos negativos que a violação da norma produz para a instabilidade do sistema e para a integração social (BARATTA, 2004, p. 3). Por meio da sanção, o Estado demonstra aos cidadãos ser possível continuar confiando em uma norma, ainda que, em determinada situação, tenha sido violada: demonstra a impossibilidade de vigorar uma concepção especial de mundo que possui um sujeito, preservando-se as condutas dos indivíduos com base nas expectativas gerais, ou seja, a finalidade da pena é a de “manter a vigência da norma como modelo de contato social” (LYNNET, 2005, p. 12).

3. Sociedade, direito penal e norma jurídica: a prevenção geral positiva

A sociedade, como visto no item anterior, é constituída por meio de normas e, a partir dessas normas, os sujeitos individuais alcançam sua identidade. Nesta mirada, corresponde ao direito penal a função de velar pelo elemento essencial de tais normas, solucionando, por conseguinte, o problema social básico, que consiste na subsistência das normas que estruturam a base do social. Isso significa que o objetivo do direito penal é a preservação da sociedade, a ponto de a prática jurídico-penal ser considerada como um exercício de

³ De acordo com Rocha (2005, p. 43-44), o sistema jurídico, como um sistema autopoietico, encontra-se diante de uma interação “auto-referente, recursiva e circular de seus elementos internos (clausura operativa), os quais, por isso, não apenas se auto-organizam, mas também, se autoproduzem, isto é, produzem os elementos necessários para sua reprodução. Assim, suas condições originárias tornam-se independentes do meio envolvente e possibilitam sua própria evolução”.

autopreservação da própria sociedade e, apenas de forma mediata, de preservação da identidade individual⁴.

A partir dessas afirmações, verifica-se, nos fundamentos da caracterização atribuída ao direito penal por Jakobs, que se encontram, em boa medida, traços da teoria luhmanniana na função comunicativo-simbólica do direito penal e em seu caráter de reforço das expectativas normativas, já que para o referido autor a missão da pena não é a de evitar lesões de bens jurídicos, mas reafirmar a vigência da norma⁵.

Quando produzidas conseqüências desfavoráveis em razão de violação de uma norma, e quando essas conseqüências, em face da estabilidade do sistema, deixam de ser toleráveis, intervém a reação punitiva. Por isso, *sua função primária é de prevenção positiva*; daí ser a pena prevenção-integração no sentido de que sua função primária é a de exercitar o reconhecimento da norma e a fidelidade

⁴ “Sin tal función, el sentido de las normas penales decae, pues con el fin de la sociedad acabaría también toda posibilidad de que los individuos pudieran organizadamente defender su identidad y, más aún, desaparecería también la posibilidad de que el individuo tuviera una identidad que le permitiera percibir unos intereses que fueran algo más que puros instintos. Es la identidad de la sociedad la que permite la identidad de los sujetos singulares” (GARCÍA AMADO, 2000).

⁵ “El elemento central de esta concepción es la función que atribuye a la pena. Jakobs sostiene que el Derecho penal encuentra su fundamento en su necesidad para garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales (aquellas de las que depende la propia configuración o identidad normativa de la sociedad) frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente y ponen a ésta, por tanto, en cuestión como modelo general de orientación en el contacto social. Jakobs no ha descrito siempre del mismo modo, sin embargo, la forma en que, más concretamente, el Derecho penal presta tal garantía a la sociedad. En particular, se han ido produciendo variaciones muy significativas en lo referente al papel que juega un elemento particularmente discutido, el del ‘ejercicio de la fidelidad en el Derecho’ (el aprendizaje como alternativa inaceptable de conducta de comportamiento defectuoso al que se asocian consecuencias desfavorables), en su concepción de la prevención general (positiva)” (PEÑARANDA RAMOS, 2000). Nesse aspecto, pertinente a lição de Callegari (2001, p. 171-172)

perante o direito por parte dos membros da sociedade (Cf. BARATTA, 2004, p. 3)⁶.

Figueiredo Dias (2001, p. 76-77) diz ser “prezável” o ponto de partida das doutrinas da prevenção geral, em especial pelo prisma das teorias sistêmico-sociais, sendo destacada a função do direito penal como tutela subsidiária de bens jurídicos, o que se reflete na natureza e legitimação da pena, além da expressão simbólica desta de reafirmação contrafáctica de fidelidade ao Direito. A prevenção geral está, ao contrário das doutrinas retributivas, diretamente ligada à função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos: exige-se da pena uma atuação preventiva sobre os membros em geral de uma comunidade, tanto no momento de sua ameaça abstrata, como no de sua concreção e efetiva execução. Assim, para o aludido autor, é inócua a argumentação no sentido de que

sobre o princípio da confiança: “Em princípio, todos podemos confiar que os outros cidadãos se comportarão respeitando as normas, a não ser que existam evidências em sentido contrário. Partir de uma sociedade de desconfiança em que se propusesse o contrário – a disposição permanente de infringir as normas por parte dos outros cidadãos – seria atentar contra a idéia do Direito como ordem vinculante nas relações sociais. O princípio de desconfiança conduz ao contra-senso de que o Direito se desautorize a si mesmo como sistema regulador de condutas vinculantes para todos os cidadãos. (...) Com efeito, no campo do Direito Penal, o princípio da confiança tem uma função concreta: delimitar o alcance da norma de cuidado, atenção ou diligência com respeito à atuação de terceiras pessoas”.

⁶ “El delito es una amenaza a la integridad y la estabilidad sociales, en cuanto constituye la expresión simbólica de una falta de fidelidad al derecho. Esta expresión simbólica hace estremecer la confianza institucional y la pena es, a su vez, una expresión simbólica opuesta a la representada por el delito. Como instrumento de prevención positiva, ella tiende a restablecer la confianza y a consolidar la fidelidad al ordenamiento jurídico, en primer lugar en relación a terceros y, posiblemente, también respecto del autor de la violación (...). Lo que importa en la valoración negativa delictivo y en la adscripción de responsabilidad penal a un individuo, no es tanto la producción consciente y voluntaria de un hecho lesivo de bienes o intereses dignos de tutela, sino el grado de intolerabilidad funcional hacia la expresión simbólica de infidelidad en relación con los valores consagrados por el ordenamiento positivo” (BARATTA, 2004, p. 3-4).

os índices de criminalidade são crescentes, o que demonstraria a inefetividade de uma finalidade de prevenção geral da pena: “Logo por ser indiscutível que uma tal finalidade acaba por se cumprir relativamente à maioria (a uma esmagadora maioria!) da população; e depois porque o argumento só poderia provar alguma coisa – se provasse – contra efectividade da pena e nada contra a finalidade que lhe é assinalada”.

Desse modo, vai afirmar Jakobs (2004) que, para a sociedade existir, é necessário que pelo menos uma norma seja válida, compreendendo norma como “the expectation that a person will behave in a certain way in a certain situation”.

Para que a norma não seja compreendida apenas como uma certa regularidade no ambiente do indivíduo e para que sua validade não seja apenas uma outra denominação para um possível efeito, ou seja, para que o dever-ser (*Sollen*) não se dissolva em ser (*Sein*), é preciso destinar a atenção a algo além dos indivíduos. Dessa forma, para Jakobs (2004) a norma será válida sempre que determinar o conteúdo de uma possível comunicação: “whenever the expectation directed to a person is stable”. É a norma, pois, que determina a comunicação. As normas válidas possuem sentido de acordo com o esquema de deveres/liberdade dos indivíduos, não de acordo com o esquema de satisfação/relutância individual. A determinação de quando uma norma deva ser seguida ou não, no esquema da satisfação/relutância, não permite que o nível de normatividade do esquema dever/liberdade (dever-ser) seja alcançado. A comunicação não é determinada nem pelo ganho obtido com o cumprimento da norma, nem pelo mal que deriva de sua infringência; ao revés, diz Jakobs (2004) que “an intelligent costs/benefits calculation suggests a certain behavior is a statement about the world of acting individuals, not about the world of social beings, that is, of persons”⁷.

⁷ Jakobs (2004) afirma que a distinção entre “norma” determinada pela personalidade e uma

Por conseguinte, uma norma legal será válida, ainda quando infringida – desde que a infringência da norma seja representada como tal na comunicação (“what can be infringed must stand as valid”): em caso de infringência, a expectativa dura mais do que o imperativo. Por isso, nem a infringência da norma, nem a sua validade podem ser produzidas por puro ato de força; conseqüentemente, o ato de sancionar também não pode ser reduzido à pura força. Tanto a infringência como a sanção devem ser entendidas como comportamento comunicativo, já que a validade da norma emerge por meio da comunicação, e não por meio de pura força. A sanção, assim, é a resposta a um ato, o qual deve ser concebido como

“inteligência” determinada pela individualidade é claramente identificada na crítica de Feuerbach a Hobbes. Os indivíduos em Hobbes submetem-se a alguém em posição de superioridade em relação aos demais, para superar as preferências individuais, tendo em vista especialmente a necessidade de proteção. Feuerbach afirma que um Estado com esses fundamentos não é nada mais do que uma “divertida” variação do Estado de Natureza. A diferença entre a Sociedade Civil e o Estado de Natureza é neutralizada, o que significa que as normas, assim como a própria estrutura da sociedade, ainda não foram concebidas. A crítica de Feuerbach a Hobbes também pode ser dirigida a Kelsen, ainda que com uma limitação. De acordo com Kelsen, se um sistema de regras torna-se uma ordem normativa, quando o sistema está estabelecido totalmente de uma forma efetiva, apenas algumas pessoas estariam envolvidas: aqueles que se beneficiam com esse sistema e aqueles que pelo menos o toleram. Esse grupo de pessoas, em razão da *Grundnorm*, inclina-se a aceitar o sistema e a Constituição. O sistema de regras é compreendido como um sistema de deveres e, portanto, as pessoas que integram aquele grupo comportam-se como pessoas – e não como indivíduos determinados que agem de acordo com o esquema satisfação/relutância. Mas, para as outras pessoas envolvidas que reconhecem no sistema de regras nada mais do que o deliberadamente estabelecido, um ambiente nocivo, não é possível estabelecer as fundações de uma força comunicativa que forme laços consistentes, que é a necessidade de aceitar a Constituição. Essas pessoas denunciarão que a opressão por meio da regularidade não altera o conceito. Quando, nessa situação, a comunicação não se faz possível, não há qualquer relação com uma sociedade. Se o discurso do sistema de regras prevalecer, os oprimidos serão tratados como pessoas e, portanto, obrigados a adotar determinadas condutas, quer as compreendam ou não.

um protesto contra a validade da norma, ou seja, contra a própria configuração da sociedade. A resposta que é a sanção não busca uma confirmação indireta do contexto social; é a própria confirmação direta. Quando a sociedade sanciona, está recusando uma modificação em sua configuração, recusando o ato criminoso como uma opção possível. A sociedade insiste contra esse propósito para alterar-se, justamente permanecendo no *status quo*. Essa é a prevenção geral positiva: sancionando-se diversas vezes as condutas criminosas, faz com que estas não sejam mais alternativas a serem consideradas (Cf. JAKOBS, 2004)⁸.

É por isso que, para Jakobs (2004), a legitimação material do direito penal decorre da necessidade de garantir a vigência das expectativas normativas essenciais, que são, segundo Cancio Meliá (2005, p. 109), “aquelas das que depende a própria configuração ou identidade da sociedade”, diante das condutas que contrariam a norma correspondente e, por conseguinte, o modelo geral de orientação no contato social.

Note-se que, enquanto o racionalismo moderno tem no indivíduo o núcleo de toda sua legitimidade, de modo a ser o Direito justificado somente a serviço da liberdade individual, a ponto de a legitimidade de toda forma social basear-se unicamente no livre consentimento dos indivíduos, os fundamentos funcionalistas chocam-se frontalmente com esses pressupostos. Os fundamentos do racionalismo individualista são invertidos, a ponto de ser a sociedade erigida como constitutiva do humano, ao aportar as referências a partir das quais o indivíduo pode simultaneamente entender a si próprio e aos demais (Cf. GARCÍA AMADO, 2000).

Daí afirmar Jakobs (2005, p. 31-34) que, de acordo com a doutrina dominante, o

direito penal destina-se à proteção dos bens jurídicos; entretanto, a relevância dos bens é relativa, pois se refere apenas a uma situação ameaçada: “Visto desse modo, o direito penal já não garante a existência dos bens jurídicos em si, mas, sim, que as pessoas não ataquem esses bens e, de maneira correspondente, unicamente dessa forma, tratar-se-á de bens jurídicos como meros bens que poderão perecer”. O direito penal não serve para a proteção genérica de bens jurídicos, mas “para a proteção de bens contra certos ataques, e só no que se refere a essa proteção de bens, aparecerão na ótica do direito e, portanto, serão considerados, bens jurídicos”. Ao garantir a vigência da norma, não a proteção de bens jurídicos, o direito penal está garantindo a expectativa de que não se produzam novas ameaças a esses bens, ou seja, “bem” não é representado por um objeto físico, mas “como norma, como expectativa garantida”.

Conseqüentemente, a referência social está na infração do papel a ser desempenhado pelos indivíduos. Junto com a organização social relativa à posse de bens, que importam dever negativo, existe dever que decorre de instituições positivas – há uma confiança especial que não deve ser defraudada. Dessa forma, não se espera que as pessoas evitem toda lesão a um bem; mas que tenham o suficiente cuidado daquilo que lhes compete, ou seja, que os indivíduos não violem seu papel de fidelidade ao Direito (Cf. JAKOBS, 2005, p. 34-38).

A partir dessas noções, chega Jakobs (2005, p. 35, 39) a uma concepção de ordenamento jurídico:

“[...] o direito não é um muro construído para proteger os bens, é, sim, a estrutura que garante a relação entre as pessoas. Portanto, o direito penal como proteção dos bens jurídicos significa que uma pessoa, apegada a seus bens, é protegida das ameaças de outra pessoa. [...]. Seja como for, o reconhecimento da devida atribuição de responsabilidade em função da

⁸ “The sanction has a function without causing any psychological effects. Even if right after an act and its sanctioning the next act comes, the sanction has fulfilled its function as long as the next act is the next act. It’s not the deception of some kind of private expectation, but of an expectation that belongs to the social configuration”. (JAKOBS, 2004).

teoria da imputação objetiva é, queiramos ou não, o reconhecimento de uma ordem estabelecida em função de papéis, isto é, em função das relações entre as pessoas, e isto significa, por sua vez, em função de determinadas expectativas normativas, ou seja, de normas que não são, por sua vez, bens de pessoas determinadas”.

Portanto, os fundamentos construídos pelas doutrinas liberais para limitar a atividade punitiva do Estado, como o princípio do delito como lesão de bens jurídicos e o princípio da culpabilidade, são de certo modo superados e substituídos por elementos de uma teoria sistêmica: *o indivíduo deixa de ser o centro e o fim da sociedade e do Direito para se converter em um subsistema físico-psíquico* (Cf. BARATTA, 2004, p. 5).

Essa “exasperada normatização”, segundo Figueiredo Dias (2001, p. 106), pode implicar um “perigoso resvalamento” da pena e do direito penal, em direção a uma função simbólica e, até mesmo, “a uma função simbólica puramente negativa”, gerando por consequência sua utilização “pelas classes dirigentes na via da autodefesa dos seus privilégios e do aumento exponencial das margens da exclusão social”. A função social primária do direito penal seria, na verdade, a tutela dos bens jurídicos, constituindo a estabilização das expectativas normativas “apenas uma forma plástica de tradução daquela idéia essencial”.

4. *Constituição e proteção de bens jurídicos: o direito penal no Estado Democrático de Direito*

A prevenção geral positiva não está imune a contundentes críticas, em que pese a concepção retributiva, em um Estado Democrático como o brasileiro, não ser uma alternativa viável⁹. Esta, por si só, não serve

⁹ De acordo com Mir Puig (1994, p. 116-117), a concepção mais tradicional da pena é a que enxerga nela a retribuição exigida para fins de Justiça, em razão do cometimento de um delito. A pena não possui,

de legitimação à imposição de sanção penal para a proteção da sociedade, dependendo sempre da determinação de seus objetos e de seus limites: a prevenção legitimará a pena quando exercida de forma adequada (Cf. MIR PUIG, 1994, p. 119).

A prevenção geral – que, dirigida à sociedade, visa a impedir o surgimento de novos delinquentes – pode se manifestar pela via da intimidação, onde a ameaça da imposição de uma pena pretende infligir um temor que sirva como um freio à tentação de delinquir; e também como afirmação do Direito aos olhos da coletividade, perseguindo uma finalidade de internalização positiva, na consciência coletiva, da reprovação jurídica dos delitos e, por outro lado, a satisfação do sentimento jurídico da comunidade. Daí decorre um primeiro limite à prevenção geral, no dizer de Mir Puig (1994, p. 121):

“[...] la gravedad de las penas tendentes a evitar delitos no puede llegar hasta el máximo de lo que aconsejaría la pura intimidación de los eventuales delincuentes, sino que debe respetar el límite de una cierta proporcionalidad con la gravedad social del hecho. Dicho límite impediría también, viceversa, dejar de castigar o señalar penas ínfimas a delitos gravísimos.

nessa perspectiva, a característica de um instrumento dirigido à consecução de fins utilitários de bem-estar social, como afirma o autor, apresentando-se exclusivamente como uma exigência ética derivada do valor Justiça, nos moldes de um imperativo categórico kantiano: “Sea útil o inútil para asegurar la paz social, la pena debe imponerse si lo exige la Justicia”. Essa concepção é insustentável em um Estado Democrático que está legitimado tão-somente para intervir por meio da sanção penal em benefício da sociedade. Isso porque uma sociedade plural admite a concorrência de distintos sistemas de valores. O único modo para tornar possível a coexistência democrática de todos os grupos sociais é por meio da renúncia à imposição de penas em razão de exigências meramente éticas, limitando-se a evitar lesões a bens jurídicos: “El Estado democrático no tiene derecho algum a imponer por la fuerza la Justicia sobre la tierra. Su labor, la única para la que está legitimado, es más modesta pero más realista: hacer Política social”.

[...]. Entre dos medios delictivos de distinta gravedad, el delincuente tendrá así motivos para evitar la forma más gravemente penada de alcanzar su propósito [...].”

A imposição de uma pena está submetida a uma série de limites normativos, os quais servem de garantia ao indivíduo, prestigiando-se, assim, o núcleo principiológico do direito penal clássico que, em razão das conquistas liberais, inclinou-se à prevenção geral¹⁰. Um Estado de Direito deve respeitar o princípio da legalidade, tanto no sentido de oferecer segurança ao cidadão, para saber quando poderá ser submetido a uma pena, como no sentido político liberal, pelo qual cabe somente aos representantes do povo no parlamento decidir quando pode ser imposta uma pena. Entretanto, um Estado Democrático de Direito, além do princípio da legalidade, encontra outros limites: o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, o princípio da culpabilidade pelo fato, o princípio da proporcionalidade e o princípio da ressocialização. Com Mir Puig (1994, p. 127), a conclusão a que se chega, portanto, é a de que “[...] la pena es un instrumento hoy por hoy fundamental en la lucha contra el delito y en pro de la seguridad ciudadana, pero lo es no tanto porque sea el medio más eficaz de control social imaginable, sino, en cierto modo, al revés, porque constituye una forma limitada de prevención, sometida a garantías ya irrenunciables en un Estado social y democrático de Derecho”.

Com isso, demonstra o referido autor a possibilidade de um modelo de direito penal compreendido a serviço da função de prevenção. A prevenção, no entanto, deve ser limitada, principalmente pelas idéias de *proporcionalidade* e *culpabilidade*,

conciliando-se, assim, as necessidades de proteção da sociedade, por meio da prevenção jurídico-penal, com a conveniência de submeter essa intervenção preventiva a certos limites, os quais derivam em grande parte da consideração do indivíduo, não somente da coletividade (Cf. MIR PUIG, 1994, p. 130). Essa é uma das consistentes críticas feitas à doutrina da prevenção geral positiva formulada por Jakobs (2004).

A formulação de Jakobs (2004), ainda segundo Mir Puig (1994, p. 134, 138), visa à ampliação da intervenção do direito penal, pois a única meta do direito penal seria a de garantir a função “orientadora” das normas jurídicas, tratando apenas de exercitar a confiança nas normas, a fidelidade no Direito e a aceitação das conseqüências no caso de infração. Entretanto, para que sejam respeitadas as conquistas da modernidade e, por conseguinte, a autonomia moral dos indivíduos, a prevenção geral positiva para um direito penal democrático somente será adequada se for compreendida em um sentido restritivo. A missão do direito penal não deve ser a de incidir na consciência ético-social dos cidadãos, o que representaria uma transgressão ao limite representado pelo foro interno dos indivíduos.

Ao demais, no Estado Democrático deve-se privilegiar, em detrimento da criminalização exacerbada de condutas, uma política social adequada, para que sejam estabelecidas soluções de longo prazo aos problemas oriundos da delinquência. Assim, a estabilização das expectativas não deve ser realizada, primariamente, pela imposição de sanções, mas por outros meios menos lesivos e funcionalmente equivalentes. Não bastasse, Jakobs opta por atender somente às necessidades do funcionamento do sistema, negando a função limitadora de referentes materiais, como o bem jurídico, o que torna sua teoria mais perigosa do que as teorias retributivas (Cf. MIR PUIG, 1994, p. 138-139).

No Estado Democrático, o direito penal deve castigar unicamente ataques a bens

¹⁰ Como bem afirma Eagleton (1998, p. 62), não se deve olvidar as conquistas das revoluções burguesas, a luta contra as brutalidades do Antigo Regime que legou importantes conquistas nas esferas da liberdade, justiça e direitos humanos, além de uma rica herança cultural.

jurídicos, sendo concebido como um mal menor, admissível somente na medida em que estritamente necessário. É preciso, antes de tudo, que outros meios de defesa menos lesivos não sejam suficientes para a tutela da estabilização social¹¹.

No mesmo sentido é a posição de Roxin (2006, p. 19): “A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos”. Na base dessa concepção está a idéia de que deve haver um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, garantindo-se a cada um a proteção estatal necessária, assim como a liberdade individual possível. Por essa razão, e para que sejam assegurados também o respeito aos direitos humanos e a possibilidade de uma coexistência pacífica, o Estado deve garantir as instituições estatais adequadas para que seja alcançado esse fim. Dessa forma, Roxin denomina *bens jurídicos* todos os “objetos legítimos de proteção das normas que subjacem a estas condições”, ou seja, bens jurídicos são as “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”.

Assim, Roxin (2006, p. 19) critica o modelo de direito penal de Jakobs, destinado a evitar a diminuição da vigência da norma, dizendo que um sistema social não deve ser mantido por ser um valor em si mesmo; deve, sobretudo, atender aos homens que vivem naquela sociedade. Por isso, a norma não pode pretender apenas a obediência dos cidadãos; um Estado Democrático

somente pode consistir em “um viver em comunidade pacífico e livre onde se respeite os direitos humanos dos membros da sociedade”, de modo que não se pode, como apregoa Jakobs, proteger a vigência das normas por meio de opções políticas, tendo em vista a regulação da vida livre dos indivíduos. Isso guia, com bem afirma Roxin (2006), à discricionariedade e arbitrariedade legislativa:

“A política criminal como tal não é certamente uma ciência; sem embargo, o desenvolvimento das fronteiras do processo legislativo, quanto ao conteúdo, desde as diretrizes político-criminais de um ordenamento constitucional liberal e de Estado de Direito, pertence perfeitamente às tarefas científicas da jurisprudência, independentemente da questão de se este desenvolvimento se dá no marco da doutrina ou da judicatura constitucional”.

Das críticas alinhavadas e da necessidade de tutela de bens jurídicos decorre que o apelo direto à teoria dos sistemas mostra sua insuficiência para a obtenção de efeitos práticos da aplicação do Direito. Como afirma Figueiredo Dias (2001, p. 47), torna-se impossível emprestar ao conceito de bem jurídico a indispensável concretização: “os bens do sistema social se transformam e se concretizam em bens jurídicos dignos de tutela penal (em bens jurídico-penais) através da ordenação axiológica jurídico-constitucional”. Por isso diz Streck (2004, p. 308-309) ser imprescindível um redimensionamento na hierarquia dos bens jurídicos, para que sejam devidamente adaptados à sua dignidade constitucional, lembrando ser fenômeno comum nas Constituições do segundo pós-guerra a previsão de preceitos que alargam a incidência do direito penal, tendo em vista a proteção de direitos coletivos, “cuja tutela se impõe para que haja uma justiça mais autêntica, ou seja, para que se atendam as exigências de justiça material”. É preciso, pois, “introjetar na concepção de bem jurídico-penal a idéia de que uma

¹¹ Mir Puig (1994, p. 167) alerta para o fato de que o princípio de exclusiva proteção de bens jurídico-penais é somente um entre os distintos princípios que limitam o *ius puniendi* em um Estado Social e Democrático de Direito.

série de valores constitucionais de feição coletiva necessitam de proteção penal”¹².

O problema, contudo, que decorre dessa concepção é a inobservância do princípio da intervenção mínima do direito penal, princípio este que, embora de conotação liberal e neoliberal, pode e deve ser compatibilizado com um Estado Social de índole intervencionista.

Segundo Callegari (2001, p. 199-200), não há contradição na compatibilização dessas noções, na medida em que “a admissão de um Estado social, que intervém para procurar bem-estar aos cidadãos, não obriga postular como desejável um intervencionismo penal que restrinja a liberdade do cidadão mais além do que o imprescindível para sua própria proteção”.

Não se deve, entretanto, com Canotilho (2001, p. 101-104), olvidar que a Constituição é ordenação global do Estado e da sociedade, sendo concebida a serviço da democratização do Estado e da sociedade, ou seja, é um programa de ação pelo qual a sociedade se constitui em unidade socioeconômica e política, rejeitando a idéia de um Estado inerte e existente em si¹³. A

¹² Afirma Streck (2004, p. 308) sobre a controvérsia acerca do conceito de bem jurídico: “Estando isto claro, vale registrar, no particular, a existência de uma grave controvérsia acerca da extensão e das funções desse conceito (bem jurídico) a partir do dissenso surgido entre a postura dos penalistas liberais, que defendem uma compreensão demasiadamente restrita do conceito, e aqueles que defendem o reconhecimento jurídico-penal de valores supra-individuais, cuja posição quanto à funcionalidade dessa instituição jurídica assenta-se em uma concepção organizativa, interventiva e atenta à realidade social. Essa contenda não foi ainda suficientemente percebida e apreendida pelo conceito dogmático de bem jurídico, e este conflito acarreta uma confusão quanto aos bens que devem prevalecer numa escala hierárquica axiológica, para fins de serem relevantes penalmente e, portanto, merecedores de tutela dessa natureza”.

¹³ “Com efeito, perguntar pela ‘força dirigente’ e pelo ‘carácter determinante’ de uma lei fundamental implica, de modo necessário, uma indagação alargada, tanto no plano teórico-constitucional como no plano teórico-político, sobre a função e a estrutura de uma constituição. Deve uma constituição conceber-se como ‘estatuto organizatório’, como simples ‘instrumento

Constituição brasileira apresenta, portanto, uma linha diretiva para o Estado: suas normas comandam a atividade do legislador, inclusive do legislador penal, para que sejam alcançados os objetivos do constituinte. Não há absoluta liberdade de conformação legislativa, seja para o estabelecimento de crimes e penas, seja para descriminalizações; há, de um lado, a proibição de excesso e, de outro, a proibição de proteção deficiente (Cf. STRECK, 2004, p. 310).

Daí se retira que “não há blindagem que proteja a norma penal do controle de constitucionalidade” (STRECK, 2004, p. 311), já que nenhum setor do Direito está imune à vinculação constitucional. Por conseguinte, *a teoria do bem jurídico passa também a depender da materialidade da Constituição*.

O direito penal também deve servir como um instrumento interventivo, organizador e transformador da sociedade. As políticas criminais devem estimular o acontecimento de um direito penal que materialize os indícios axiologicamente hierarquizados na Constituição, a partir de demandas sociais concretas. O direito penal assume, nesse quadro, uma tarefa de proteção de bens e direitos não somente individuais, mas também coletivos, estabelecendo uma função de pauta igualitária (Cf. STRECK, 2002, *passim*).

O compromisso do direito penal não é, no dizer de Callegari (2001, p. 207), com doutrinas e ideologias preocupadas com a preservação do *status quo*:

de governo’, definidor de competências e regulador de processos, ou, pelo contrário, deve aspirar a transformar-se num plano normativo-material global que determina tarefas, estabelece programas e define fins? Uma constituição é uma lei do Estado e só do Estado ou é um ‘estatuto jurídico do político’, um ‘plano global normativo’ do Estado e da sociedade? As interrogações acabadas de formular indiciam que a eventual inteligibilidade do teor argumentativo que adiante se desenvolve está dependente da prévia iluminação hermenêutica dos pontos de partida teórico-políticos e teórico-constitucionais. Em síntese: o debate sobre a constituição e a lei é indissociável da pré-compreensão da constituição”. (CANOTILHO, 2001, p. 11-12).

“A missão do Direito Penal é bem outra: é exercer a função criativa nas balizas da norma incriminadora, é infundir, em relação a determinadas normas punitivas, o sopro social; é zelar para que a lei ordinária nunca elimine o núcleo essencial dos direitos do cidadão; é garantir a ampla e efetiva defesa, o contraditório e a isonomia de oportunidades, favorecendo o concreto exercício da função da defesa; é invalidar provas obtidas com a violação da autonomia ética da pessoa; é livrar-se do círculo fechado do dogmatismo conceitual, abrindo-se ao contato das demais ciências humanas e sociais; é compatibilizar o Estado de Direito com o Estado social que lhe é subjacente; e, em resumo, ser o garante da dignidade da pessoa humana e da estrita legalidade do processo”.

O modelo, pois, de direito penal a ser construído não deve ser pautado pela simples intervenção mínima, mas por uma intervenção minimamente necessária à consecução dos objetivos do Estado Democrático brasileiro (Cf. STRECK, 2002, p. 290).

5. Considerações finais

Como bem assevera Mir Puig (1994, p. 115), é comum aos momentos de transição de regimes autoritários para regimes democráticos que parte significativa da opinião pública veja na imposição de penas e em sua agravação a solução definitiva para todos os problemas decorrentes da criminalidade. E pela formulação de Jakobs, a teoria da prevenção geral positiva parece atender a este anseio, ampliando a intervenção penal, com fundamento na teoria sistêmica luhmanniana, para garantir a vigência de expectativas normativas, em detrimento da tutela de bens jurídicos, na contramão do aparente consenso doutrinário que aponta para a progressiva restrição do direito penal, em nome da intervenção mínima (Cf. CALLEGARI, 2001, p. 199).

Em um primeiro momento, essa posição seria adequada a um Estado Social intervencionista, cuja tendência é a de utilizar o direito penal visando a maximalização do Poder Público e prevenir ataques a determinados interesses coletivos. No entanto, tratando-se de um Estado Democrático de Direito, o direito penal possui um *compromisso com a tutela dos valores fundamentais de uma comunidade*. Não se destina primariamente à estabilização de expectativas normativas, mas à proteção de bens jurídicos, os quais, no Estado Democrático, estão consagrados na Constituição, que estabelece as diretrizes básicas e fundamentais à adoção de uma política criminal coerente com as peculiaridades de uma democracia.

Dessa forma, não se propugna tão-somente pela mínima intervenção do direito penal, pois o legislador não é livre para criminalizar ou despenalizar condutas; o legislador encontra limites, sobretudo materiais, no próprio ente constitucional. Por essas razões, a teoria de Jakobs é inadequada a um Estado Constitucional e Democrático como brasileiro. As formulações teóricas de Mir Puig e Roxin acerca da prevenção geral positiva, em contrapartida, apresentam-se mais coerentes com a necessidade de proteção dos bens jurídicos em um Estado Democrático, onde direito penal não é concebido com um ramo apartado e autônomo do ordenamento constitucional, mas verdadeiro instrumento de tutela e garantia de direitos fundamentais.

Referências

BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Montevideo: B de F, 2004.

CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Imputação objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001.

EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo*. Tradução de E. Barbosa. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998.

EIBE, Manuel Arias. Bases sociológicas del funcionalismo penal contemporáneo. *Université de Fribourg, Fribourg*, 2006. Disponível em: <<http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/arias.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2006.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Dogmática penal sistémica?: sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante*, n. 23, 2000. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em: 15 maio 2006.

JAKOBS, Günther. Imputation in criminal law and the conditions for norm validity. *Buffalo Criminal Law Review*, New York, v. 7, n. 2, 2004. Disponível em: <<http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/7/2/jakobs.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2006.

_____. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?. Tradução de Manuel Cancio Meliá. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Lo derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Iberoamericana, 2002.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MELIÁ, Manuel Cancio. O estado atual da política criminal e a ciência do direito penal. Tradução de Lúcia Kalil. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto del delito. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante*, n. 23, p. 289-322, 2000. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em: 12 maio 2006.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: _____; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (*Übermaßverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra*, v. 80, 2004.

_____. O direito penal e os influxos legislativos pós-constituição de 1988: um modelo normativo eclético consolidado ou em fase de transição?. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos, São Leopoldo*, 2002.

A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias

Germano Schwartz e
Franciane Woutheres Bortolotto

Sumário

1. Introdução. 2. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988. 3. O direito à saúde em sua dimensão prestacional. 4. O controle judicial para a efetivação do direito à saúde. 5. Conclusões.

1. Introdução

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (SCHWARTZ, 2001, p. 47), a saúde tomou lugar de destaque no cenário político e jurídico brasileiro, em face da sua inclusão no rol dos direitos fundamentais sociais (art. 6º). O artigo 196 da CF traduz a saúde como direito de todos e dever do Estado, vinculando diretamente a Administração Pública à sua implementação em face do caráter de direito público subjetivo alcançado pela saúde.

Seguindo essa orientação, as normas que garantem o direito à saúde têm aplicabilidade imediata, na forma do art. 5º, § 1º, do próprio texto constitucional, constituindo-se em direito prestacional passível de exigência do cidadão perante o Estado. Esse é, por exemplo, o posicionamento de Canotilho e Moreira (1991, p. 130), para quem:

“Somente em alguns casos é que os direitos sociais conferem aos cidadãos (a todos e a cada um) um direito imediato a uma prestação efetiva, sendo necessário que tal decorra expressamente do texto constitucional.

Germano Schwartz é doutor em Direito (UNISINOS). Professor do Mestrado em Direitos Fundamentais da ULBRA - Canoas e no curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. Advogado.

Franciane Woutheres Bortolotto é Mestranda em Direitos Fundamentais na ULBRA - Canoas. Especialista em Direito Privado (UNISINOS). Advogada.

É o que sucede designadamente no caso do direito à saúde (art. 64).”

O problema que vem sendo enfrentado é no sentido de dar efetividade e aplicação imediata ao direito à saúde ante as omissões e/ou negligências da Administração Pública, que, embora vinculada diretamente ao texto constitucional, no mais das vezes, não consegue dar efetividade ao direito fundamental à saúde. Tanto isso é credível que o Brasil ocupa, atualmente, a posição de número 125 no Ranking Mundial da Saúde elaborado pela OMS – Organização Mundial de Saúde (SCHWARTZ, 2001, p. 154).

Diante de tal situação, vem-se consolidando, na doutrina e na jurisprudência, pelo menos no que pertine ao direito fundamental à saúde, a possibilidade de ingerência do poder judiciário no controle das ações Administrativas Estatais para garantir a plena prestação de saúde requerida pelo cidadão. Tal construção toma por base o assentamento de um verdadeiro Estado Democrático de Direito que, na concepção de Streck (2001, p. 88), deve respeitar e realizar os direitos fundamentais – sociais elencados pela Carta Magna.

2. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988

Embora todas as Constituições anteriores possuíssem normas tratando da saúde (SCHWARTZ, 2001, p. 43-48), o enfoque principal sempre foi no intuito de fixar competências legislativas e administrativas. Todavia, a Constituição de 1988 passou a tratar a saúde como verdadeiro direito fundamental do cidadão.

São diversos os dispositivos constitucionais que tratam expressamente da saúde, tendo sido reservada, ainda, uma seção específica sobre o tema dentro do capítulo destinado à Seguridade Social. No Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo II – Da seguridade Social, Seção II – Da Saúde, encontra-se o artigo 196, cujo teor é o seguinte:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

O artigo 6º, por sua vez, caracteriza a saúde como um direito social, e no artigo 7º há dois incisos tratando da saúde: o inciso IV determina que o salário-mínimo deverá ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família, inclusive a saúde; o inciso XXII impõe a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Quanto à competência para cuidar da saúde, o art. 23, inciso II, estabelece a competência comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. O artigo 24, em seu inciso XII, dispõe que os entes retroreferidos têm competência concorrente para legislar sobre a defesa da saúde. Ressalte-se que os Municípios, por força do art. 30, inciso I, também podem legislar sobre a saúde, já que se trata de assunto de inegável interesse local, até porque a execução dos serviços de saúde está, em grande parte, municipalizada.

Vale lembrar que, por força da Emenda Constitucional 29 de 13/9/2000, foi acrescentada a alínea “e” ao inciso VII do art. 34, possibilitando a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal no caso de não-aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais (compreendida a proveniente de transferências) na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. A mesma Emenda Constitucional modificou o inciso III do art. 35, facultando, também, a intervenção dos Estados nos Municípios na mesma hipótese elencada no inciso VII do artigo 34.

Ainda é importante salientar que o artigo 197 da Constituição Federal reconheceu que as ações e os serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Públi-

co dispor, nos termos da lei (Lei 8.080/90), sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por terceiros, e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. O artigo 129, inciso II, atribui ao Ministério Público a função de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos garantidos na Constituição, promovendo as medidas necessárias para a sua garantia.

O artigo 198, por sua vez, formulou a estrutura geral do Sistema Único de Saúde (SUS), considerando-o uma rede regionalizada e hierarquizada, organizada de acordo com as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas sem prejuízo dos serviços assistenciais e participação da comunidade. Esse sistema será financiado com recursos da seguridade social provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (§1º), ficando previstos recursos mínimos a serem aplicados, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde (§§ 2º e 3º).

O artigo 200, por seu turno, enumera, não exaustivamente, as atribuições do sistema único de saúde, a saber: a) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; b) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; c) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; d) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; e) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; f) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; g) participar do controle e fiscalização da produção, trans-

porte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; h) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Como se observa, muitas são as normas constitucionais que tratam diretamente do direito à saúde, mesmo que não tenham sido listadas em sua totalidade. Isso demonstra a preocupação do poder constituinte, inclusive o derivado, em dar plena efetividade às ações e programas nessa área. Todas essas normas possuem, em maior ou menor grau, eficácia jurídica e podem ser utilizadas para fundamentar pedidos ou decisões em que esteja em jogo a realização do direito à saúde.

3. O direito à saúde em sua dimensão prestacional

Partindo das normas constitucionais elencadas na Constituição Federal de 1988, pode-se classificar o direito à saúde como um direito que exige do Estado prestações positivas no sentido de sua garantia e efetividade. Portanto, o direito público subjetivo à saúde é indisponível, representando o bem jurídico constitucionalmente tutelado e integrando o rol dos direitos fundamentais. É, pois, um verdadeiro direito prestacional (GÓUVEA, 2003).

Necessário, para a análise do conteúdo do direito fundamental à saúde, observar que a Constituição de 1988 permitiu um avanço extraordinário na análise, em terra brasileira, dos direitos fundamentais. Esses direitos passaram a ocupar uma posição privilegiada dentro do ordenamento pátrio, pois a eles foi reconhecida uma efetiva força jurídica, uma aplicação direta e imediata (art. 5º, §1º, da CF/88). Com isso, como já referido, o operador do Direito, ao se deparar com uma situação em que esteja em jogo um dado direito fundamental, pode dispor de meios processuais para dar efetividade a esse direito, independentemente de existir norma infraconstitucional integradora (mandado de injunção) e

mesmo contra a norma infraconstitucional que esteja dificultando a concretização do direito (mandado de segurança).

Também na Constituição Cidadã previu-se uma abertura aos direitos fundamentais (art. 5º, §2º, da CF/88), de tal modo que é possível encontrar direitos fundamentais mesmo fora do vasto elenco do art. 5º da Constituição. Aos direitos fundamentais foi reconhecido um caráter de eternidade – cláusulas pétreas (art. 60, §4º, inc. IV). Houve, nitidamente, proposta de não apenas declarar os direitos fundamentais, mas, sobretudo, concretizá-los.

Uma interpretação meramente gramatical do art. 5º, §2º, e do art. 60, §4º, inc. IV, da CF/88 poderia levar à conclusão de que tais dispositivos não se aplicam ao direito fundamental à saúde, nem a qualquer outro direito social, pois o dispositivo menciona apenas os direitos e garantias individuais, não englobando expressamente os direitos sociais. Trata-se, porém, de uma análise equivocada do texto constitucional, pois é possível afirmar que todos os direitos fundamentais possuem aplicação direta e imediata e que todos os direitos fundamentais estão acobertados, em seu núcleo essencial, pela proibição de abolição pelo poder reformador (SARLET, 1998).

Dizer também que os direitos sociais não possuem (ou não podem possuir) aplicação direta e imediata por não estarem elencados no art. 5º é um argumento que não convence. Principalmente se for levado em consideração que a aplicação direta e imediata decorre do princípio da máxima efetividade, que é inerente a qualquer norma constitucional, sobretudo as definidoras de direito. De fato, não são os direitos fundamentais que giram em torno da lei, mas a lei que deve girar em torno dos direitos fundamentais. Isso significa que a concretização dos direitos fundamentais deve ser buscada mesmo contra a vontade da lei ou na ausência dela.

Na concepção de Krell (2002, p. 19), os direitos fundamentais sociais “não são

direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais.” O Estado, por meio de leis, atos administrativos e da criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas políticas sociais (educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.

Gize-se, nesse sentido, que as normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, encontráveis na maioria dos textos constitucionais dos países europeus e latino-americanos, definem metas e finalidades as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização. Essas “normas-programa” prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas. No entanto, elas não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, constituindo-se em direito diretamente aplicável.

A efetividade dos direitos sociais depende, assim, em grande parte, da adoção de múltiplas e variadas medidas complementares. Na maioria dos casos, são de caráter promocional em todos os campos de ação: político, jurídico, social, econômico, cultural, sanitário, tecnológico, entre outros. Sem dúvida, as normas sociais programáticas requerem uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nelas indicados.

Dessa maneira, pode-se afirmar que o corolário de princípios, regras, normas e leis referentes ao sistema sanitário brasileiro corroboram a idéia de que a saúde é direito fundamental do homem, tornando a norma do art. 196 da CF/88 auto-aplicável e de eficácia imediata, de que as políticas públicas de saúde são o meio primeiro de efetivação desse direito (conforme a locução do texto constitucional expressa em seu artigo 196). E que a atuação do Poder Judiciário ocorre em um momento posterior, quando se constata a não-ação

ou inércia estatal na proteção do direito à saúde. E, mais, que essa mesma saúde deve ser interpretada como um direito público subjetivo oponível contra o Estado, sempre: (1) que o bem da vida esteja em jogo no caso concreto; (2) agregado ao requisito anterior, deve haver prova, também no caso concreto, de que o tutelado não possui condições financeiras de arcar com as despesas sanitárias (medicamentos, consultas, exames, internações, novos tratamentos, etc.) referentes ao seu estado de saúde sem que haja comprometimento de seu sustento próprio e de sua família.

Partindo dessa premissa, tem-se que a saúde é um direito constitucionalmente assegurado a todos, inerente à vida, bem maior do homem. Portanto, o Estado tem o dever de prover condições indispensáveis ao seu pleno exercício, mesmo que tal efetividade tenha de ser chancelada pelo Poder Judiciário em detrimento da Administração Pública, titular do dever de promover as políticas públicas de saúde.

4. O controle judicial para a efetivação do direito à saúde

O reconhecimento de catálogos amplos e genéricos de direitos sociais na Constituição criou um ambiente institucional favorável para que o Poder Judiciário passasse a figurar como um importante ator na implementação e fomento do direito à saúde, compelindo a Administração Pública a prestar assistência à saúde garantida pela Constituição Federal.

Nessa linha de raciocínio, o Estado deve atuar positivamente na efetivação do direito à saúde. À Administração Pública compete elaborar e efetivar ações e planos políticos no sentido de efetivar os direitos fundamentais apresentados pela Constituição Federal. Esse conjunto de ações ou atividades é considerado políticas públicas (FREIRE JUNIOR, 2005). Não se pode deixar de levar em consideração também que toda e qualquer atuação estatal relativa

à efetivação das políticas públicas para a implementação de direitos sociais depende da alocação de recursos públicos que, além de serem limitados, são envoltos por uma gama de normas constitucionais para a sua liberação. Além do mais, a Administração Pública precisa priorizar frentes de atuação e de investimento do dinheiro público.

Ocorre que, ao lado da questão da alocação de recursos estatais e da demora para a realização das políticas públicas, existem direitos fundamentais que não podem esperar pela atuação estatal, pela alocação de recursos ou pela burocracia no repasse de recursos. E é exatamente nesse contexto que o Poder Judiciário acaba atuando, de modo a forçar a garantia do direito fundamental no caso concreto (FREIRE JUNIOR, 2005), obrigando juridicamente os atores sociais a promoverem a garantia dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal.

Importante salientar que esse posicionamento não significa um controle judicial livre de qualquer limite, livre de fundamentação, livre da imposição da razoabilidade na tomada de decisões. Há necessidade de se verificar até onde o Poder Judiciário pode interferir nos atos e nas decisões administrativas em prol da garantia dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, sem ferir os direitos fundamentais da sociedade como um todo.

Nesse vértice, no sistema jurídico, os direitos fundamentais criam tensões, problemas que necessitam de soluções, empreendendo antimonias com efeito dinamizador do próprio sistema. Nesse sentido, os direitos fundamentais conformam o sistema jurídico, exigindo dele uma resposta que o (re)cria a partir de seus próprios elementos.

Dessa forma, a atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito fundamental à saúde toma corpo. Torna-se relevante que, nos julgados, os Tribunais não decidam a partir de critérios extrajurídicos. Que tomem como base e premissa o caráter funda-

mental desses direitos e que decidam com base no código específico de sua atuação, legitimadores de sua atuação procedimental: Direito (Fundamental)/ Não-Direito (SCHWARTZ, 2003, p. 305-306).

Como exemplo da condução do tema do direito à saúde pelos Tribunais brasileiros no que se refere ao fornecimento de remédios, mais especificamente remédios a portadores do HIV, a matéria chegou ao Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2000, p. 101), que tem decidido da seguinte forma:

“PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federati-

va brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àqueles portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.”

Nesse mesmo sentido, merece destaque decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que também tem destacado a extensão e a eficácia do direito fundamental à saúde:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. DIREITO PÚBLICO NÃO-ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.

O direito à saúde é corolário do direito à vida. Direito individual fundamental, de aplicação plena e imediata (CF/88, arts. 5º, e § 1º, 6º e 196). O dever de fornecer tratamento médico integral, incluindo materiais e medicamentos, é responsabilidade solidária das três Esferas de Poder do Estado: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, todas legitimadas passivamente, portanto, para o pleito do hipossuficiente. O não-atendimento desse direito não configura apenas uma ilegalidade, mas, o que é mais grave, constitui-se em violação da própria Constituição Federal. O provimento judicial que atende tal direito não ofende o princípio da independência e harmonia dos Poderes. Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle judicial (CF/88, art. 5º, XXXV). Havendo a verossimilhança das alegações e o inegável perigo na demora, impõe-se o deferimento da antecipação de tutela (art. 273 do CPC). Precedentes do STF, do STJ e deste TJRS. EM DECISÃO MONOCRÁTICA, NEGOU-SE SEGUIMENTO AO AGRAVO.”

Necessário analisar-se a decisão referida, até mesmo pela sua atualidade, observando que a mesma, ao fundamentar a ingerência do Poder Judiciário em atos da Administração Pública, esboça o entendimento de que não se trata de interferência de um poder sobre o outro, porque a atuação do Poder Judiciário se dá no caso concreto, sendo “corretiva e repressiva, e não prospectiva, esta sim o campo próprio do Executivo e seu planejamento.” Mais adiante, justifica o julgador:

“O princípio basilar do Estado Democrático de Direito é o do amplo

controle dos atos da Administração e não o contrário, orientação que está de acordo com a independência e harmonia dos Poderes exatamente porque é controlando o poder que se exerce a democracia na sua plenitude, razão de ser das teorias da separação dos poderes e dos freios e contrapesos. O Poder Público, independentemente da esfera governamental, tem dever constitucional de proteger a vida e a saúde daqueles que necessitam de seu auxílio, e assim, por óbvio, o Município.”

O mesmo fundamento utilizado para obrigar o Poder Público a fornecer o medicamento a pessoas carentes pode ser utilizado para obrigá-lo a custear tratamentos e exames específicos, como, por exemplo, exame de ressonância magnética (TJRS, AI 70005170121, j. 23/10/2002), eletroencefalograma (TJRS, AI 70004239695, j. 12/6/2002.), fornecimento de aparelhos auditivos (TJRS, AC 70002532877, j. 2/8/2002), tratamento psiquiátrico ou psicológico a menor carente (BRASIL, 2001, p. 162), internação médica em hospital particular diante da ausência de vaga em hospital conveniado com o SUS (TJMG, AC 000.273.982-9/00, DJ 6/9/2002; AC 000.294.055-9/00, DJ 13/11/2002), custeio de transporte para tratamento médico em outra localidade (TJMG, AC 000.262.332-0/00, DJ 14/11/2002), transplante de medula óssea (TRF 4ª Região, AG 45090/PR, DJ 23/08/2000, p 272), entre outros.

Cada vez mais o Judiciário tem sido chamado a dirimir conflitos envolvendo a aplicação de direitos sociais. A Jurisprudência está oferecendo respostas pertinentes aos problemas postos a julgamento, demonstrando consonância, mesmo que involuntária e inconsciente, com a teoria jurídica dos direitos fundamentais.

Os tribunais têm, na maioria das vezes, conseguido extrair da norma constitucional definidora do direito à saúde inúmeras obrigações – negativas ou positivas, one-

rosas ou não-onerosas – do Poder Público, independentemente de existir legislação dispondo sobre a matéria. É bastante comum também a declaração de nulidade de normas que estejam impedindo ou dificultando a realização do direito à saúde, bem como a complementação, por meio de uma interpretação extensiva ou analógica, de normas que protegem apenas uma categoria de portadores de doenças, excluindo outras que também mereceriam a proteção normativa.

Dessa forma, diante de normas dotadas de caráter fundamental como o direito à saúde, exige-se uma postura mais atuante do Judiciário. Como um catalisador da vontade constitucional, ele deve impor deveres aos Poderes Públicos para que se suprimam vazios legislativos para a implementação de políticas públicas.

5. Conclusões

Portanto, da análise da posição da doutrina e da jurisprudência, pode-se chegar às seguintes conclusões:

(1) o direito à saúde é um direito social e um direito fundamental de todos os seres humanos;

(2) o Estado tem o dever de garantir e prover todas as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito a saúde;

(3) em face de a saúde ser um direito fundamental, o Judiciário pode (e deve, pois está legitimado pelo Estado Democrático de Direito para tanto), em havendo negligência ou omissão Administrativa, garantir a efetividade do direito fundamental a ela.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal da Justiça. Medida cautelar nº 2540/RS. Relator: Min. José Delgado. Porto Alegre, 20 mar. 2000. *Diário da Justiça*, Brasília, 8 out. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso especial nº 271.286/RS. Relator: Min. Celso Mello. Porto Alegre, [2000?]. *Diário da Justiça*, Brasília, 24 nov. 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

_____; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra : Coimbra, 1991.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Constitucionalismo, jurisdição constitucional e estado democrático de direito: ainda é possível falar em constituição dirigente?*. _____ ; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Anuário do programa de pós-graduação em direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer

Fernando José Armando Ribeiro e
Bárbara Gonçalves de Araújo Braga

Sumário

1. Introdução. 2. Hermenêutica e interpretação. 3. A hermenêutica como método de interpretação. 3.1. Os métodos de interpretação do Direito. 4. Críticas à aplicação do Direito sob o paradigma da "hermenêutica" como método de interpretação. 5. A hermenêutica filosófica de Gadamer. 5.1. O horizonte histórico. 5.2. A fusão de horizontes. 5.3. História efetual. 5.4. O círculo hermenêutico. 5.5. A questão do método. 5.6. A linguagem. 6. A aplicação do Direito sob o prisma da hermenêutica filosófica de Gadamer: uma hermenêutica jurídica. 7. Conclusão.

1. Introdução

O estudo do Direito é uma constante procura. Procura-se pelo sentido da Constituição, pela Justiça. Procura-se muitas vezes sem saber ao certo as feições do que se está a buscar. Procura-se frequentemente apenas no silêncio do texto como se ele tudo soubesse e a tudo respondesse.

Todavia, o Direito não é somente aquilo que consta dos textos de leis e códigos. Os textos legais apenas trazem ordens de conduta na sociedade, aptas a regular relações intersubjetivas. Por conseguinte, a procura do Direito no texto legal implica o encontro de um Direito mudo, aplicado como a desconsiderar o sujeito que interpreta sem saber a que serve, a quem obedece.

Considerando que tudo que é apreendido e representado pelo sujeito cognoscente

Fernando José Armando Ribeiro é Doutor em Direito pela UFMG, Professor dos cursos de doutoramento, mestrado e bacharelado da PUC-Minas e da Faculdade de Direito Milton Campos, diretor do Departamento de Teoria do Direito do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG).

Bárbara Gonçalves de Araújo Braga é estudante do 9º período da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas; Estudante de Filosofia da UFMG.

remete a um processo hermenêutico e que o mundo vem à consciência pela palavra, sendo a linguagem já a primeira interpretação, a hermenêutica torna-se inseparável da vida humana e, por conseguinte, do próprio Direito. Portanto, o Direito depende da mediação hermenêutica. Sem hermenêutica, não há Direito, só texto. No Direito, por intermédio do discurso se exprime o válido e o não válido, o razoável e o não razoável, o que corresponde à dignidade da pessoa humana e o que a nega ou ignora, e para tanto sempre se tem um processo hermenêutico.

Investigar e refletir a aplicação do Direito no paradigma do Estado Democrático de Direito e no contexto da pluralidade exige o reconhecimento da inevitabilidade do trabalho de recriação crítica dos textos. Nesse sentido, a Hermenêutica Filosófica gadameriana fecunda o estudo do Direito, demonstrando a sua inevitável compreensão como diálogo crítico e reflexivo com a tradição.

Buscando pensar a Hermenêutica Filosófica de Gadamer no âmbito da aplicação do Direito, este artigo propõe uma breve introdução à hermenêutica, procurando estabelecer uma distinção entre esta e a interpretação. Em seguida discorre sobre a hermenêutica clássica, seus métodos, suas escolas. Posteriormente adentrará a Hermenêutica Filosófica de Gadamer definindo alguns de seus conceitos e expondo suas características. Somente então se passará à Hermenêutica Jurídica gadameriana enfrentando algumas questões de relevância.

2. Hermenêutica e interpretação

Historicamente, a hermenêutica penetrou de forma gradativa no domínio das ciências humanas e da filosofia, adquirindo, com o advento da modernidade, diversos significados. Nesse sentido, Palmer (1999, p. 43-44) assinala:

“O campo da hermenêutica tem sido interpretado (numa ordem cronoló-

gica pouco rigorosa) como: 1) uma teoria da exegese bíblica; 2) uma metodologia filológica geral; 3) uma ciência de toda a compreensão lingüística; 4) uma base metodológica das *geisteswissenschaften*; 5) uma fenomenologia da existência e da compreensão existencial; 6) sistemas de interpretação, simultaneamente recolectivos e inconclásticos, utilizados pelo homem para alcançar o significado subjacente aos mitos e símbolos (...) Cada definição representa essencialmente um ponto de vista a partir do qual a hermenêutica é encarada”.

O modelo hermenêutico, desde a escolástica até o sistema histórico-evolutivo, consiste, em linhas gerais, no estudo da sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões. Por conseguinte, a hermenêutica jurídica na acepção tradicional busca o sentido da *verba legis* por intermédio de métodos e técnicas de interpretação da lei.

Entretanto, desde os estudos de Heidegger, a hermenêutica não pode mais ser entendida como uma instrumentalidade passiva capaz de tornar compreensível o objeto de estudo. Nesse sentido, a variação da própria compreensão da linguagem como “meio universal” (KUNSCH, 2001) faz necessária a viragem do modo de ser e perceber da própria hermenêutica.

Segundo Heidegger (1997, p. 172), hermenêutica deriva do grego *hermeneuein*, que remete ao deus Hermes, o mensageiro dos deuses. Hermes era conhecido como aquele que descobriu o objeto utilizado pela compreensão humana para alcançar o significado das coisas e para transmiti-lo às outras pessoas. O deus Hermes era vinculado a uma função de transmutação, ou seja, transformava aquilo que a compreensão humana não alcançava em algo que esta compreensão conseguisse compreender. Todavia, para tanto furtava algo. Hermes, ao traduzir em linguagem humana o que foi dito pelos deuses, colocava um pouco de si,

tirava um pouco dos deuses. Nesse sentido, o processo de tradução, como manifestação do próprio fazer hermenêutico, comporta sempre, e inevitavelmente, uma atribuição de sentido. Esta, longe de ser um problema, constitui-se como condição de possibilidade. Vale dizer, o processo de desvelamento, essência do fazer hermenêutico como saber auto-reflexivo e participação no ser, implica necessariamente uma participação ativa e reconstrutiva da esfera de sentidos.

Na perspectiva heideggeriana, foram os latinos que, ao identificar hermenêutica com interpretação, operaram uma regressão, pois a palavra interpretação não traz a abertura dialética inerente ao fazer hermenêutico, pela conjunção de dizer, explicar e traduzir como sentidos antigos da palavra hermenêutica. A palavra interpretação não diz do furtar, é silenciosa sobre o se colocar. O termo interpretação permite ser significado apenas como um ajuste de intenção, como clarificação do sentido de um objeto. Dessa forma, o uso do termo interpretação como sinônimo de hermenêutica fez esquecer todo substrato trazido pela hermenêutica em seu uso grego.

Heidegger reivindica a hermenêutica em seu sentido mais original. Dessa forma, para Heidegger, a hermenêutica permite revelar, descobrir, perceber qual o significado mais profundo daquilo que está na realidade manifesta. Pela hermenêutica descobre-se o significado oculto, não manifesto, não só de um texto (*stricto sensu*), mas também da linguagem. Nesse sentido acentua Stein (1996, p. 33):

“A filosofia enquanto filosofia hermenêutica procura uma base para os processos cognitivos humanos que se dão na linguagem e diz que existe, desde cedo, um processo comum a todos os seres humanos que lhes permite se comunicarem através de uma linguagem, através dos discursos chamados assertóricos, dos discursos que trabalham com enunciados e que esta condição de

possibilidade vem da compreensão, de uma compreensão determinada. A compreensão faz parte do modo de ser do homem. Ela é dada como estrutura prévia de sentido”.

Ainda segundo Stein (1996, p. 26), existem dois modos de compreender, que seriam o compreender de uma proposição e o compreender anterior, que é saber como se está no mundo, o existir, o sobreviver. O compreender é uma qualidade do ser humano como humano. Assim podemos imaginar que existe um *logos* que se bifurca. O primeiro seria o *logos* da compreensão de uma proposição, o *logos* que se manifesta na linguagem (chamado por Heidegger de *logos apofântico*). E o segundo seria “aquele que se dá praticamente no compreender enquanto somos um modo de compreender”, chamado de *logos hermenêutico*.

De acordo com Margarida Lacombe Camargo (2003, p. 29):

“Para Heidegger, a compreensão consiste no movimento básico da existência, no sentido de que compreender não significa um comportamento do pensamento humano entre outros que se possa disciplinar metodologicamente, e, portanto conformar-se como método científico. Constitui, antes, o movimento básico da existência humana”.

A partir dos estudos de Heidegger, Hans-George Gadamer (1997) consubstancia um tratamento paradigmático capaz de radicar em novas bases a questão hermenêutica. Com Gadamer (1997, p. 442), a tarefa hermenêutica não é mais desenvolver um procedimento para a compreensão, mas “esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão”. Portanto, tem-se uma nova e definitiva lição: uma coisa é estabelecer uma práxis de interpretação opaca como princípio, e outra coisa bem diferente é investigar as categorias a partir das quais passa a se dar a compreensão.

Abre-se então para uma hermenêutica jurídica crítica, compreendendo que a her-

menêutica é um processo de interpretação somado à criação, no qual o intérprete aplicador é responsável também pela atualização permanente do Direito, visto em toda a sistematicidade e abrangência inerentes a seu modo de ser no mundo.

3. *A hermenêutica como método de interpretação*

A hermenêutica como método de interpretação é apresentada como ciência. Ela contém regras bem ordenadas que fixam os critérios e princípios que norteiam a interpretação. É a teoria científica da interpretação, sendo um instrumento para a realização do Direito.

Conforme ensina Streck (2003, p. 106), a hermenêutica como método de interpretação sofre a influência da hermenêutica de cunho objetivista de Emílio Betti, que se baseia numa forma metódica e disciplinada da compreensão. Ainda segundo o autor gaúcho, para Betti (apud STRECK, 2003) a interpretação seria um processo reprodutivo no qual o intérprete traduz para sua linguagem as objetivações da mente de outro por meio de uma realidade análoga a que originou as objetivações interpretadas. Portanto, interpretar seria o reconhecimento do significado que o autor foi capaz de elaborar (STRECK, 2003, p. 107).

A concepção da hermenêutica clássica no Direito é performativamente representada pelo pensamento de Francesco Ferrara (2003), jurista italiano de 1921, cuja obra revela o entendimento de uma hermenêutica normativa que muito deposita nos métodos interpretativos. Ferrara (2003) assevera que o intérprete tem apenas o papel de mediador entre a lei e o fato. Para ele, “a missão do intérprete é justamente descobrir o conteúdo real da norma jurídica” (FERRARA, 2003, p. 24).

Não obstante, para Ferrara (2002, p. 25) os métodos de interpretação são preciosos para evitar:

“(…) de uma parte daqueles que por timidez ou inexperiência estão estri-

tamente agarrados ao texto da lei, para não perderem o caminho (...); por outro lado, o perigo ainda mais grave de que o intérprete, deixando-se apaixonar por uma tese, trabalhe de fantasia e julgue encontrar no Direito positivo idéias e princípios que são antes o fruto das suas lucubrações teóricas ou das suas preferências sentimentais”.

No Direito brasileiro, esse pensamento hermenêutico normativo se materializou no nome de Carlos Maximiliano (1999, p. 1), que assim ensinava:

“A hermenêutica jurídica tem por objetivo o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. (...) Para aplicar o Direito se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em suma, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar”.

Interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, procurando o significado dos conceitos jurídicos. A hermenêutica é a técnica. A norma jurídica, como modelo de Direito, é o objeto cultural, cognoscível do sujeito que se debruça em decifrá-la.

Desse modo, existem regras que o intérprete deve seguir, as quais se manifestam e se multiplicam nos chamados métodos de interpretação. Tais métodos poderiam levar à vontade do legislador, ou à vontade da lei, ou ainda ao estabelecido pela livre convicção do juiz? Não importa, o relevante é que grande contribuição da hermenêutica seria fornecer os métodos de interpretação que mostrariam o significado das normas.

3.1. *Os métodos de interpretação do Direito*

Tradicionalmente, a doutrina tem elencado as seguintes técnicas interpretativas do Direito: gramatical, lógico-sistemática, histórica, sociológica e teleológica.

A interpretação gramatical é a análise da lei com base nas palavras que compõem seu texto, bem como da conexão entre elas. Na interpretação gramatical, o intérprete analisa o texto da lei com base nas palavras e na conexão lingüística. Assim, o intérprete se debruça sobre as expressões normativas, investigando a origem etimológica dos vocábulos e aplicando regras de concordância ou regência.

Na interpretação lógico-sistemática, busca-se deduzir a *voluntas legis* com base em outras circunstâncias que não as gramaticais, remetendo ao significado de uma norma em relação às outras hierarquicamente superiores ou mais gerais. Noutros termos, a interpretação lógico-sistemática consiste em referir o texto ao contexto normativo de que faz parte, correlacionando, assim, a norma ao sistema do ordenamento jurídico.

A interpretação histórica perquire os antecedentes imediatos e remotos do modelo normativo. Portanto, a interpretação histórica tem por objeto a situação da relação jurídica regulada pelas normas jurídicas no momento da promulgação da lei, evidenciando o modo da intervenção do Direito num dado momento histórico.

Por sua vez, o processo sociológico de interpretação objetiva ampliar o sentido da norma a relações novas, além de temperar o alcance do preceito normativo, a fim de fazê-lo espelhar as necessidades atuais da comunidade jurídica.

Por fim, a interpretação teleológica objetiva depreender a finalidade do modelo normativo, haja vista que a delimitação do sentido normativo requer a captação dos fins para os quais se elaborou a norma jurídica.

Ressalte-se que os métodos interpretativos não se contrapõem rasgadamente, não são necessariamente operações separadas, podem ser tratados como partes conexas de uma só atividade. Nesse sentido, várias escolas apregoavam diferentes usos dos métodos interpretativos.

4. Críticas à aplicação do Direito sob o paradigma da "hermenêutica" como método de interpretação

A hermenêutica no escopo dos métodos de interpretação implica o revelar do sentido da norma. A interpretação tem como objetivo fundamental o estudo dos processos de fixação do sentido e do alcance da norma jurídica, com a finalidade de extrair seu significado, seu conteúdo.

Segundo Carlos Maximiliano (1999, p. 14), o jurista esclarecido pela hermenêutica "não perturba a harmonia do conjunto nem altera as linhas arquitetônicas da obra; desce aos alicerces, e dali arranca tesouros de idéias". Portanto, de acordo com o autor, a hermenêutica equivaleria a métodos por meio dos quais o intérprete dissiparia as obscuridades e contradições, explicaria a matéria para descobrir o "brilho de um pensamento fecundo em aplicações práticas" (MAXIMILIANO, 1999, p. 15). Dessa forma, as grandes questões hermenêuticas do Direito ficam circunscritas à pergunta acerca do sentido que a interpretação deve fixar.

Em comentário à hermenêutica concebida como técnica de interpretação no prefácio à obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* de Lênio Streck, assevera Ernildo Stein (apud STRECK, 2004, p. XV): "Ao lado da hermenêutica bíblica, a hermenêutica jurídica era sempre um exercício de interpretação técnica de um lado, e, de outro essa interpretação era comandada por cânones rígidos e por intérpretes dotados de especial autoridade".

Como instrumental para a exegese de texto, o saber hermenêutico é reduzido a um complexo intrincado com vistas à descoberta de uma verdade pré-existente. Sob esse ponto de vista, tanto a Escola da Exegese (reflexo da positivação do Direito sobre os braços da segurança e da certeza) quanto a Escola Histórica (marcada pela crença ingênua da história como algo objetivável) ou a Jurisprudência analítica (sendo uma vertente científica e dogmática) incorrem na

compreensão do ato de interpretar como um processo silogístico em que das premissas decorre a conclusão da verdade da norma, o que pode levar a confusão entre validade e verdade. Portanto, no âmbito da Ciência Jurídica, a identificação da hermenêutica como pura técnica a partir da qual se extrai a verdade conduz ao que Plauto Faraco Azevedo (1989, p. 61) chamou de empobrecimento do processo hermenêutico. Não obstante, a via do automatismo exegético ou silogismo dedutivo implica a desvalorização da atividade judicante, de que o conceptualismo apartado da vida é contraparte.

Como acentua Lênio Streck (2004, p. 39), a hermenêutica como técnica, saber operacional, domina no campo jurídico, uma vez que o pensamento dogmático do Direito crê na existência de uma subjetividade instauradora do mundo que possibilitaria a “interpretação correta”, o “exato sentido da norma”. Tal compreensão jaz sobre o paradigma da filosofia do sujeito, vez que se assenta na concepção de que é no sujeito que reside a verdade. Nas palavras de Lênio Streck (2003, p. 18):

“(…) as práticas hermenêutico-interpretativas vigorantes/hegemônicas no campo de operacionalidade – incluindo aí a doutrina e a jurisprudência – ainda estão presas à dicotomia sujeito-objeto, carentes e/ou refratários à viragem lingüística de cunho pragmatista-ontológico ocorrida contemporaneamente, onde a relação passa a ser sujeito-sujeito. Dito de outro modo, no campo jurídico brasileiro a linguagem ainda tem um caráter secundário, uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, enfim, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de ‘essências’ e ‘corretas exegeses’ dos textos legais”.

Ora, com a filosofia da linguagem a verdade passa a habitar não só o objeto nem apenas o sujeito, mas se cogita o *médium*, a relação, a linguagem. Portanto, o intérprete não dispõe da verdade, tão-pouco “existem

‘capas de sentidos’ depositadas em algum canto do universo lingüístico à disposição do intérprete, prontas a serem acopladas à nudez dos textos ou objetos” (STRECK, 2004, p. 256).

Mas por que ainda impera no campo do Direito o paradigma da filosofia do sujeito? Um dos motivos é, certamente, a resistência que se opõe às novas idéias. Não obstante, conforme expõe Souza Cruz (2006, p. 3), o exame dogmático dos textos legislativos se sustenta na incorporação das noções clássicas da divisão qualitativa dos poderes pela qual ao legislativo caberia uma ação de caráter volitivo, legando-se ao magistrado apenas a descoberta da vontade da lei ou do legislador. Vale lembrar ainda que, segundo Dalmo Dallari (1980, p. 95), o emprego dos vários modelos de interpretação confere ao intérprete o sentimento de isenção ante as injustiças que decorrem da lei, o que parece ser um tanto quanto cômodo. Além disso, acredita-se que a utilização das técnicas interpretativas confere a tão aclamada segurança jurídica, pois cercaria o intérprete evitando as convicções teóricas próprias de cada indivíduo.

Todavia, como demonstra Margarida Lacombe Camargo (2003, p. 3), os critérios de interpretação não conferem objetividade à interpretação das leis. Primeiro, por faltar a elas hierarquia, tornando o seu comando bastante fluido. Segundo, por ignorar a dimensão criadora do intérprete, que atenta antes para a resolução do problema que para a lei.

Por fim, conforme alerta Streck (2004, p. 249), pensar a atividade hermenêutica como produto de métodos implica pensá-la como instrumento do conhecimento, o que é equivocado. À luz do pensamento de Gadamer (1997), podemos aduzir que hermenêutica é existência e remete àquilo que acontece ao homem enquanto homem.

5. A hermenêutica filosófica de Gadamer

A reflexão hermenêutica do século XIX, representada principalmente pelo pensa-

mento de Dilthey, coloca o problema da compreensão em termos de um modo de conhecimento. Heidegger (1967, p. 33), ao defender a especificidade da linguagem como linguagem do ser, aquém e além de toda explicação filosófica que se deu até então, apresenta a compreensão não em termos de um caráter epistemológico, mas, sim, existencial. Em Heidegger (1967), a compreensão não é um modo de conhecer, mas a própria existência.

Seguindo a matriz heideggeriana, Gadamer (1997, p. 556) afirma: “Ser que pode ser compreendido é linguagem”. A linguagem no âmbito da Hermenêutica Filosófica de Gadamer constitui a mediação total da experiência do ser. E, nesses termos, é apresentado o limite imposto a toda a experiência hermenêutica do sentido. Para Gadamer (1997, p. 706), o que é não pode jamais ser compreendido em sua totalidade, pois, para tudo que uma linguagem desencadeia, ela remete sempre para além do enunciado como tal. O ser não pode ser compreendido em sua totalidade, não podendo, assim, haver uma pretensão de totalidade da interpretação.

Nas palavras de Ernildo Stein (2002, p. 3), Gadamer insere a interpretação “num contexto – ou de caráter existencial, ou com as características do acontecer da tradição na história do ser – em que interpretar permite ser compreendido progressivamente como uma autocompreensão de quem interpreta”. E isso, como acentua Gadamer (apud STEIN, 2002), não implica uma diminuição de cientificidade, mas a legitimação de um significado humano especial. Em Gadamer (apud STEIN, 2002), o interpretar já não é mais uma instância científica, mas é, antes, uma experiência humana de mundo, na qual a compreensão é um próprio critério existencial.

Ressalte-se que, no prefácio da 2ª edição de *Verdade e Método*, Hans-Georg Gadamer (1997, p. 14) esclarece que as conseqüências práticas das investigações por ele apresentadas “não ocorrem em todo caso para

um engajamento não científico, mas para probidade científica de reconhecer em todo compreender um engajamento real e efetivo”. É salienta:

“Minha intenção verdadeira, porém, foi e é uma intenção filosófica: O que está em questão não é o que nós fazemos, o que nós deveríamos fazer, mas o que, ultrapassando nosso querer e fazer, nos sobrevém, ou nos acontece” (GADAMER, 1997, p. 14).

Gadamer (1997) ainda esclarece, na introdução à obra *Verdade e Método*, que as análises por ele empreitadas não param na justificação da verdade da arte. Elas procuram antes desenvolver, desde esse ponto de partida, um conceito de conhecimento e de verdade que corresponde ao todo da experiência hermenêutica. Para Gadamer (1997, p. 34), assim como na experiência da arte, na qual as verdades ultrapassam a esfera do conhecimento metódico, algo semelhante vale para o todo das ciências do espírito*, nas quais a tradição histórica é transformada em objeto da pesquisa. É certo que a experiência da tradição histórica ultrapassa fundamentalmente aquilo que nela é pesquisável. No entanto, *Verdade e Método* propõe-se a expor a verdade como um acontecer, o qual já está embebido de tradição.

Nesse sentido, Gadamer (1997) traz algumas noções que devem ser pontuadas.

5.1. O horizonte histórico

O horizonte é o âmbito de visão existente desde um ponto determinado da história, ou seja, o resultado dialético do contraste do passado com o presente. Nas palavras de Gadamer (1997, p. 404), o “horizonte próprio do intérprete é determinante, mas não como um ponto de vista ao qual a pessoa se apega ou pelo qual se impõe, senão como

* No fim do século XIX, Dilthey desenvolveu uma nova teoria sobre as ciências que não podiam experimentar-se ou observar-se empiricamente cujo objeto era a realidade histórico-social da vida humana. Dilthey chamou-as ciências do espírito em contraposição às ciências físico-naturais.

uma opinião e uma possibilidade posta em jogo e que lhe ajuda a apropriar-se daquilo que vem dito no texto”.

Conforme assinala Rodolfo Viana Pereira (2001, p. 27), o horizonte histórico “demonstra que o acesso do homem ao mundo se dá a partir de seu ponto de vista, de sua situação hermenêutica, que é sempre um posicionar-se perante os fenômenos”. Esclarece ainda que a situação hermenêutica “vincula-se ao conjunto de experiências trazidas na História que formam indissociavelmente nosso raio de visão e pré-moldam nossas interações intelectivas com os fenômenos que se nos postam à frente” (PEREIRA, 2001, p. 27).

A pré-compreensão seria uma antecipação prévia e difusa do sentido do texto influenciado pela tradição em que se insere o sujeito que o analisa. Noutros termos, é o produto da relação intersubjetiva que o hermenauta tem no mundo. A pré-compreensão é parte formadora da própria compreensão, constitui ontologicamente a compreensão. Desse modo, como assevera Pereira (2001, p. 28), não existe “possibilidade de compreender que se forme à margem do conjunto difuso de pré-compreensões advindas do horizonte histórico em que se situa o sujeito”. Prossegue:

“(…) o homem, ao interpretar qualquer fenômeno, já possui antecipadamente uma pré-compreensão difusa do mesmo, um pré-conceito, uma antecipação prévia de seu sentido, influenciada pela tradição em que se insere (suas experiências, seu modo de vida, sua situação hermenêutica etc.) (PEREIRA, 2001, p. 28)”.

A compreensão é formada por pré-compreensões. Nos termos de Gadamer (1997, p. 709), “não existe compreensão que seja livre de todo pré-conceito, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar sempre dirigida, no sentido de escapar ao conjunto de nossos pré-conceitos”.

Portanto, a situação hermenêutica do homem já o encaminha a um objeto com

um certo olhar. O fenômeno sempre é visto de forma mediada, é sempre representado. Não se conhece algo em sua plenitude, mas sempre algo enquanto algo. Todo fenômeno o qual o homem defronta “*jamaís se mostra em sua pureza objetiva e ahistórica, como que isolado e pronto à descoberta em seu estado bruto, mas antes aparece matizado pelo espectro de cores que formam o raio de visão daquele que o observa*” (PEREIRA, 2001, p. 41). O que não significa a impossibilidade de conhecimento das coisas, mas tão-somente que essas só podem ser conhecidas de forma mediada.

Não obstante, Gadamer (1997) ressalta que o horizonte histórico não significa enclausuramento, mas abertura. Como coloca Pereira (2001, p. 28), a consciência do horizonte histórico permite melhor vislumbrá-lo rumo a um padrão mais correto. Pela noção do horizonte histórico, chega-se à consciência da pluralidade de camadas de sentidos em que se reconhece “uma constante mobilidade de significados cambiantes em função de cada época” (PEREIRA, 2001, p. 44). A partir da consciência da pluralidade de camadas de sentidos, a fixação de determinados princípios hermenêuticos reluz com ainda mais força.

5.2. A fusão de horizontes

Segundo Gadamer (1997), não se pode isolar o intérprete do objeto hermenêutico, e nesse sentido o significado do texto não está à espera do intérprete. Nas palavras de Pasqualini (2002, p. 171):

“Na acepção mais plena, o sentido não existe apenas do lado do texto, nem somente do lado do intérprete, mas como um evento que se dá em dupla trajetória: do texto (que se exterioriza e vem à frente) ao intérprete; e do intérprete (que mergulha na linguagem e a revela) ao texto. Esse duplo percurso sabe da distância que separa texto e intérprete e, nessa medida, sabe que ambos, ainda quando juntos, se ocultam (velamento) e se mostram (desvelamento)”.

A compreensão que se realiza mediante um diálogo hermenêutico implica fundir o horizonte do intérprete com o horizonte daquele que é interpretado. E do inter-relacionamento do horizonte próprio do intérprete com o alheio nasce um novo. Para Gadamer (1997, p. 404), na fusão de horizontes se dá “a plenitude da conversa, na qual ganha expressão uma coisa que não é só de interesse meu ou do meu autor, mas de interesse geral”. O compreender do intérprete faz parte de um acontecer que decorre do próprio texto que precisa de interpretação. Na noção de *fusão de horizontes*, há a concepção de que a verdade do texto não está na submissão incondicionada à opinião do autor e nem somente nos pré-conceitos do intérprete, mas senão na fusão de horizontes de ambos.

Gadamer (1997) produz uma virada hermenêutica em que já não é mais possível descrever o interpretar como produção de um sujeito soberano. Nesse sentido, o intérprete não pode impor ao texto a sua pré-compreensão, devendo confrontá-la criticamente com as possibilidades razoáveis dentro de um contexto. Nas palavras de Gadamer (1997, p. 414):

“Importa que nos mantenhamos longe do erro de que o que determina e limita o horizonte do presente é um acervo fixo de opiniões e valorações, e que face a isso a alteridade do passado se destaca como um fundamento sólido. Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos”.

A verdade de um texto não está na submissão incondicionada à opinião do autor nem apenas nos preconceitos do intérprete, mas na fusão dos horizontes de ambos. A tarefa de descoberta da verdade do objeto é no todo impotente, pois o homem, ao debruçar-se sobre um objeto, não encontra apenas objeto, mas também ação humana

refletida. Assim, a interpretação deixa de ser um processo reprodutivo para figurar como processo produtivo, posto que o intérprete não realiza apenas uma atividade reprodutiva do texto, mas o atualiza de acordo com as circunstâncias do momento. Ao projetar seu horizonte histórico, o intérprete dá origem a um novo horizonte no presente. O presente vem a ser como uma evolução do limitado horizonte histórico para um novo horizonte superador, numa fusão de horizontes.

Ressalte-se ainda que a fusão de horizontes implica um outro tipo de fusão, aquela entre compreensão, interpretação e aplicação. Numa inversão da posição clássica de que primeiro vem a interpretação para depois decorrer a compreensão, em Gadamer (1997) compreende-se para interpretar. Para o filósofo, sempre se interpreta, e para que isso ocorra é necessário que exista uma compreensão (pré-compreensão). Não obstante, para Gadamer (1997) a aplicação não é um terceiro momento em que primeiro se interpreta, em seguida se compreende e por fim se aplica. Como ensina Pereira (2001, p. 37), “para Gadamer, a interpretação nada mais é do que a forma explícita da compreensão e não um momento distinto desta. Igualmente, a aplicação não se realiza posteriormente a essas, mas integra o próprio ato de compreender”.

5.3. História efetual

Reconhecer o princípio da história efetual é perceber a influência que a história exerce sobre o ser humano e que essa influência molda e fundamenta o modo de compreender. Nas palavras de Gadamer (1997, p. 366):

“(…) cada época entende um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto constitui parte do conjunto de uma tradição pela qual cada época tem um interesse objetivo e na qual tenta compreender a si mesma. O verdadeiro sentido de um texto, tal como este se apresenta

a seu intérprete, não depende do aspecto puramente ocasional que representam o autor e o seu público originário. Ou, pelo menos, não se esgota nisso. Pois este sentido está sempre determinado também pela situação histórica do intérprete e, por conseqüência, pela totalidade do processo histórico”.

A história efetual opera, conscientemente ou não, em toda compreensão condicionando e controlando a fusão de horizontes. A compreensão humana é dotada de uma temporalidade intrínseca. Como ressalta Pereira (2001, p. 32):

“(…) não existe possibilidade de compreensão que se dê fora da história, fora da influência temporal. O compreender humano deita suas raízes no acontecer do tempo, no conjunto de experiências a ele transmitidas historicamente, o que leva a historicidade de toda compreensão”.

O diálogo hermenêutico se realiza dentro da própria consciência de história efetual, ou seja, no escopo da constituição objetiva da cadeia de interpretações feitas sobre o mesmo texto. Não obstante, acentua Lopes (2000, p. 106):

“A consciência do texto que o intérprete tem forma parte, por sua vez, da história efetual do próprio texto, pois toda compreensão é histórica e todo compreender se incorpora ao processo histórico, independentemente da vontade do intérprete”.

Dessa forma, a história efetual compõe a compreensão não só no sentido de que a molda, mas também no sentido de que dela o hermeneuta participa. Não é a história efetual uma força cega, em face da qual o intérprete seria um ente meramente passivo, não apenas porque o intérprete por meio dela se auto-interpreta, mas também porque por ela o intérprete é continuamente interpelado. Ainda, conforme Margarida Lacombe (2003, p. 57), a autoridade da tradição não tira a liberdade do intérprete,

pois, ao ser racionalmente reconhecida, pode ser controlada. Nas palavras de Gadamer (1997, p. 26):

“Não é só a tradição e a ordem de vida natural que formam a unidade do mundo em que vivemos como homens; o modo como nos experimentamos uns aos outros e como experimentamos as tradições históricas e as construções naturais de nossas experiências e do nosso mundo formam um autêntico universo hermenêutico com respeito ao qual nós não estamos encerrados entre barreiras insuperáveis senão abertos a ele”.

Portanto, o reconhecimento da história efetual não implica acriticidade, ao contrário, pelo choque diante de um momento futuro em que os pré-conceitos advindos da tradição não mais respondem, tem-se a possibilidade de distinção entre os verdadeiros pré-conceitos sobre os quais se compreende e aqueles falsos pré-conceitos que aludem mal-entendidos (GADAMER, 1997, p. 447).

5.4. O círculo hermenêutico

O horizonte do intérprete envolve necessariamente pré-conceitos e esses se defrontam constantemente com novos espaços de compreensão. Desse confronto, o pré-conceito retorna ao intérprete já modificado. A isso Gadamer (1997) denomina círculo hermenêutico.

Conforme ensina Pereira (2001, p. 35):

“O círculo hermenêutico ocorre no instante em que o sujeito, através de sua pré-compreensão, participa na construção do sentido do objeto (moldado por tais preconceitos), a passo que o próprio objeto, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do intérprete”.

Ressalte-se que o círculo hermenêutico é fecundo à criticidade, pois considera que o texto pode trazer elementos que ponham à prova os pré-juízos do intérprete. Em contato com o fenômeno interpretado, o

intérprete pode lançar luzes sobre seus pré-conceitos, revisando-os.

Considerando que esse processo nunca se esgota ou se estabiliza, ao contrário, está numa progressão sem fim, alguns estudiosos o chamarão de espiral hermenêutica. Para esses, o espiral hermenêutico é a imagem que melhor representa o fato de que o intérprete não retorna da mesma forma que nele entrou, de que não leva os mesmos pré-conceitos originais. Todavia, a interpretação heideggeriana e mais abalizada só nos possibilita mesmo dizer de um “círculo hermenêutico” no qual, entretanto, não há uma circularidade fechada, mas aberta à própria temporalidade ínsita ao *Dasein* (Cf. PAIVA, 1998; STEIN, 2001). De toda forma, o círculo hermenêutico implica um encontro entre a tradição do intérprete e a do texto, entre o horizonte daquele que compreende e o horizonte que se reflete na própria obra. Nesse sentido, não se fica sempre nos mesmos pré-conceitos, uma vez que se modificam, ou outros são instaurados no processo de compreensão. Ressalte-se que, como ensina Margarida Lacombe (2003, p. 58), o círculo hermenêutico não é um círculo metodológico, senão que descreve um momento estrutural ontológico da compreensão.

5.5. A questão do método

O modelo tecnicista de interpretação concebe o conhecer como um “movimento unidirecional que parte do sujeito, unidade absoluta de compreensão, em direção ao objeto, realidade dotada de um sentido perene acessível por um procedimento controlável em sua isenção” (PEREIRA, 2001, p. 48). Decorre daí a primazia dos métodos.

Segundo Gadamer (1997, p. 459), “a hermenêutica não é uma questão de método, pois o método é usado como questão”. Gadamer (1997, p. 15) problematiza o método como caminho de acesso à verdade, o que não significa que não reconheça a importância desse ao desenvolvimento

do campo científico, conforme afirma: “O espírito metodológico da ciência se impõe por toda parte. Assim, de longe, não me veio à mente negar a premência iniludível do trabalho metodológico, dentro das assim chamadas ciências humanas”.

O filósofo acentua a insustentabilidade da metodologia científica como postulado único para a verdade. Para Gadamer (1997), o método é tão-somente uma predicação da proposição já compreendida, pois, quando se lança mão do método, já se compreendeu. O método chega tarde. Nas palavras de Palmer (1999, p. 169): “O método é incapaz de revelar uma nova verdade, apenas explicita o tipo de verdade já implícito no método”.

Para garantir-se a verdade, não basta a certeza que a utilização dos métodos científicos proporcionam. No conhecimento científico, opera também o próprio daquele que conhece e isso designa certamente o limite do método, mas não da ciência.

Gadamer (1997) traz um redimensionamento do modelo interpretativo calcado em técnicas. Para o filósofo, não se pode poupar o objeto dos pré-conceitos que o intérprete possa trazer. Aliás, como ressalta Pereira (2001, p. 48), é sobre o solo dessa contaminação que se consubstancia o entendimento. Noutros termos, não há como esterilizar a coisa cognoscível da contaminação causada pelo intérprete sem deixar estéril o próprio conhecimento.

5.6. A linguagem

A linguagem em Gadamer (1997) é pensada a partir de uma reflexão da filosofia analítica, tendo como aporte teórico, mais especificamente, a teoria dos atos de fala de Austin.

Sem se considerar as especificidades de cada filósofo analítico, a filosofia da linguagem se consubstancia na idéia de que todo pensamento ocorre por meio de signos. O pensamento não se dá imediatamente, mas é mediatizado por signos, e da mesma forma ocorre com o conhecimento e acesso

à realidade. Portanto, o pensamento é dialógico e não centrado no indivíduo, como ocorria na tradição cartesiana.

Pode-se dizer que há duas gerações bem distintas acerca da filosofia da linguagem. Para a primeira geração, a linguagem cotidiana é repleta de problemas, ambígua e imprecisa, havendo a necessidade de substituí-la por uma linguagem lógico/formal. Caberia, portanto, à filosofia da linguagem essa missão. E para a segunda geração, incumbiria a filosofia da linguagem buscar esclarecer conceitos como verdade, significação e referência. Austin se insere nessa geração.

Austin elabora a Teoria dos Atos de Fala e propõe, como parte constitutiva de sua teoria, os atos locucionários, ilocucionários e perlocucionários. Segundo Austin (1990), todo ato de linguagem é iniciado quando se diz algo. O ato locucionário abrange toda a dimensão do falar na medida em que remete à presença de conteúdo sintático/semântico. De acordo com Austin (1990, p. 85-94), o ato locucionário é constituído por três dimensões distintas. A primeira dimensão relaciona-se ao ato fonético, que significa o ato de proferir certos ruídos ou uma certa seqüência sonora, que Austin chama de *fone*. A segunda dimensão é relativa ao ato fático e diz respeito ao proferimento de certas palavras ou vocábulos pertencentes e em conformidade com uma certa gramática, que Austin chama de *fema*. Finalmente, a terceira dimensão, ou seja, o ato rético, denominado por Austin *rema*, refere-se à utilização de tais vocábulos com uma certa significação que deve ter um certo sentido e referência.

O ato ilocucionário, por sua vez, não remete tão-somente à descrição, mas à criação de um novo objeto. O ato ilocucionário diz respeito ao modo e ao sentido de como se utiliza a linguagem em situações particulares e em relação a um contexto definido (AUSTIN, 1990, p. 85-94).

Por fim, o caráter perlocucionário diz respeito aos efeitos que o ato de fala po-

dem provocar numa pessoa. Esse efeito, diferentemente do ato ilocucionário, não é convencional e nem está ligado a um contexto definido. O efeito pode ser esperado ou não, da mesma forma que pode ser deliberado ou não. É um tipo de efeito sobre o qual não se pode ter controle (AUSTIN, 1990, p. 85-94).

É importante ressaltar que a separação realizada (ato locucionário, ilocucionário e perlocucionário) deve ser vista apenas sob a perspectiva técnico-analítica, que foi utilizada tão-somente para a formulação da Teoria dos Atos de Fala. Segundo Austin (1990, p. 85-94), os três atos de linguagem ocorrem sempre simultaneamente. Portanto, linguagem não se reduz à descrição da realidade, quando o homem fala está agindo e criando objetos no mundo.

Apreciando os estudos de Austin, Gadamer (1997, p. 556) afirma que “a linguagem é o médium universal em que se realiza a própria compreensão”. Só pela linguagem se pode compreender, salientando que não se entende por linguagem apenas a descrição dos objetos. É pela linguagem que se compreende, na medida em que é através dela que se relacionam velhas descrições com outras novas; portanto, é por meio dela que se cria e age.

É isso que permitirá a Gadamer (1997, p. 567) entrelaçar a dialeticidade intrínseca à relação entre pensamento e fala, como conversação, na dialética da pergunta e da resposta pertinente à interpretação de qualquer texto. Nesse sentido, chega o autor a dizer que “a lingüisticidade da compreensão é a concreção da consciência da história efetual”. Não apenas a tradição, mas a própria compreensão tem natureza lingüística, portando, pois, uma relação fundamental com a lingüisticidade. Como diz Gadamer (1997, p. 647), o próprio mundo “é o solo comum, não palmilhado por ninguém e reconhecido por todos, que une a todos os que falam entre si. Todas as formas da comunidade de vida humana são formas de comunidade lingüística, e,

mais ainda, formam linguagem". A mundanidade lingüística do mundo em que desde sempre nos movemos constitui então condição de todas as nossas concepções. Não há um ponto de observação fora da história, assim como não há história sem linguagem. Compreende-se aí o caráter especulativo inerente à linguagem, na medida em que suas palavras não copiam o ente, mas deixam vir à fala uma relação com o todo do ser.

6. A aplicação do direito sob o prisma da hermenêutica filosófica de Gadamer: uma hermenêutica jurídica

O Direito há muito insiste na tentativa vã de que, por meio de mais e mais dogmática interpretativa, ter-se-ia maior efetividade do Direito, melhores decisões. Todavia, a aplicação do Direito de forma metodificada implica a manutenção do que Tércio Sampaio (1998, p. 178) denomina "mistério divino do Direito", remetendo ao "princípio de uma autoridade eterna fora do tempo e mistificante, conforme as exigências dos mecanismos de controle burocrático num contexto centralista". Conforme Streck (2003, p. 17), a dogmática interpretativa não consegue atender às especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa na qual o crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social reclamam novas posturas dos operadores jurídicos.

É que, como acentua Marcelo Gallupo (2001, p. 59), a organização e a conformação jurídica do dissenso, do pluralismo, consubstanciado inclusive na Constituição Federal de 1988, depõem em desfavor de um pensar pronto e acabado acerca das regras jurídicas. Nesse sentido, a idéia de um sistema fechado mantido pelas técnicas interpretativas é refratária ao Estado Democrático de Direito, mesmo porque a idéia de se monopolizar o objeto do conhecimento, de representá-lo como ele realmente é em si mesmo, exprime o desejo de adquirir o

poder do objeto, o poder de dizer a norma. Exige-se, no contexto do Estado Democrático do Direito, um "pensar problematizador", no qual a idéia de um sistema fechado, rigoroso e prévio seja afastada em prol de uma reconstrução dialógica que reivindica o caso concreto.

Ante as constatações de que o horizonte tradicional da hermenêutica técnica se revela cada vez mais insuficiente para o desiderato da interpretação jurídica, os pressupostos teórico-científicos, metodológicos e também filosóficos da Ciência do Direito postos em evidência pela Hermenêutica de Gadamer necessitam ser estudados e aprofundados. Nesse sentido, afiguram-se os ensinamentos de Arruda Júnior e Gonçalves (2002, p. 233):

"Discutir a hermenêutica filosófica como um novo paradigma cognitivo para o saber e a prática jurídica envolve a reformulação preliminar daquele território metodológico no qual são radicalmente delimitadas as possibilidades de percepção e funcionamento do Direito. A concepção hermenêutica sugere formas alternativas, menos cientificistas e mais historicizadas, para as gerações vindouras apreenderem o Direito como um entre os diversos outros componentes do fenômeno normativo-comportamental mais geral".

Pela teoria hermenêutica de Gadamer (1997), a questão interpretativa deixa de colocar-se como um problema metodológico, ou de simples técnica, para ser um problema filosófico, na medida em que a interpretação não é concebida como um meio de conhecer, mas como um modo de ser. Na obra *Verdade e Método*, Gadamer (1997) expõe uma nova teoria da experiência hermenêutica que vai além da tradicional concepção que a equipara a uma metodologia científica. A hermenêutica deixa de ser um método para tornar-se uma ontologia, o "modo de ser do homem", o modo de "compreender", desvalorizando,

dessa maneira, a teoria positivista. Assim, acentua Lênio Streck (2003, p. 174):

“A passagem de (e/ou o rompimento com) um modelo de interpretação do Direito de cunho objetivista, (...), que trabalha com a possibilidade da busca de conceitos ensimesmados das palavras da lei, feitas por um sujeito cognoscente mergulhado nos confins do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, começa a ser desfeita a partir dos aportes da semiótica, em sua matriz pragmática e da hermenêutica filosófica com a hermenêutica antirreprodutiva de Gadamer, pela qual se passa da percepção à compreensão”.

Portanto, a partir da hermenêutica de Gadamer (1997), a pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como esse sentido se dá, qual seja, pelo ser que compreende esse sentido. Segundo Streck (2004, p. 198), isso significa dizer que “o mensageiro já vem com a mensagem”, “no conto está o contador”. Assim, as questões levantadas por Gadamer (1997) atingem profundamente os marcos teóricos e/ou práticos da Ciência do Direito. A partir de Gadamer (1997), é inconcebível pensar que pelos métodos interpretativos o intérprete possa expurgar seus pré-conceitos e, nesse sentido, o método é uma ferramenta inútil. O jurista, ao compreender, e, por conseguinte, interpretar, não deixa de trazer suas pré-compreensões, pois esta é constitutiva da própria compreensão.

Os métodos interpretativos ainda tão em voga no estudo do Direito não conseguem filtrar a situação hermenêutica do intérprete. No próprio modo de utilizar-se dos métodos interpretativos já se manifesta aquele que se propõe a dele lançar mão. “O intérprete que realiza a filtragem já está na filtragem. No filtrado está aquele que filtra. No filtro já está o filtrado” (STRECK, 2001, p. 221). Isso posto, é inviável a reprodução de sentido da norma tal como propõe a hermenêutica clássica do Direito. O Direito

exige um perene interpretar, haja vista que as palavras da lei não são unívocas. Por sua vez, o processo interpretativo do Direito não decorre da descoberta do unívoco ou do correto sentido, mas, ao contrário, tende a uma interpretação produtiva originada de um processo de compreensão em que a situação hermenêutica do jurista funde-se com o texto jurídico expressando algo que não é nem somente as pré-compreensões do intérprete nem apenas o texto, é nesse sentido algo novo.

Ressalte-se que a Hermenêutica de Gadamer (1997, p. 489) não significa negar que o Direito porta uma delimitação de sentido. Ele próprio esclarece que:

“A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do Direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa de conjunto”.

Considerando o Giro Hermenêutico operado por Gadamer (1997), o intérprete é produto da linguagem social que envolve os pré-conceitos advindos da tradição. E nesse sentido, pertinentes são as considerações de Souza Cruz (2001, p. 232), que, aludindo o giro lingüístico, explica que, como fruto da linguagem social, o “magistrado deve deixar de contar apenas consigo mesmo (ou com o consolo de que sua decisão, em caso de erro, poderá ser revista pelo tribunal/instância superior)”. Como fruto da linguagem social, o magistrado conta com todos os seus pré-conceitos desde suas mais remotas experiências (conscientes ou não), de sua formação humana e jurídica, até os elementos probatórios que se deram no curso regular do processo, argumentação das

partes, etc. A compreensão do juiz não se dá em solidão, ou seja, dele com ele mesmo e exclusivamente a partir dele, pois ocorre num processo jurisdicional em que é precipuo o contraditório e a ampla defesa. Tanto o autor quanto o réu, ao manifestarem no processo em simétrica paridade, participam na interpretação – compreensão – aplicação (lembrando que não constituem momentos distintos) da lei expressa no provimento final do juiz. Portanto, no momento de produção do provimento jurisdicional, as partes, o dito e o contraditado, já aportam para o provimento jurisdicional uma série de pré-compreensões, as quais densificam a possibilidade de sentido normativo para muito além de uma suposta moldura.

Assim, o revelar da atividade interpretativa como indissociável da pré-compreensão do intérprete impõe-se à exigência de que o processo de interpretação seja aberto. Nesse sentido, torna-se ainda mais imprescindível a necessidade daqueles que são legitimados, porque sofrerão as consequências da compreensão que se fizer da norma (seus destinatários), de participarem do processo para que venham a ser consideradas as suas próprias pré-compreensões.

A lei, o processo e toda formação jurídica do hermenauta compõem sua pré-compreensão, à qual se fundem as novas leituras do texto legal que se seguirão, bem como a análise do caso concreto que surgir, as teses empreitadas pelos advogados, num círculo hermenêutico onde o saber do Direito não se fecha. Dessa forma, os métodos de interpretação devem ser entendidos como uma orientação aberta, incumbindo a eles salientar os aspectos que o intérprete deve levar em conta, mas consciente de que eles não têm o poder de esvaziar a interpretação das pré-compreensões do intérprete. Nesse sentido, para Gadamer (2003, p. 41), a compreensão do Direito não significa apenas um projetar do intérprete em direção a um significado, mas precipuamente a aquisição pela compreensão de novas e numerosas possibilidades, tais como a interpretação

do texto, as relações nele escondidas, as conclusões que advêm etc.

Na esteira de Gadamer (1997), o intérprete do Direito já acessa o texto normativo munido de certas possibilidades de sentido, das pré-compreensões que, longe de revelarem um subjetivismo ou relativismo na interpretação, situam-se como verdadeiras condições de possibilidade de toda compreensão. Dizer que um texto jurídico (um dispositivo normativo, uma lei etc.) não pode ser desvinculado da antecipação de sentido operada por aquele que o interpreta significa dizer que o intérprete não interpreta por partes, como coloca a hermenêutica clássica, em que primeiro se interpreta, depois se compreende para, finalmente, se aplicar. Nesse sentido, para uma hermenêutica jurídica de viés gadameriano, o juiz só decide porque encontrou o fundamento. Como qualquer intérprete, há um sentido que é antecipado ao juiz – advindo das pré-compreensões –, e nesse momento já se tem a decisão. Portanto, o julgador não decide para depois buscar a fundamentação, mas só decide porque já encontrou o fundamento, que nesse momento é ainda uma antecipação prévia de sentidos tomada de pré-compreensões ainda não problematizadas. Obviamente, deve o magistrado aprimorar o fundamento, revê-lo a partir de uma racionalidade discursiva. É certo que muitas decisões parecem manifestar apenas o primeiro sentido, isto é, revelam tão-somente a antecipação do sentido embebida pelas expectativas do juiz, sem maiores aprofundamentos. Para esses casos, a parte que se sente prejudicada, acreditando não ter sido o direito devidamente interpretado, pode valer-se do duplo grau de jurisdição. Portanto, o duplo grau figuraria enquanto possibilidade de se ter o necessário aprofundamento de sentido para aquelas decisões que revelam uma interpretação presa ao primeiro sentido.

É relevante explicitar que, numa leitura gadameriana, mesmo após o aprofundamento de sentido, não se pode falar de

uma verdade na interpretação como se fosse um conhecimento fixo. Para o filósofo, pode-se ter num dado momento uma melhor interpretação considerando a história efetual da norma, seu contexto, sua construção dialógica e processual. Todavia, essa interpretação pode não ser sempre a melhor considerando que a interpretação acontece de forma espiral em que, a cada leitura, novos elementos e releituras fazem-na expandir. Em torno desse pensamento, Gadamer (1997, p. 485) adverte:

“(...) o jurista não pode sujeitar-se a que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, o jurista está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da Lei”.

Destarte, uma interpretação só pode ser melhor em relação a um dado contexto, e nesse sentido o caso concreto ganha relevo, o caso concreto que reflete uma nova situação no qual o intérprete (o juiz é antes de tudo um intérprete) tem que renovar a efetividade da norma. Tal efetividade não se consegue simplesmente na tentativa de reconstrução da intenção original do legislador, mesmo porque é ela uma tentativa fadada ao fracasso considerando que a pré-compreensão daquele que interpreta faz parte do processo interpretativo. Renovar a efetividade da norma significa que, ante um caso concreto, isto é, um novo objeto cognoscível, o horizonte do intérprete com todas as suas pré-compreensões (suas experiências de vida, seu estudo e vivência do Direito) funde-se com o horizonte legado pelo caso concreto. E do inter-relacionamento do horizonte próprio do intérprete com o do caso concreto nasce um novo, que, obviamente, como já pontuado, necessita ser aprofundado pelo intérprete sob risco de expressar equívocos e pré-conceitos inautênticos. Dessa forma, a pretensão reguladora da norma é apenas

o início de todo um processo hermenêutico em que se tem a aplicação produtiva da norma, uma vez que a compreensão não é um simples ato reprodutivo do sentido original do texto.

Não obstante, considerando o círculo hermenêutico, o intérprete do Direito não retorna da fusão com o caso concreto ou com o texto normativo da mesma forma que nela entrou, porquanto seus pré-conceitos originais podem se consolidar, modificar, ou mesmo outros serem instaurados. Destarte, a cada caso concreto ou a cada nova leitura do texto jurídico tem-se um novo intérprete, seja mais convicto de sua posição jurídica, seja dela reticente.

Portanto, ante o círculo hermenêutico, tem-se um melhor intérprete do Direito. E melhor intérprete em termos gadamerianos remete à metáfora de amplitude na qual quanto mais descrições estiverem disponíveis e quanto maior a integração entre elas, melhor a compreensão do intérprete em relação ao objeto identificado por qualquer das descrições. Em termos mais gerais, compreender melhor o Direito é ter consciência efetiva da historicidade de sua aplicação, é ter mais a dizer sobre ele, é ser capaz de abrir-se para conjugar ditames normativos, institutos, experiências e teorias de uma maneira sempre renovada e ao mesmo tempo integrada a uma correta reconstrução da própria tradição.

7. Conclusão

Em sua obra *Humano, demasiado humano*, de 1886, pontuou Nietzsche (2000, p. 98) que a ciência moderna tem por meta garantir o mínimo de dor possível. Parece-nos que, nos dias de hoje e na cena jurídica atual, tal proposição não é descabida. De fato, a Ciência do Direito ainda prefere pautar-se em técnicas interpretativas, que supostamente evitam o sofrimento de seus operadores ao minimizar a sua carga de responsabilidade na concretização do Direito. Os métodos interpretativos não

trazem ao intérprete consciência de que ele, intérprete, está na interpretação e, por conseguinte, pode contribuir seja para um maior ou menor nível de justiça, para a perpetuação ou para a erradicação das mazelas do Direito. Não obstante, conceber a hermenêutica como algo equivalente às técnicas interpretativas evita que a sociedade sofra da dor de saber que a lei não abarca tudo, que, na decisão do juiz em uma demanda, não há tão-somente a lei, mas um pouco do juiz que a proferiu. Assim, a Ciência do Direito evita a dor da insegurança jurídica, a dor de um intérprete que não está isento da interpretação, mas, ao contrário, faz parte dela.

Entretanto, em nome do mínimo de dor possível, o Direito, pela ação imobilizadora de intérpretes somente ocupados com a segurança, já consumou, ao longo dos tempos, e ainda consoma diariamente, as mais imperdoáveis injustiças. Assim, o que tem sido assegurado pelo Direito, na realidade, é tão-somente por vezes “segurança de imutabilidade”, por outras, ironicamente, “segurança da arbitrária mutabilidade”, e em ambos os casos tem-se uma “segurança” de duvidoso valor.

Investigar e refletir a partir de elementos da Hermenêutica de Hans-Georg Gadamer é tentar vislumbrar um outro horizonte para a compreensão da aplicação do Direito, que muitas vezes não é o mais cômodo. Gadamer, ao tornar consciente a situação hermenêutica, a fusão de horizontes, a consciência histórica etc., macula toda tentativa de um saber objetivo da situação, exatamente porque o intérprete já está inserido em seu interior. Assim, a hermenêutica jurídica de Gadamer (apud STRECK, 2004, p. 217) traz ao intérprete a *angústia do estranhamento*, isto é, desenraiza aquilo que o Direito tendencialmente encobre.

Ante a temeridade do pensamento Gadameriano no estudo do Direito, muito se diz de suas conseqüências, mais especificamente no âmbito da aplicação do Direito. Desaguar-se-ia num juiz monológico e em

decisões solipsistas? Acreditamos que não e pensamos que a própria trama da historicidade reflexiva inerente à hermenêutica gadameriana já seria suficiente para eliminar tal acusação.

Não obstante, pensamos que a própria pergunta pela conseqüência da Hermenêutica de Gadamer para a aplicação do Direito não parece ser adequada. Gadamer fala de algo que independe de um querer, de algo que se sobrepõe e acontece inevitavelmente ao humano. Dessa forma, não é negando o estudo de Gadamer para o Direito que se afastaria do Direito a sua sujeição às pré-compreensões, à fusão de horizontes e toda a realidade do processo de compreensão por ele trabalhado. A interpretação e a aplicação do Direito envolvem seres humanos que têm como condição principal a de se fazerem seres hermenêuticos. Não é negando Gadamer ao Direito que se aparta o judicialismo. Ao contrário, Gadamer constitui um relevante aporte teórico a ser considerado para se pensar a questão dos métodos clássicos de interpretação do Direito, sua insuficiência e a necessidade de um outro paradigma capaz de considerar questões como o relativismo jurídico e as decisões arbitrárias. Assim, a desmistificação do fazer hermenêutico realizado por Gadamer constitui um proeminente aporte para uma reflexão crítica sobre a pré-compreensão rumo a uma reorientação teórica da aplicação do Direito, que abrange não só a investigação sobre os mecanismos de pré-compreensão, como também a influência de uma pré-compreensão irracional e ideológica sobre a escolha do método interpretativo da norma jurídica. Nesse sentido, a preocupação da Hermenêutica Jurídica perpassaria aquilo que acentua Inocêncio Mártires Coelho (1997, p. 13):

“Se não existe interpretação sem intérprete; se toda interpretação, embora seja um ato de conhecimento, traduz-se, afinal, em uma manifestação de vontade do aplicador do Direito; se a distância entre a generalidade da

norma e a particularidade do caso exige, necessariamente, o trabalho mediador do intérprete, como condição indispensável ao funcionamento do sistema jurídico; se no desempenho dessa tarefa resta sempre uma insuperável margem de livre apreciação pelos operadores da interpretação; se ao fim e ao cabo, isso tudo é verdadeiro, então o ideal de racionalidade, de objetividade e, mesmo de segurança jurídica, aponta para o imperativo de se fazer recuar o mais possível o momento subjetivo da interpretação e reduzir ao mínimo aquele resíduo incômodo de voluntarismo que se faz presente, inevitavelmente, em todo trabalho hermenêutico”.

Por intermédio de Gadamer (apud HEGEL, 1985, p. 41), torna-se imperativa a consciência de que as pré-compreensões emergem a todo o momento, e é necessário um esforço demasiadamente grande, não abarcado pelo método, para não se tomar “as nuvens do erro pelo céu da verdade”. Problematizando Gadamer, o intérprete do Direito pode desvelar novos sentidos sobre o denso problema da interpretação, encarando de forma mais realista e menos abstrata a tarefa que se põe diante dele, e pode, assim, ser consciente do novo Direito que emerge também a partir dele. E o novo, nesse caso, representa, sobretudo, o diferente do que está posto e já evidentemente fracassado. Portanto, o novo é apenas o desvencilhar-se do já insustentável advindo da saturação de antigos paradigmas, para assumir a condição humana, finita e histórica, como condição de possibilidade de toda compreensão.

Referências

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002.

AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer: palavras e ação*. Tradução de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica a dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989.

BIAGIONI, João. *A ontologia hermenêutica de H.G Gadamer*. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 1983.

CALVET, T. *De Wittgenstein à redescoberta da mente*. Belo Horizonte: UFMG, 1997.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006.

DALLARI, Dalmo. *Constituição e constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1980.

DOMINGUES, Ivan. *O grau zero do conhecimento: o problema da fundamentação das ciências humanas*. São Paulo: Loyola, 1991.

FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: M. Limonard, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. *O problema da consciência histórica*. Tradução de Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 143, p. 191-209, set. 1999.

_____. *Hermenêutica constitucional e pluralismo*. In: SAMPAIO, José Adécio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. *Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

HABERMAS, Jurgen. *Dialética e hermenêutica*. Tradução de Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

HEGEL, G. W. Friedrich. *A fenomenologia do espírito*. Tradução de Henrique Cláudio de Lima Vaz, Orlando Vitorino e Antônio Pinto de Carvalho. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. (Coleção os Pensadores).

- HEIDEGGER, Martin. *Sobre o humanismo*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967.
- _____. *Ser y tiempo*. Tradução de Jorge Eduardo Rivera Cruchaga. Santiago: Universitária, 1997.
- KUNSCH, Martin. *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal*. São Leopoldo: Unisinos, 2001.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 145, jan. 2000.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- OSUNA, Antonio Hernandez-Largo. *Hermenêutica jurídica: em torno a la hermenêutica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1992.
- PAIVA, Márcio A. *A liberdade como horizonte da verdade em Martin Heidegger*. Belo Horizonte: PUC, 1998.
- PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1999.
- PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível*. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Hermenêutica plural*. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- RIBEIRO, Fernando Armando. *Conflitos no estado constitucional democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- RICARDO, H. C. *Hermenêutica filosófica e aplicação do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- _____. *Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adécio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.
- _____. *Compreensão e finitude*. Porto Alegre: Unijuí, 2001.
- _____. *A consciência da história: Gadamer e a hermenêutica*. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. 3, 24 mar. 2002.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

**Seção Resenha Legislativa da
Consultoria de Orçamento, Fiscalização
e Controle do Senado Federal**

Contribuições à auditoria de concessão de obra pública voltada à exploração econômica em sentido estrito

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt

Sumário

1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Desenvolvimento. 3.1. Amparo legal dessa modalidade de operação. 3.1.1. Concessão de direito real de uso (Decreto-Lei 271/67). 3.1.2. Regime de parcerias público-privadas (Lei 11.079/2004). 3.1.2. Regime de parcerias público-privadas (Lei 11.079/2004). 3.1.3. Concessão precedida de obra pública (Lei 8.987/1995). 3.2. Lógica econômica em sentido estrito dessa modalidade de contratação. 3.2.1. Necessidade de identificação e tratamento adequado dos riscos envolvidos. 3.2.2. Avaliação econômica prévia do projeto como pressuposto da concessão. 4. Conclusão.

1. Introdução

A auditoria de obras públicas concentra-se tradicionalmente na adjudicação e execução físico-financeira dos respectivos contratos (SALVADOR, 2000, p. 59). Trata-se evidentemente do foco principal do controle, tendo em vista principalmente o valor dos recursos públicos envolvidos.

No entanto, as exigências mais amplas impostas pela missão das instituições de controle público impõem que todo o ciclo do investimento público seja acompanhado, tanto sob a perspectiva da legalidade e economicidade quanto da eficiência e eficácia, como determina expressamente a Constituição Federal em seus artigos 37, 70 e 74 (FERNANDES, 2003, p. 654-655).

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt é Consultor de Orçamento do Senado Federal.

O escopo tradicional, mesmo quando adentra o mérito dos preços e quantitativos, alcança essencialmente as dimensões de economicidade¹ e eficiência², esta última um sentido restrito à técnica físico-construtiva.

As características da evolução recente dos empreendimentos públicos de infraestrutura, porém, oferecem inúmeros outros desafios ao auditor público, voltados a todo o espectro da racionalidade econômica do projeto³. Um projeto de infra-estrutura freqüentemente tem (e recebe) impactos profundos na economia regional e na estruturação do território de seu entorno, e promove efeitos macroeconômicos significativos pela concentração de gasto público que representa (IZQUIERDO, 1997). Isto implica a necessidade de incorporação de questões de auditoria relativas a um sem-número de relações de integração físico-produtiva e econômica entre os projetos de infra-estrutura e o respectivo entorno.

Não obstante, uma parcela crescente desse tipo de investimento vem sendo executada sob diferentes regimes de participação de setores privados como investidores diretos (WILLIAMS, 2003, p. 7). No mundo inteiro, a década de 1990 assistiu a um dramático aumento na liberalização de políticas de transporte e ao fortalecimento do papel de operadores e investidores privados (em particular na infra-estrutura de transporte (ESTACHE; RUS, 2000, p. 6), muitas vezes pioneiramente em relação a outras formas de investimento em infra-estrutura (GÓMEZ-IBÁÑEZ, 1993, p. 1).

Neste contexto, os auditores dos projetos de investimento são confrontados com

¹ Minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometimento dos padrões de qualidade (BRASIL, 2000, p. 107).

² Relação entre os produtos (bens e serviços) gerados por uma atividade e os custos dos insumos empregados, em um determinado período de tempo (BRASIL, 2000, p. 107)

³ Avançar nessas dimensões é não só uma autorização, mas uma imposição constitucional sobre os Tribunais de Contas (BUGARIN, 2001, p. 49).

o complexo exame de todos os aspectos da complexa relação entre o poder público e o investidor privado, na lógica inerente a cada projeto ou empreendimento. Num sentido bastante lato, esta relação vem sendo denominada “parcerias público-privadas” e abrange qualquer “arranjo de papéis e relacionamentos nos quais duas ou mais entidades públicas e privadas coordenam-se, de forma complementar, para atingir seus objetivos distintos através de objetivos individuais e distintos através da busca conjunta de um ou mais objetivos comuns”⁴.

Este trabalho pretende contribuir com a discussão de alguns critérios para uma das modalidades dessa relação entre investidores privados e o poder público em projetos de infra-estrutura. Trata-se da modalidade pela qual o poder público confere a um particular, em troca de contrapartida econômica, o direito de construção de uma obra em terreno público com o direito de exploração comercial da mesma, sem que a referida obra constitua-se, ela mesma, serviço público ou instrumento físico da prestação de serviço público.

O exemplo paradigmático dessa situação é a negociação com particulares tendo por objeto a construção e exploração, por conta do empresário, de empreendimentos comerciais contíguos a instalações de serviço público como hospitais, estações de transporte ou aeroportos.

Difere essa situação da tradicional forma de disposição desses espaços na medida em que não se está disponibilizando um imóvel ou área física já pronta para que o particular possa utilizá-la em atividade empresarial, mas tão-somente permitindo que, em dado espaço físico (terreno ou espaço aéreo), esse particular edifique a suas expensas os imóveis e instalações em que vai exercer

⁴ “arrangement of roles and relationships in which two or more public and private entities coordinate in a complementary way to achieve their separate objectives through the joint pursuit of one or more common objectives” (WILLIAMS, 2003, p. 5).

sua atividade. A contrapartida a ser dele exigida pode ser, no formato mais simples, apenas um pagamento pecuniário na forma de arrendamento, ou então (perspectiva mais promissora) a participação integral ou parcial do empresário privado no investimento público associado à área comercial que pretende explorar (custeando no todo ou em parte a sua construção, ou mesmo construindo a suas custas esse bem público para repassá-lo ao poder público).

Essa forma de relacionamento com a iniciativa privada suscita uma multiplicidade de questões por resolver e desafios ao auditor.

2. Metodologia

Nossa contribuição pretende avançar no conhecimento de duas delas: a possibilidade jurídica desse tipo de negócio, no âmbito do setor público brasileiro, e os cuidados especiais que o administrador há de tomar na avaliação dos riscos do projeto com vistas ao sucesso nesse tipo de contratação.

Pela natureza dos objetivos do trabalho, trata-se de discussão eminentemente teórica, calcada na pesquisa da legislação pertinente e dos registros da experiência internacional.

Procurar-se-á responder diretamente às questões acima suscitadas, levantando ainda, ao longo da análise, alguns pontos correlatos que devem merecer o cuidado do auditor público. À exposição do raciocínio conceitual seguir-se-ão, sempre que possível, referências aos casos compilados na literatura técnica.

3. Desenvolvimento

3.1. Amparo legal dessa modalidade de operação

Tendo em vista o princípio da legalidade estrita a que se submete a ação estatal (nos termos do próprio artigo 37 da Constituição Federal), a primeira questão a aclarar a respeito do tema é: o ordenamento jurídico

permite aos poderes públicos engajarem-se nesse tipo de contratação, uma vez que não está em jogo diretamente nenhuma finalidade de prestação de serviço público em sentido estrito?

Em termos mais precisos, está em jogo relevante interesse coletivo que permite ao Estado o envolvimento contratual em exploração direta de atividade econômica, nos termos do art. 173 da Constituição Federal?

Essa definição é atribuída pelo próprio artigo 173 da Carta Magna ao texto da lei, sendo necessário buscar no ordenamento jurídico positivo autorização expressa para esse tipo de ação estatal. E a resposta é inequivocamente positiva: existem várias possibilidades que a lei nacional contempla para esse tipo de empreendimento conjunto entre o poder estatal e a iniciativa privada. Repassemos então, brevemente, as principais possibilidades abertas à ação do administrador.

3.1.1. Concessão de direito real de uso (Decreto-Lei 271/67)

Para iniciativas como as que estamos analisando, pode-se encontrar amparo inicialmente no art. 7º do Decreto-Lei 271/67, que institui “a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social”, podendo ser outorgada “a mesma concessão de uso do espaço aéreo sobre a superfície de terrenos públicos ou particulares, tomada em projeção vertical”, nos mesmos termos e para mesmos fins (art. 8º).

3.1.2. Regime de parcerias público-privadas (Lei 11.079/2004)

Poder-se-ia, em tese, aventar o novo regime instituído pela Lei 11.079/2004. No entanto, o art. 2º, § 3º, estabelece que

“não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

Como não se concebe pagamentos do orçamento público a empresa privada para custeio do funcionamento de qualquer empreendimento estritamente comercial, por absoluta falta de finalidade pública, não vemos como se possa estruturar projetos dessa modalidade em torno desse suporte legal.

Assim, o conceito teórico de parcerias público-privadas no campo da administração pública (WILLIAMS, 2003, p. 5), bastante mais lato, não corresponde à definição estrita da legislação. Cuidado especial deve ter o auditor, portanto, para que a redação de seus trabalhos não dê margem a confusão entre esses dois conceitos, sendo preferível reservar a expressão “parcerias público-privadas” ou o acrônimo “PPP” àqueles empreendimentos enquadrados no regime estrito da mencionada Lei 11.079/2004.

3.1.3. *Concessão precedida de obra pública* (Lei 8.987/1995)

O outro regime que pode amparar esse tipo de empreendimento é o da concessão precedida de obra pública prevista no art. 2º, inc. III, da Lei 8.987/95. Nesta, o particular constrói uma obra determinada pelo Poder Público e remunera-se pela sua exploração econômica direta. Não existe dúvida acerca do cabimento desse tipo de licitação, ainda que – como no caso presente – a obra futura não vá ser utilizada para a prestação de serviços públicos.

“Este contrato administrativo se caracteriza, basicamente, por ser um ajuste no qual o Poder Público transfere a terceiros a execução de uma obra, de modo que o contratado se remunere através de tarifa paga di-

retamente pelo administrado. A sua essência consiste, portanto, no fato de que a Administração Pública não necessita recorrer a recursos próprios para executar uma obra, utilizando-se de uma parceria com outra pessoa, seja de direito público ou de direito privado, que, por sua vez, visa, além do retorno dos investimentos aportados, a parcela de lucro a ser obtido mediante a exploração da obra durante determinado período.

[..]

A definição legal, entretanto, consoante a parte final do dispositivo supracitado, determina que ‘o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado’. Deste modo, o legislador ampliou a abrangência do contrato, admitindo que o contratado remunere-se apenas com a exploração da obra, desvinculando-a da prestação de um serviço público. Assim, resta indubitável que o contrato, muito embora a denominação legal não seja a mais adequada, continua a existir dentro do nosso ordenamento jurídico de maneira independente.

Aplicam-se, destarte, as normas que lhe forem compatíveis das Leis 8.987/95 e 8.666/93, com especial diferença no que concerne ao prazo, que não se submete aos limites do artigo 57 da Lei 8.66/93, e ao preço, ao qual não se aplica o artigo 55, inciso V, da Lei 8.666/93, mas, em contra-partida, o advérbio ‘sempre’ contido no art. 175, CF, não se aplica às concessões de obra, que, nesse passo, submetem-se aos artigos 25 e 26 da Lei 8.666/93” (SOUTO, 1997, p. 240).

Um ponto, porém, é inequívoco: o concessionário remunerar-se-á pela exploração econômica da obra, de forma a não onerar os cofres públicos (e mesmo a contribuir com

receitas patrimoniais à fazenda pública) – por expressa determinação da parte final do art. 2º, inc. III, da Lei 8987/95. Isso implica a possibilidade – e necessidade – de *análise pelo auditor do mérito da alternativa de concessão segundo uma lógica de viabilidade estritamente econômica*, como passamos a fazer a seguir.

Também nisso a doutrina é assente:

“Quando se alude à exploração empresarial e integrada do serviço público e de atividades econômicas conexas, surge uma questão subjacente que nem sempre é percebida. Ocorre que essas atividades econômicas conexas ao serviço público enquadram-se no âmbito do art. 170 e parágrafo único da CF/88. Ou seja, são atividades reservadas, em princípio, à iniciativa privada e que não se vinculam direta e imediatamente à satisfação de uma necessidade coletiva essencial. Em suma, não configuram serviço público.

[..]

A natureza jurídica das atividades conexas

O que ocorre é a articulação, *sob o prisma econômico*, entre a atividade conexas e o serviço público. A infraestrutura necessária à prestação do serviço público comporta a oferta de outras utilidades ao mercado, de modo que o prestador do serviço público também pode (deve) valer-se desta oportunidade para obter resultados adicionais.

A conexão empresarial da atividade econômica em sentido restrito com o serviço público não transforma sua natureza. Continuará a configurar-se uma atividade econômica em sentido restrito, reservada à iniciativa privada e que obedecerá ao Direito Privado. A exploração conjugada far-se-á em obediência ao postulado de que a racionalidade econômica tem de ser aproveitada para, tal como

antes afirmado, assegurar a menor tarifa possível para o melhor serviço público” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 368-369).

3.2. Lógica econômica em sentido estrito dessa modalidade de contratação

Na medida em que o Estado, em busca da contraprestação econômica, propõe ao particular conceder-lhe o direito de exploração de uma atividade exclusivamente comercial, ingressa em um cenário em que as alternativas e decisões (sem prejuízo da observância da legalidade, como em qualquer outro aspecto da vida social) deslocam-se essencialmente para a lógica empresarial no sentido estrito. Não poderia ser diferente: ao entrar em entendimentos acerca de projetos de exploração econômica sem características de serviço público, o Estado termina por minimizar a própria aplicabilidade de pressupostos da atividade administrativa estatal (que posicionam o atendimento ao interesse público em patamar claramente superior à lógica simples de fracasso ou sucesso do empreendimento privado, com os corolários das alterações unilaterais dos contratos e da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contratos a expensas dos cofres públicos), o que impõe um zelo especial à modelagem do negócio, visto que dificilmente seria justificável o resgate de um insucesso empresarial com fundos públicos, a qualquer título, sem que o objeto da atividade contenha elementos substanciais de serviço público administrativo em sentido estrito.

E sem a possibilidade de *bailing out* implícita nos contratos administrativos (inclusive nas diferentes modalidades de concessão de serviços públicos), o investimento privado (cuja realização é objeto do interesse do Estado ao concessionar) fica condicionado a uma lógica equivalente, em todos os sentidos, a um investimento em atividade privada. Qualquer agente econômico, diante de uma decisão de investimento para edificar e operar um

empreendimento de fins comerciais ou de aproveitamento (como lojas ou um *shopping center*, por exemplo), analisará *ex ante* as expectativas de retorno do capital investido, frente aos riscos envolvidos no projeto. A mesma postura adotará um eventual prestador de fundos para o projeto quando utilizar capital de terceiros (situação que se torna extremamente provável no caso presente, devido ao volume do investimento envolvido). Mais precisamente:

“Dois tipos de riscos comumente não diferenciados, mas que devem ser distinguidos, afetam o volume do investimento. O primeiro é o risco do empresário ou o risco do tomador do empréstimo e surge das dúvidas que o mesmo tem quanto à probabilidade de conseguir, realmente, a retribuição que espera. Quando alguém aventura o próprio dinheiro, esse é o risco que é relevante.

Mas quando existe um sistema de conceder empréstimos e de tomar emprestado, e com isso pretendo designar a concessão de créditos protegidos por certa margem de garantia real ou pessoal, aparece um segundo tipo de risco a que podemos chamar risco do prestador. Este pode dever-se ou a uma contingência moral, isto é, falta voluntária ou qualquer outro meio, talvez lícito, para fugir ao cumprimento da obrigação, ou à possível insuficiência da margem de segurança, isto é, não-cumprimento involuntário causado por uma expectativa malograda. Pode-se acrescentar um terceiro motivo de risco, ou seja, a possibilidade de uma variação desfavorável no valor do padrão monetário, tornando o empréstimo em dinheiro menos seguro, à medida da depreciação, do que um ativo real, embora a maior parte deste risco já deveria ter-se refletido, e, portanto, sido incorporado, nos preços dos bens reais duráveis” (KEYNES, 1985, p. 106).

A estrutura de alocação dos riscos do projeto é, portanto, um componente indispensável da regularidade jurídica do processo de concessão, por impactar direta e profundamente a viabilidade da atividade pretendida. Assim entende a mais autorizada doutrina:

*“A definição da extensão dos riscos e os efeitos sobre a concessão
[..]*

Essa construção evidencia que a decisão empresarial reflete uma avaliação sobre todos os custos – diretos e indiretos – necessários à obtenção da vantagem econômica buscada. Isso significa que o preço praticado por um empresário traduz não apenas o custo de insumos, mão-de-obra e outros fatores da produção. Também abrange verbas destinadas a compensar eventos futuros e previsíveis. Mais ainda, a própria insegurança sobre a evolução dos fatos futuros traduz-se nos preços.

Daí se segue que a ampliação dos riscos de um empreendimento qualquer se traduz na ampliação de seus custos. Até se poderia dizer que o empresário realiza uma espécie de *seguro informal*, em que o aumento dos preços reflete a elevação dos riscos. No entanto, esse processo somente se desenvolve até certo ponto. A ampliação indeterminada de riscos ilimitados conduz à decisão negativa quanto a um empreendimento. Somente empresários irresponsáveis arriscam-se em negócios cuja margem de risco é ilimitada e indeterminada. Esses empresários costumam acabar arruinados.

Pode dizer-se, então, que uma concessão até pode ser modelada de modo a transferir para o concessionário riscos ilimitados. Não seria despropositado defender a possibilidade de até mesmo os riscos extraordinários serem impostos ao concessionário.

Mas o resultado prático seria a frustração do interesse público. A solução de impor ao concessionário que arque com os efeitos negativos de todo e qualquer evento gerará a elevação relevante dos custos de transação.

Disso resultará que o empresário privado será obrigado a alocar verbas não para a prestação do serviço, mas para fazer face ao inadimplemento dos usuários. O aumento do custo traduzir-se-á nas tarifas. Como decorrência, todos os usuários pagarão *mais* do que seria necessário, para compensar os riscos de inadimplemento.

Mas não se pode afastar a possibilidade de que os empresários mais cautelosos – que são, muitas vezes, os mais sérios e responsáveis – simplesmente se neguem a aplicar seus recursos num negócio destinado ao insucesso. Isso produzirá, quando menos, a redução da competição pela outorga, o que produzirá efeitos perniciosos evidentes.

Esse é o motivo pelo qual a Constituição Federal tutelou a equação econômico-financeira dos contratos administrativos: reduzir os custos de transação, do qual derivam efeitos benéficos para a coletividade e cada usuário do serviço público.

Logo, a redução do risco do concessionário de serviços públicos é uma condição para obtenção do maior número de interessados em participar da licitação e para viabilizar ofertas as mais vantajosas possíveis” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 333-334).

3.2.1. *Necessidade de identificação e tratamento adequado dos riscos envolvidos*

É preciso verificar, portanto, os então inevitavelmente suscitados por uma concessão de obra do tipo em exame. “Risco” neste contexto é a probabilidade de ocorrência de eventos desfavoráveis (de várias

naturezas) que impeçam o atingimento dos objetivos das partes contratantes. Partimos, para tanto, da larga experiência acumulada pelo Banco Mundial em promover e financiar grandes projetos de desestatização em países em desenvolvimento, e do registro de várias experiências internacionais de participação privada em projetos de infraestrutura.

“Portanto há benefícios microeconômicos e macroeconômicos no investimento privado em infra-estrutura. Mas tais investimentos impõem os investidores a grandes riscos, uma vez que os investimentos são na maior parte das vezes muito grandes e seus custos podem ser amortizados apenas ao longo de longos períodos de tempo. Duas características especiais da infra-estrutura criam riscos adicionais. Primeiro, os investimentos são em grande parte submersos: os ativos não podem ser usados para outra finalidade exceto a grandes custos. Segundo, projetos de infra-estrutura geralmente oferecem serviços que são considerados essenciais e são ofertados por monopolistas. Como resultado, a prestação dos serviços é altamente politizada. Como muitos dos capítulos deste livro enfatizam, essa combinação de fatores torna os investidores especialmente vulneráveis a ações governamentais oportunistas. [...] Devido a estas características, os retornos dos investidores privados são incertos e mais sensíveis ao comportamento governamental que a maioria dos setores da economia.

Para protegerem-se desses riscos, os investidores privados freqüentemente demandam do governo concedente garantias extensas contra riscos tais como não-pagamento pelos usuários, elevações de custos, ou demanda insuficiente. Em outras palavras, eles pedem ao governo para entrar

em algum tipo de acordo que resulte em que seja a riqueza líquida do governo – e não a deles – que varie com os resultados incertos. Ansiosos por encorajar o investimento, os governos freqüentemente aceitam” (IRWIN et al, 1997, p. 2, tradução nossa).⁵

“Contratos de concessão são difíceis de desenhar porque em muitos casos as previsões de demanda são altamente incertas, os investimentos submersos são elevados, e é caro para o Estado escolher outro fornecedor após a adjudicação do contrato. Eles estão, portanto, sujeitos ao que Williamson (1985) denominou ‘a transformação fundamental’: antes da licitação, a relação entre empresas e Estado é competitiva; após a adjudicação do contrato, este torna-se um monopólio bilateral. Dado que a lucratividade do empreendimento depende de eventos que não podem ser antecipados, os contratos de concessão são inerentemente incompletos e já um amplo espaço para com-

⁵ Thus there are both microeconomic and macroeconomic benefits of private investment in infrastructure. But such investments subject investors to major risks, since the investments are often large and their costs can be recouped only over long periods of time. Two special features of infrastructure create additional risks. First, the investments are largely sunk; the assets cannot be used elsewhere except at great cost. Second, infrastructure projects often provide services that are considered essential and are provided by monopolists. As a result, services are highly politicised. As many of the chapters in this volume emphasize, this combination of factors make investors especially vulnerable to opportunistic government actions. [...] Because of these characteristics private investors’ returns are uncertain and are more sensitive than in most industries to the host government’s behavior.

To protect themselves from these risks private investors often ask the host government to provide extensive guarantees against risks such as those of nonpayment by purchasers, cost overruns, or low demand. In other words, they ask the government to enter into some form of arrangement that results in the government’s – and not their – net wealth varying with the risky outcome. Anxious to encourage investment, governments often consent (IRWIN et al, 1997, p. 2).

portamentos oportunistas por ambas as partes (quadro 4.7)” (IRWIN et al, 1997, p. 94, tradução nossa).⁶

Não se trata de uma visão apenas teórica. Os relatos da experiência internacional comparada reiteram a enorme variedade de riscos a gerenciar explicitamente em contratos desse tipo:

“Riscos aos Concessionários em BOT

Alguns integrantes de um consórcio de BOT auferem lucros substanciais de sua participação em um projeto de infra-estrutura. Entretanto, vários riscos podem ocorrer, particularmente em projetos internacionais realizados em países em desenvolvimento. A instabilidade política no país do projeto é uma preocupação em todos os estágios de um BOT. Dado que a maioria das concessões se faz por períodos entre 20 e 40 anos, a estabilidade política a longo prazo é importante. Há também o risco de aumentos significativos de custos em um BOT capazes de alterar seu conteúdo. Se recursos de financiamento adicionais não estiverem disponíveis, o projeto pode ser paralisado ou terminar sem atingir seus objetivos. Existe ainda o risco de desvalorizações cambiais desfavoráveis que obriguem um consórcio BOT a amortizar empréstimos em moeda forte com receitas em moeda desvalorizada.

Outro risco é o nível da tarifa fixada para uma instalação. O valor do pedágio fixado pelo governo mexicano

⁶ Franchise contracts are difficult to design because in many cases demand forecasts are highly uncertain, sunk investments are large, and it is costly for the state to switch to another supplier after the contract is awarded. They are thus subject to what Williamson (1985) has termed “the fundamental transformation”: before the auction the relationship between firms and the state is competitive; after the contract is awarded it becomes a bilateral monopoly. Because the venture’s profitability depends on events that cannot be anticipated, franchise contracts are inherently incomplete and there is ample room for opportunistic behavior on both sides (box 4.7). (IRWIN et al, 1997, p. 94).

para as rodovias concessionadas era cerca de oito vezes maior que pedágios comparáveis nos Estados Unidos. Isto resultou em aumentos na evasão de receitas.

Por fim, mudanças demográficas drásticas ao longo do período da concessão podem afetar substancialmente a receita. A fonte de receitas de um consórcio BOT baseia-se em projeções sobre o número de consumidores que utilizarão uma instalação. Se o número de consumidores é menor que o projetado, isto pode ter efeitos desastrosos na lucratividade do empreendimento BOT” (LEVY, 1996 apud WILLIAMS, 2003, p. 18, tradução nossa).⁷

“BOT para Infra-estrutura em Hong Kong

O túnel foi financiado completamente pelo setor privado. Os acionistas investiram um capital próprio de 600 milhões de dólares de Hong Kong. Isto traduziu-se em uma relação dí-

vida/capital próprio relativamente conservadora de 2.6:1. A estrutura de financiamento do projeto abordou adequadamente os principais riscos. Riscos prévios à conclusão das obras foram enfrentados pelo período relativamente curto de 18 meses para a construção. O risco de construção foi baixo porque o método de edificação de túneis utilizado era bem conhecido. O risco advindo do próprio contratado foi mitigado pela boa reputação desse contratado e por uma multa de 400.000 dólares de Hong Kong por dia de atraso. O risco de aumento de custos foi superado por várias garantias oferecidas pelos acionistas. Para assegurar a qualidade do projeto, um *performance bond* de 10 anos subscrito pelo concessionário respondia ao risco de *performance*.

Os riscos posteriores à conclusão estendiam-se pelo resto dos 12 anos de concessão. O risco de taxa de juros foi gerenciado mediante a compra pelos acionistas de opções sobre juros no mercado financeiro. O risco de flutuações no fluxo de caixa foi mitigado por compromissos prévios do governo de Hong Kong de elevar o pedágio ao longo do período.

Este exemplo indica as várias áreas de gerenciamento de risco que devem ser consideradas em um contrato BOT. Mostra também que experiência e cooperação são necessárias da parte de especialistas em construção, finanças e projeto para completar com sucesso um grande projeto desse tipo” (WILLIAMS, 2003, p. 18).⁸

⁷ Risks to BOT Concessionaires

Some members of a BOT consortium could make substantial profits from their participation in an infrastructure project. However, there are several risks that can occur, particularly for international projects in developing countries. Political instability in the host country is a concern at all stages of a BOT project. Because most concessions are from 20 to 40 years, long-term political stability is important. There is also the risk of significant cost overruns on a BOT project that may change a project's pro forma. If additional financing is not available, the project can come to a halt or end in default. There is also the risk of unfavorable currency devaluations that can cause a BOT consortium to pay back loans with devalued revenue.

Another risk is the level of the usage fee set for a facility. Toll rates for concession-type highways set by the Mexican government were about eight times higher than comparable tolls in the United States.

This resulted in increased toll jumping. Finally, drastic changes in demographics over the concessionary period may substantially affect revenue. A BOT consortium's source of revenue is based upon projections of the number of consumers who will use a facility. If the number of consumers is less than projected, it can have disastrous effects on the profitability of the BOT venture (LEVY, 1996 apud WILLIAMS, 2003, p. 18).

⁸ Hong Kong BOT Infrastructure

The tunnel was financed completely by the private sector. Shareholders contributed equity of HK\$600 million. This translated to a relatively conservative debt-to-equity ratio of 2.6:1. The project's financing structure adequately addressed the major project risks. Precompletion risks ran for the relatively short 18-month construction period. The construction risk was low because the tunneling method used was well

O mapa dos riscos que podem emergir de um grande projeto de infra-estrutura como este pode ser discriminado como:

- Risco de Projeto/Desenvolvimento – Erro de projeto
- Risco de construção – Elevação de custos; Atraso na finalização; Incapacidade do projeto em atender aos critérios de desempenho quando concluído
- Risco de custos operacionais – Elevação de custos operacionais; Impossibilidade ou atraso ao obter permissões, licenças ou aprovações; Mudanças nos preços de insumos; Não-entrega de insumos a cargo de autoridades públicas
- Riscos de receita – Mudanças na tarifa; Mudanças na demanda; Quedas em quantidade ou qualidade do serviço que levem à redução na demanda
- Risco financeiro – Taxas de câmbio; taxas de juros; Mercado de câmbio (remessa de divisas)
- Riscos de força maior – Casos fortuitos (fenômenos da natureza); Mudanças na legislação
- Riscos de desempenho – Força maior por motivos políticos (risco político)
- Risco ambiental – Incidentes ambientais (KERF et al, 1998, p. 26-27, tradução nossa)

known. The contractor risk was mitigated by the good reputation of the contractor and by a delay penalty of HK\$400,000 per day. The cost overrun risk was overcome by several guarantees from the shareholders. To ensure project quality, a 10-year performance bond put up by the contractor addressed performance risk.

The post-completion risks ran for the rest of the 12-year loan period. Interest rate risk was addressed by the purchase of an interest rate cap by the shareholders. Cash flow risk was mitigated by pre-approvals from the Hong Kong government to increase tolls over time.

This example indicates the many areas of risk transfer that must be considered with a BOT contract. It also shows that expertise and cooperation are required from experts in construction, finance, and design to successfully complete a large project of this type. (WILLIAMS, 2003, p. 21)

Dentro dessa estrutura, a alocação dos riscos de construção e ambiental tende a ficar, sempre, a cargo do concessionário, e os riscos financeiros, político e de força maior são mais freqüentemente atribuíveis parte ao concessionário, parte ao concedente pelos mecanismos legais de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (quando existam, o que não deve em absoluto ser presumido na concessão de obra pública que tratamos) e em parte não controláveis. Já o risco de custos operacionais é atribuído, por definição, ao concessionário, podendo o risco de permissões, licenças ou aprovações ser em parte assumido pelo poder concedente na medida em que apresente à licitação um projeto com parte das licenças urbanísticas e ambientais concedidas, ao menos para o início das obras. O risco de projeto, por sua vez, pode ser controlado pela Administração, sempre que esta submeta à licitação uma obra previamente projetada (embora a Administração seja obrigada a cobrar as despesas de projeto do licitante vencedor quando busque amparo na Lei 8987/95, por expressa determinação de seu art. 21). Dependerá do edital respectivo se a Administração assumirá formalmente o risco derivado de problemas no projeto. Caso não ocorra essa hipótese, e o desenvolvimento físico do projeto caiba ao concessionário, ambos os riscos a ele pertencerão. O risco de receita (demanda e sucesso comercial) fica inteiramente por conta do concessionário em qualquer hipótese.

Neste ponto, porém, sobressai um alerta essencial ao gestor (e ao auditor responsável por analisar um projeto de concessão como o que tratamos): *a alocação de riscos derivada de uma concessão na qual o edital já preveja especificações rígidas de formato para o empreendimento concessionado (a exemplo do projeto executivo) é inteiramente inconsistente, a nosso ver, com o bom gerenciamento dos riscos envolvidos.*

Como regra geral, a alocação dos riscos de um grande projeto dessa natureza entre

as diferentes partes intervenientes (governo, usuários, concessionário) é determinada segundo dois critérios básicos: o controle que a parte tem sobre o risco (a sua capacidade direta para prevenir sua ocorrência e mitigar os seus efeitos) e o custo incorrido pela parte no tratamento dos riscos (o “custo de carregamento do risco”).

“Ao projetar e avaliar um mecanismo de licitação e o seu respectivo contrato de concessão, vários princípios devem ser seguidos, como mostrado nas seções seguintes.

Alocar riscos eficientemente

Um contrato de concessão distribui os riscos de um projeto de infraestrutura entre o concessionário, os usuários e os contribuintes. Como o prêmio de risco exigido *ex post* pelo concessionário é maior em função de uma maior variabilidade dos retornos esperados, tudo o mais permanecendo constante, o mecanismo escolhido deve transferir riscos à parte mais capaz de diversificá-lo e minimizar o nível total do risco de demanda.

Este princípio está sujeito a uma ponderação em particular: *os riscos controláveis devem ser carregados, ao menos em parte, pela parte melhor equipada a controlá-los, já que os agentes têm menos incentivos a serem eficientes quando eles não carregam um risco que possam parcialmente controlar.* Se o regulador garante proteção completa contra elevações de custo, por exemplo, o concessionário não tem incentivo a controlar custos, e na média eles serão excessivamente altos. Portanto, qualquer risco que não pode ser controlado ou eliminado deve ser diversificado” (IRWIN et al, 1997).⁹

⁹ In designing and evaluating an auction mechanism and its associated franchise contract, several principles should be followed, as shown in the following sections.

Allocate risks efficiently

A franchise contract spreads the risks of an infrastructure project among the franchise holder, users and

Mais precisamente:

“O risco de projetos de infraestrutura pode ser alocado, em um nível mais amplo, ao governo, empresas ou consumidores. Estes agentes podem, por sua vez, redistribuir riscos a terceiros. As empresas, por exemplo, optam por alocar riscos entre empregadores, acionistas e seguradores. Os riscos alocados aos governos são em última instância suportados pelos seus contribuintes.

Dois fatores críticos determinam se um agente deve carregar o risco: o grau em que esse agente pode influenciar ou controlar o resultado que seja incerto ou arriscado e a capacidade de o agente carregar o risco (ou seja, o custo de carregamento do risco). Outros fatores mantidos constantes, os riscos devem ser alocados aos agentes que possam carregá-los aos menores custos (seja porque são menos avessos ao risco, porque podem mais facilmente segurar ou fazer hedge do risco, ou porque podem distribuir o risco entre muitos agentes” (IRWIN et al, 1997, p. 94-95).¹⁰

taxpayers, Since the *ex post* risk premium required by a franchise holder rises with the variability of returns, everything else equal the chosen mechanism should transfer risks to the party best able to diversify them and minimize the total level of demand risk.

This principle is subject to one major qualification: controllable risks should be borne, at least in part, by the party best equipped to control them, since parties have fewer incentives to be efficient when they do not bear a risk they can partially control. If the regulator grants complete insurance against cost overruns, for example, the franchise holder has no incentive to control costs, and on average they will be too high. Thus, any risk that cannot be controlled or eliminated should be diversified.

¹⁰ Infrastructure project risk can be allocated, at a broad level, to government, firms or consumers. These agents can in turn redistribute risks to others. Firms, for instance, choose how to allocate risks among lenders, shareholders, and insurers. Risks allocated to the governments are ultimately borne by the country's taxpayers.

Two critical factors determine whether an agent should bear risk: the degree to which the agent can influence or control the outcome that is risky and

Se a administração estabelece o projeto, o concessionário arca com os riscos financeiros derivados de suas deficiências, embora seja a parte que melhor possa controlá-lo (por responsabilizar-se pela construção). Mesmo que a responsabilidade contratual por esse risco esteja expressamente com a Administração concedente (o que não é uma tarefa fácil), a caracterização da circunstância de erro de projeto é sempre uma situação conflitiva. Uma falha no projeto torna-se então um potencial objeto de conflito entre os contratantes (com os reflexos disso nos custos associados, como o valor dos prêmios de seguro). Caso detivesse a atribuição de elaborar também o projeto executivo, nenhuma dúvida restaria acerca da responsabilidade do concessionário por erros de projeto.

O mais grave, porém, não é o risco físico do projeto. O concessionário tem sobre seus ombros a responsabilidade de carregar o risco da concepção inadequada (do ponto de vista comercial e do volume de investimento) do projeto (“Incapacidade do projeto em atender aos critérios de desempenho quando concluído”), em qualquer situação.

Além disso, o risco de demanda (evolução comercial do projeto, ocupação) permanece todo em mãos do empresário. Esse risco depende em parte da gestão comercial estritamente falando, mas depende em parte da própria formatação física do investimento (que, como qualquer projeto de infra-estrutura, tem grande parcela na forma de *sunk costs* inalteráveis) e em parte de variáveis que fogem ao controle do próprio investidor resultantes das ações do poder público na operação dos serviços públicos nas áreas contíguas (por exemplo, no caso de empreendimentos situados ao longo de

the agent’s ability to bear the risk (that is, the cost of risk-bearing). Other things equal, risks should be allocated to agents who can bear the risk at the lower cost (because they are the least risk-averse, because they can most easily insure or hedge against the risk, or because they can spread the risk among many people (IRWIN et al, 1997, p. 94-95).

estações de transporte e aeroportos, o fluxo de pessoas pelas proximidades dependerá fundamentalmente das decisões relativas às operações da instalação de transporte, que estão em mãos do poder público e não do empresário).

Isso implicará que o licitante vencedor terá de construir uma edificação predeterminada (e, como incorporador, a maior parte do seu investimento é no imóvel em si mesmo), com um valor mínimo predeterminado (na medida em que os ganhos de custo diante de um projeto executivo detalhado são possíveis, mas têm alcance limitado), sem possibilidade de adaptá-lo às necessidades comerciais e de demanda dentro do horizonte de concessão (que, pelo porte do investimento, dificilmente é inferior a 20 anos). Isso contraria não só uma avaliação técnica de gestão de risco, mas o próprio senso comum: pedir-se-ia ao licitante – e aos demais financiadores do investimento, como bancos e debenturistas – que encare os riscos de um investimento previamente fixado, estimado pelo próprio concedente em trinta e cinco milhões de reais, com fluxo de desembolsos fortemente concentrado nos primeiros anos, sem que ele possa alterar o volume e a natureza da maior parte desse investimento para adaptá-lo a um volume menor de pessoas circulando, a uma variação no interesse dos consumidores, ao surgimento de novos mercados, etc.

Mais ainda, a predefinição mediante o projeto executivo tira do empresário uma parcela significativa do controle sobre o risco de demanda pelo negócio comercial; esse risco que é, por excelência, aquele ao qual está mais capacitado a responder e gerenciar, e aquele que mais necessita de flexibilidade de resposta, porque é previsivelmente o de mais difícil previsão:

“Controle sobre Resultados Incertos
Alguns resultados incertos são mais facilmente controlados por empresas privadas, outros pelo governo, como ilustrado pelos exemplos abaixo.

Considere o risco de demanda em uma concessão de telecomunicações – isto é, o fato de que a demanda pode ser mais alta ou mais baixa que a melhor previsão. Dado que a firma pode elevar a demanda ao manter alta a qualidade – prevenindo falhas, consertando-as rapidamente quando ocorrerem, melhorando a qualidade de som, introduzindo novos serviços, e assim por diante –, a qualidade pode ser mais alta se a empresa carregar o risco de demanda (isto é, se os lucros da empresa variarem com a demanda). Tudo o mais mantido constante, então, o risco de demanda em uma concessão de telecomunicações deveria ser alocada à empresa privada. (Repare que a mesma linha de raciocínio pode não conduzir aos mesmos resultados em todos os setores; veja abaixo a discussão sobre riscos de demanda em rodovias sujeitas a pedágio) (IRWIN et al, 1997, p. 8).¹¹

Risco de demanda. O risco de demanda surge quando as previsões de demanda não são confiáveis. Este risco é multiplicado quando as firmas têm pouca flexibilidade para adaptar-se a cenários imprevisíveis de demanda, como é o caso em muitos tipos de projetos de infra-estrutura, nos quais os investimentos são grandes em relação ao tamanho do mercado, indivisíveis, e vinculados a uma particular localização,

¹¹ Control over Risky Outcomes

Some risky outcomes are more easily controlled by private firms, others by the government, as illustrated by the examples below.

Consider the demand risk in a telecommunications concessions – that is, the fact that demand may be higher or lower than the best forecast. Since the firm can increase demand by keeping quality high – preventing faults, fixing them quickly when they occur, improving sound quality, introducing new services, and so on – quality may be higher if the firm bears demand risk (that is, if the firm's profits vary with demand). Other things being equal, then, demand risk in a telecommunications concession should be allocated to the firm. (Note that the same line of reasoning may not give the same results in all sectors; see the discussion of demand risks in toll roads below).

(IRWIN et al, 1997, p. 8)

não sendo viável a prestação do serviço a uma distância maior.

As previsões de demanda são baseadas em estimativas tanto dos riscos macroeconômicos, que estão vinculados ao desempenho agregado da economia, e dos riscos microeconômicos, que refletem flutuações locais da demanda. Erros em qualquer uma das estimativas irão invalidar as previsões de demanda, que são habitualmente imprecisas a curto prazo (três a cinco anos) e praticamente inúteis no longo prazo (quadro 4.8).¹²

¹² Franchise contracts are difficult to design because in many cases demand forecasts are highly uncertain, sunk investments are large, and it is costly for the state to switch to another supplier after the contract is awarded. They are thus subject to what Williamson (1985) has termed "the fundamental transformation": before the auction the relationship between firms and the state is competitive; after the contract is awarded it becomes a bilateral monopoly. Because the venture's profitability depends on events that cannot be anticipated, franchise contracts are inherently incomplete and there is ample room for opportunistic behavior on both sides (box 4.7). (IRWIN et al, 1997, p. 94-95).

In designing and evaluating an auction mechanism and its associated franchise contract, several principles should be followed, as shown in the following sections.

Allocate risks efficiently

A franchise contract spreads the risks of an infrastructure project among the franchise holder, users and taxpayers. Since the ex post risk premium required by a franchise holder rises with the variability of returns, everything else equal the chosen mechanism should transfer risks to the party best able to diversify them and minimize the total level of demand risk.

This principle is subject to one major qualification: controllable risks should be borne, at least in part, by the party best equipped to control them, since parties have fewer incentives to be efficient when they do not bear a risk they can partially control. If the regulator grants complete insurance against cost overruns, for example, the franchise holder has no incentive to control costs, and on average they will be too high. Thus, any risk that cannot be controlled or eliminated should be diversified.

[..]

Demand risk. Demand risk arises when demand forecasts are unreliable. This risk is compounded when firms have little flexibility to adapt to unforeseen demand scenarios, as is the case in many types of infrastructure projects, in which investments are large relative to the size of the market, indivisible, and

Naturalmente, existe sempre a possibilidade de alterações contratuais baseadas em modificações da natureza do serviço pretendido, porém sempre estarão sujeitas ao controle e à discricionariedade do poder concedente, o que não se afigura razoável se o objeto da alteração não é um serviço público e, sim, um empreendimento estritamente comercial (isso tanto pela ingerência estatal na operação econômica estritamente privada, contrariamente ao princípio constitucional de liberdade de iniciativa, quanto pela menor agilidade e qualificação de um ente administrativo para opinar ou decidir em matéria estritamente comercial – e fora do ramo de negócio e competência específico do poder concedente, que é a gestão de algum serviço público):

“Sempre que os eventos posteriores, envolvendo eventos imprevisíveis, acarretarem oneração para a execução das prestações do concessionário, surgirá o pleito de recomposição de preços. Se as informações tivessem sido providenciadas de antemão, a maior parte dessas incertezas poderia ser prevista e considerada. O argumento de que o particular *deveria* ter previsto o evento incerto será muito menos consistente quando a Administração não forneceu, ela própria, detalhes necessários às previsões, os prazos eram exíguos, etc. Por exemplo, não é possível que, em quarenta e cinco dias, seja elaborada uma proposta que contemple todas as variáveis de execução de obras complexas, que se prolongarão por anos e envolvendo atividades muito

tied to a particular location and service at a distance is not feasible.

Demand forecasts are based on estimates of both macroeconomic risks, which are tied to the aggregate performance of the economy, and microeconomic risks, which reflect local demand fluctuations. Errors in either estimate will throw off forecasts of demand, which are usually inaccurate in the short term (three to five years) and all but useless in the long term (box 4.8).

variadas. A medida da imprevisibilidade é a dimensão das informações fornecidas pela Administração acerca do objeto, prazo e as condições de que dispunha o particular para formular suas previsões” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 214-215).

Mais que isso, essa rigidez imposta ao investidor privado não vem sequer de sua própria análise quanto ao futuro: já se impõe, *ex ante*, no próprio instrumento licitatório. O empresário seria chamado a carregar todos os riscos de decisões de investimento que não poderá alterar ao longo de vinte ou trinta anos (senão com grandes custos de transação, e sem garantia de obter as alterações) e que foram feitas por terceiros (autoridade concedente) que sequer pertencem ao ramo de negócio envolvido.

Assim, ainda que a avaliação econômico-financeira do projeto licitado seja a melhor possível, a rigidez na especificação do empreendimento privado comercial quanto a um projeto executivo (com predeterminação antecipada do volume de investimento e de parcela importante de sua configuração física), impedindo que o empresário possa adaptar suas operações aos perfis de demanda que encontre ao longo da extensa duração da concessão, contraria todo princípio de gestão de risco e representa ato inaceitável de gestão na formação da concessão. O grau de autonomia a ser conferido ao concessionário na formatação do seu investimento (especialmente quando se trata de um investimento estritamente privado) é necessariamente proporcional aos riscos que o Estado atribui a ele, como demonstra exaustivamente a doutrina sobre a matéria:

“A relação entre autonomia e risco

Uma questão essencial relaciona-se com a relação indissociável entre autonomia e risco. Tal como repetidamente afirmado, a concessão somente se caracterizará como empreendimento por conta e *risco* do particular na medida em que lhe

seja reconhecida autonomia para as opções empresariais a adotar. Sempre que o Estado assumir o planejamento e impuser as soluções científicas, técnicas, econômicas – reduzir-se-a responsabilidade do particular. Ele assume os riscos atinentes às escolhas realizadas ou à álea ordinária derivada da concepção consagrada pelo Estado.

Assim, a ampliação da autonomia do particular – o que não significa ausência de fiscalização estatal sobre as decisões do concessionário – é pressuposto inafastável da ampliação correspondente aos riscos não assumidos pelo Estado.

Isso tem de traduzir-se numa configuração finalística da concessão, com parâmetros mínimos de desempenho. É indispensável remeter ao particular as escolhas sobre as soluções empresariais, que serão indiferentes ao Estado se preenchidas as exigências mínimas atinentes à qualidade do serviço” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 199-200). “Mais ainda e como antes apontado, a ampliação do risco de prejuízo somente poderá ser imposta na medida em que se amplie a autonomia do concessionário, restringindo-se a intervenção estatal de modo a propiciar ao empresário a adoção das providências necessárias à obtenção de lucro. E, ademais de tudo, tem de garantir-se ao concessionário a perspectiva de ampliação desse lucro. Nesse cenário, torna-se possível impor ao concessionário o risco de ampliação de seus eventuais prejuízos” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 395-396).

“Por outro lado, os empreendimentos privados comportam ampla margem de autonomia para o particular. Um empreendedor privado pode deliberar reduzir o ritmo de investimentos, reduzir custos e modificar essencialmente sua concepção inicial.

Nenhum empreendedor privado concebe formular um modelo rígido e inalterável de empreendimento de longo prazo, que envolva necessidade de vultosos investimentos. Mais precisamente, uma empresa desse porte somente é desencadeada com a perspectiva de absoluta maleabilidade. Já a concessão de serviço público envolve planejamento muito mais rígido e impossibilidade de interrupção das atividades” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 401-402).

Essa proporcionalidade entre risco alocado ao empreendedor e autonomia para formatar o investimento não é somente uma consideração teórico-jurídica: a experiência internacional confirma sua necessidade, acrescentando um outro fator de grande importância: espera-se do licitante privado, numa concessão desse tipo, uma contribuição significativa no sentido de inovação (tecnológica, mercadológica, etc.). A possibilidade de inovar é um dos principais fatores que induzem a participação privada nos investimentos de infra-estrutura. Se isso é verdade em setores tradicionais e de menor ritmo de evolução técnica (estradas, represas, etc.), tanto mais o será em empreendimentos estritamente comerciais, sobre os quais o setor público não tem qualquer conhecimento ou experiência operacional. Ora, o desenho minucioso do empreendimento comercial retira grande parte das oportunidades de o concessionário introduzir por conta própria modificações inovativas.

“DBFO em Projetos Rodoviários na Inglaterra

O setor privado assume riscos financeiros significativos nestes projetos, incluindo a totalidade do risco relativo ao projeto, construção e operação das rodovias.

Os requisitos técnicos essenciais do projeto especificados pelo governo concedente não devem ser tão detalhados a ponto de inibir inovações e

economias de custo na construção por parte do construtor.

[..]

A vantagem da modalidade DBFO acha-se principalmente na liberdade de concepção assegurada à companhia concessionária, na transferência dos riscos à companhia concessionária, e na maior eficiência resultante da gestão privada. Se assim não fosse, a modalidade DBFO não teria qualquer vantagem sobre a execução orçamentária tradicional e custaria mais, devido a maiores despesas financeiras, que vêm especialmente do retorno exigido sobre o capital investido. (Bousquet, n.d.) (WILLIAMS, 2003, p. 25, grifo nosso).¹³

3.1.4 Certeza *versus* Flexibilidade.

As concessões podem ser desenhadas de forma a permitir maior ou menor autonomia àqueles responsáveis por interpretá-las e implementá-las. Em um extremo, as regras podem ser muito específicas e podem eliminar quase todo espaço para autonomia. No outro extremo, as regras podem ser formuladas de forma a deixar um amplo grau de autonomia para as partes contratantes ou a terceiros responsáveis pela regulação do acordo.

¹³ DBFO on British Highway Projects

The private sector takes significant financial risks on these projects including the entire risk relating to design building and roadway operation.

The core technical requirements of the project specified by the government owner should not be so detailed as to stifle innovation and cost savings during construction by the builder.

[..]

The advantage of the DBFO method is found principally in the freedom of design left to the concession company, the transfer of risks to the concession company, and the enhanced efficiency resulting from private management. Otherwise, the DBFO method would have no advantage over budgetary funding and would cost more due to more substantial financial expenses, stemming in particular from the required return on invested capital (Bousquet, n.d.).

(WILLIAMS, 2003, p. 25, grifo nosso).

Três fatores principais influenciam a extensão da autonomia a garantir

- Nível de risco-país. Quanto mais estável um país e quanto maior sua reputação em respeitar os direitos de propriedade privada e compromissos regulatórios, mais autonomia pode ser assegurada sem elevar de forma significativa as percepções de risco dos investidores e, portanto, o custo de capital. (figure 3.1).

- Reputação da empresa privada. Quando um operador tem uma reputação a preservar e quando o seu mau desempenho comprometeria seriamente essa reputação, aí reside um argumento a favor de regras mais flexíveis, já que seria menos necessário controlar rigidamente o comportamento do operador.

- Características da indústria regulada. Regras flexíveis serão mais importantes quando uma rápida evolução tecnológica modifica substancialmente os custos da atividade ou exige mudanças na estrutura setorial (por exemplo, porque a oportunidade para competição aumente).

Na medida em que a autonomia é mantida em assuntos que interessam aos investidores, tal como os preços, o desafio é minimizar o risco de que essa autonomia possa ser objeto de abusos" (KERF et al, 1998, p. 25-28, grifo nosso).¹⁴

¹⁴ 3.1.4 Certainty versus Flexibility.

Concessions can be designed so as to leave more or less discretion to those in charge of interpreting and implementing them. At one extreme, rules can be very specific and can eliminate almost all scope for discretion. At the other, rules can be designed so as to leave a large degree of discretion to the contracting parties themselves or to third parties responsible for regulating the arrangement.

Three main factors will influence the amount of discretion to be retained.

- Level of country risk. The more stable a country and the greater its reputation for respecting private property rights and regulatory commitments, the more discretion can be retained without significantly

Em síntese, a licitação de uma concessão de obra destinada a exploração comercial em sentido estrito e que contenha em edital o projeto executivo detalhado da mesma representa um modelo de concorrência incompatível com os princípios básicos de gestão de riscos num empreendimento de tal envergadura, impondo solução inadequada ao interesse público. A isso deve estar atento o auditor.

3.2.2. Avaliação econômica prévia do projeto como pressuposto da concessão

Outro cuidado básico em auditoria de projetos dessa natureza será a verificação da existência e consistência da avaliação de viabilidade econômica do projeto, *anteriormente à licitação*. A avaliação da viabilidade do projeto é um pré-requisito essencial do sucesso da concessão e, portanto, obrigação inafastável do poder concedente. O desenvolvimento de estudos dessa natureza, na extensão e profundidade correspondentes ao objeto licitado, é pré-condição mesma da regularidade da licitação de uma concessão:

“A obtenção exaustiva e completa de informações técnicas

[..]

O dever de providência acima referido impõe à Administração o exaurimento de todas as providências

increasing investor's perceptions of risks and, therefore, the cost of capital (figure 3.1).

- Reputation of the private firm. When an operator has a reputation to preserve and when bad performance would seriously undermine that reputation, an argument can be made in favor of more flexible rules, as there might be less need to tightly control the operator's behavior.

- Characteristics of the regulated industry. Flexible rules will be more important when rapid technological evolution substantially modifies the costs of the activity or calls for changing the structure of the sector (for example, because the scope for competition is increased).

To the extent that discretion is retained on issues that are of concern to investors, such as prices, the challenge is to minimize the risk that the discretion might be misused.

(KERF et al, 1998, p. 25-28, grifo nosso).

prévias necessárias e recomendáveis para implantação do empreendimento concessionado. A Administração não pode elaborar um edital de licitação para concessão sem ter perfeito domínio sobre todas as dificuldades envolvidas na futura concessão. Insista-se que a qualidade jurídica de *titular do serviço a ser concedido* não é fundamento jurídico bastante e suficiente para legitimar opções arbitrárias, prepotentes ou simplesmente ignorantes a propósito da outorga.

Por isso, a configuração da concessão dependerá da obtenção das informações técnico-científicas e empíricas indispensáveis. Há um dever formal da Administração de promover todos os levantamentos pertinentes, inclusive recorrendo ao concurso de especialistas não integrantes de seus quadros. Será reprovável e viciada a conduta administrativa que infringir esse dever, conduzindo não apenas à responsabilização dos agentes públicos envolvidos, mas à possibilidade de impugnação do próprio certame.

A Administração tem o dever de evidenciar ao público em geral (e aos órgãos de controle em especial) haver adotado satisfatoriamente todas as providências necessárias a identificar os problemas e a encontrar as soluções cabíveis sempre que tal se revelar essencial à concepção do futuro empreendimento. E assim se impõe não por um formalismo jurídico destituído de sentido prático. É que a ausência de conhecimento dos problemas e de estimativas de solução propicia o enorme risco de concepções inadequadas ou de execução inviável. Os problemas futuros serão a consequência da negligência ou imperícia prévia à licitação” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 205-206).

A precisão e amplitude do estudo prévio por parte da Administração, não somente

da parte de engenharia (quando aplicável), mas também da viabilidade econômica e dos riscos, são fatores condicionantes da viabilidade da própria concessão. Evidentemente, existe um espaço de projeções que pertence a cada licitante, mas o modelo global da concessão previamente há de ser amplamente analisado pela própria Administração:

“Para os investidores, fundamental é que se apresente um projeto rentável dentro de um cenário transparente e estável, onde todas as variáveis sejam razoavelmente conhecidas” (SOUTO, 1997, p. 152).

“Como mostra o presente caso, os Departamentos e agências devem explorar as possibilidades de compartilhamento de riscos e projetar como compartilhar os retornos antes mesmo de entabularem negociações contratuais detalhadas” (NAO, 2004, p. 7).¹⁵

A experiência internacional é rica em exemplos que demonstram a imprescindibilidade da exaustiva análise econômica prévia para o sucesso dos projetos dessa natureza. Esse aprendizado enfatiza a importância da modelagem inicial (para evitar, inclusive, a contratação de empreendimentos insustentáveis), a alocação correta dos riscos e a cooperação entre poder concedente e concessionário:

“Smith (1999) identificou cinco fatores de alto nível que parecem necessários para que cada participante em um projeto BOT tenha a máxima probabilidade de atingir seus objetivos. Primeiro, deve haver um desejo genuíno por uma solução ‘ganha-ganha’ com um entendimento comum entre as partes quanto a seus objetivos individuais e aos objetivos comuns. Uma solução de BOT requer

¹⁵ As attempted in this case, Departments and agencies should explore the scope for sharing risks and design how to share the rewards before entering detailed contract negotiations. (NAO, 2004, p. 7)

mais trabalho em equipe que as modalidades contratuais convencionais. Em segundo lugar, um BOT complexo requer um poderoso, persistente e persuasivo líder de projeto para lutar por ele. Terceiro, deve haver avaliações adequadas e precisas das informações e dos riscos tanto da fase de seleção/contratação quanto da fase operacional, garantindo-se assim que a responsabilidade de gerenciar os riscos seja alocada à parte melhor capacitada a controlá-los. Quarto, um cálculo preciso da modelagem econômica do projeto é necessário, incluindo a duração da concessão, e avaliações da influência, nas receitas e despesas, dos riscos do projeto. Finalmente, é importante a escolha da modalidade correta de seleção/contratação para a fase de construção. Os contratados organizados em consórcio geralmente desenvolvem a obra em um formato *design-build*” (WILLIAMS, 2003, p. 17).¹⁶

“Lições aprendidas [...]”

Cuidados precoces na preparação condicionam em boa medida os resultados positivos. As propostas nunca são melhores que a qualidade do

¹⁶ Smith (1999) has identified five high-level factors that appear to be necessary for each major participant in a BOT project to have the maximum chance of achieving their goals. First of all, there must be a genuine desire for a win-win solution with common agreement among the parties as to their mutual and individual objectives. A BOT approach requires more teamwork than conventional contract types. Secondly, a complex BOT requires a strong, persistent, and persuasive project leader to fight for the project. Thirdly, there should be adequate and accurate data and risk assessment of both the procurement and operational phases, with responsibility for managing the risks placed with the party best able to control them. Fourthly, an accurate calculation of the project's economics is necessary, including length of concession, and assessments of the influence on income and expenditure of project risks. Finally, choice of the correct procurement methodology is important for the construction phase. Consortium contractors often perform the construction in a design-build format. (WILLIAMS, 2003, p. 17).

edital de licitação a que respondem. Os editais devem requerer propostas realistas e capazes de serem levadas a cabo, que possam ser traduzidas em contratos a longo prazo viáveis. Critérios de planejamento e avaliação que privilegiem o otimismo por parte dos concorrentes podem gerar a necessidade de relançar a licitação pela concessão em uma segunda rodada, ou pior, podem ocasionar que hipóteses otimistas sejam engessadas em contratos inviáveis. O valor das concessões de ferrovias é sempre difícil de determinar. Critérios imprecisos ou conflitantes podem engendrar cálculos errados por parte dos concorrentes. Fazer certo é mais importante que simplesmente fazer. Se uma primeira rodada de licitação é irrealista, uma segunda rodada pode ser necessária ou o governo pode ter que aumentar o atrativo da concessão assumindo passivos adicionais ou ter que investir no objeto da concessão antes da privatização. Uma concessão não é necessariamente um processo de um único lance. E nem todos os empreendimentos do setor privado são bem sucedidos, mesmo sob as melhores circunstâncias. Portanto é necessário ter um plano de contingência para relançar a concessão caso a primeira tentativa falhe" (KOPICKI; THOMPSON, 1997, p. 166).¹⁷

¹⁷ Lessons learned

[..]

Advance preparation goes a long way toward determining a positive outcome. Bids are never better than the quality of the request for proposals to which they respond. RFP's should evoke realistic and workable proposals which can be translated into viable long term contracts. Planning and evaluation criteria which reward optimism on the part of bidders may create a need to re-compete the concession in a second round, or worse may cause optimistic assumptions be locked into non-viable contracts. Railway concessions are always difficult to value. Unclear or conflicting criteria may engender miscalculations on the part of bidders.

Os precedentes também apontam para o extremo cuidado que há de tomar o poder concedente ao traçar os limites da especificação da prestação a ser obtida do concessionário, evitando interferir em decisões para as quais não existe nem a necessidade nem a vantajosidade de sua participação direta:

"Investimento e outras obrigações. O contrato pode ser usado também para projetos em que o vencedor tem que fornecer investimentos específicos ou aumentos de capacidade. Os novos investimentos sofrem a tentação de ser bastante específicos a respeito de todos os parâmetros técnicos do investimento. Isto freqüentemente resulta em que a autoridade reguladora tenha que 'micro-gerenciar' as decisões de investimento do operador privado. A tendência da interferência governamental é geralmente de pressionar por um excesso de investimento em qualidade, inconsistente com a demanda. Mais especificamente, sempre haverá um risco de que este excesso de investimento resultará em tarifas que os usuários não estão dispostos a pagar. A orientação geral que se dá aos governos é focalizar os produtos, em termos de cobertura e qualidade de serviço, e não os insumos" (ESTACHE; RUS, 2000, p. 20).¹⁸

Getting it right is more important than getting it done. If a first round bid is unrealistic, a second round may be needed or the government may need to sweeten the concession by assuming additional liability or be investing in concession prior to privatization. Concessioning is not necessarily a one-shot process. And not all private sector ventures succeed, even under the best of circumstances. Hence it is important to have a fall-back plan for re-concessioning should the first attempt fail. (KOPICKI; THOMPSON, 1997, p. 166).

¹⁸ Investment and other obligations. The contract can also be used for specific investment projects or increases in capacity that the winner needs to provide. New investments often have a strong temptation to be quite specific about all the technical parameters of the investment. This often results in the regulator

4. Conclusão

Em síntese do aqui apresentado, podemos apresentar algumas conclusões tentativas como contributo ao trabalho do auditor público que se defronta com o exame de contratos nos quais o poder público confere a um particular, em troca de contrapartida econômica, o direito de construção de uma obra em terreno público com o direito de exploração comercial da mesma, sem que a referida obra constitua-se, ela mesma, serviço público ou instrumento físico da prestação de serviço público (a exemplo da construção e exploração, por conta do empresário, de empreendimentos comerciais contíguos a instalações de serviço público como hospitais, estações de transporte ou aeroportos):

a) existe amparo legal para realização de tais contratações pelo poder público, sob os regimes de concessão de direito real de uso previsto no art. 7º do Decreto-Lei 271/97 e de concessão de obra pública do art. 2º, inciso III, da Lei 8987/95 (obedecidas, naturalmente, as definições e regras inerentes a cada um desses regimes), não se aplicando ao caso o regime das parcerias público-privadas da Lei 11.079/2004;

b) a auditoria de projetos dessa natureza não pode prescindir da avaliação, pelo auditor, dos estudos de viabilidade econômica e de alocação de riscos procedidos pela administração previamente à licitação dos contratos respectivos, sendo tais estudos pressupostos mesmos da validade jurídica dessa licitação;

c) especial atenção deve ser dedicada à correta alocação dos riscos na modelagem do contrato, cabendo cada risco preferencialmente àquela parte (poder público ou

micromanaging the operator's investment decisions. The trend in government bias is generally to push for overinvestment in quality, inconsistent with demand. More specifically, there is always a risk that this overinvestment will result in tariffs that the users are not willing to pay. The general advice given to governments is to focus on outputs, in terms of service coverage and quality, and not on inputs. (ESTACHE; RUS, 2000, p. 20).

concessionário) que, por um lado, detenha o controle real sobre os mesmos e, por outro, tenha o menor custo para carregá-los;

d) como conseqüência, pela natureza de negócio estritamente privado que se está a concessionar nesta modalidade, deve ser deixado ao licitante o máximo possível de liberdade para definição do formato e das características do seu investimento (respeitados os parâmetros mínimos que assegurem os objetivos que o poder concedente pretenda obter com a concessão);

e) por conseguinte, e ao contrário do que ocorre com a maioria das situações de concessão de serviço público, a predefinição detalhada da obra a concessionar mediante projetos executivos contraria, em regra, os princípios de gerenciamento de riscos do empreendimento e prejudica as possibilidades de atingimento dos objetivos pretendidos pelo poder público por iniciativa dessa natureza.

Referências

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria de natureza operacional*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2000.

BUGARIN, Paulo Soares. O princípio constitucional da eficiência. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 32, n. 87, jan./mar. 2001.

ESTACHE, Antonio; RUS, Giner de. *Privatization and regulation or transport infrastructures: guidelines for policymakers and regulators*. Washington: World Bank, 2000.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GÓMEZ-IBÁÑEZ, José A.; MEYER, John. *The international experience with privatization*. Washington: The Brookings Institution, 1993.

IRWIN, Timothy et al. (Ed.). *Dealing with public risk in private infrastructure*. Washington: The World Bank, 1997.

IZQUIERDO, Rafael. *Gestión y financiación de las infraestructuras del transporte terrestre*. Madrid: Asociación Española de la Carretera, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KERF, Michel et al. *Concessions for infrastructure: a guide to their design and award*: World Bank technical paper n. 399. Washington: The World Bank, 1998.

KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

KOPICKI, Ron; THOMPSON, Louis. *Best methods of railway restructuring and privatization: cofinancing and financial advisory services discussion paper series*, n. 11. Washington: The World Bank, 1997.

NATIONAL AUDIT OFFICE. *London underground PPP: were they good deals?*. Londres: The Stationery Office, 2004. Disponível em: <<http://www.nao.gov.uk>>. Acesso em: [200-?].

SALVADOR, Ignacio Cabeza. Auditoría del rescate de la concesión de un servicio público. *Auditoría Pública*, Madrid, n. 22, dez. 2000. Disponível em: <www.auditoriapublica.com>. Acesso em: [200-].

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

WILLIAMS, Trefor P. *Moving to public-private partnerships: learning from experience around the world*. Arlington: IBM Endowment for The Business of Government, 2003. Disponível em: <www.businessofgovernment.org>. Acesso em: [200-].

Um exame de práticas totalitárias no pós-11 de setembro à luz de Celso Lafer e Carlo Ginzburg*

Luís Otávio Barroso da Graça

Sumário

1. Introdução. 2. A ruptura e o paradigma da filosofia do direito: os limites da lógica do razoável (Celso Lafer). 3. Matar um mandarim chinês: as implicações morais da distância (Carlo Ginzburg). 4. Aspectos totalitários no pós-11 de setembro de 2001.

1. Introdução

As ações do governo dos Estados Unidos, em resposta aos ataques do dia 11 de setembro de 2001, vêm causando espanto à comunidade internacional. Desde a invasão do Afeganistão até a morte de Saddam Hussein, muitas violações ao direito já foram praticadas dentro e fora do território americano, revelando aspectos totalitários encontrados em regimes como o nazista e o stalinista. O objetivo deste trabalho é identificar alguns desses aspectos à luz das considerações de Celso Lafer (1988, p. 80-114), em “A ruptura e o paradigma da filosofia do direito: os limites da lógica do razoável”, e de Carlo Ginzburg (2001, p. 199-218), em “Matar um mandarim chinês: as implicações morais da distância”.

Luís Otávio Barroso da Graça é Consultor do Senado Federal.

* Por uma falha técnica, este artigo foi publicado na edição anterior (Ril 175) sem seus últimos parágrafos. Nossas desculpas ao autor e aos nossos leitores.”

2. *A ruptura e o paradigma da filosofia do direito: os limites da lógica do razoável (Celso Lafer)*

Celso Lafer (1988), em “A ruptura e o paradigma da filosofia do direito: os limi-

tes da lógica do razoável”, mostra como o fenômeno dos regimes totalitários existentes no século XX levou a uma ruptura relativamente aos conceitos dados pela Filosofia do Direito. A partir de um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, Lafer (1988) descreve como o stalinismo e o nazismo levaram ao extremo a ausência de qualquer noção de justiça, destituindo o ser humano de toda a sua dignidade.

Lafer (1988, p. 80) diz que, para Hannah Arendt, “a ruptura traduz-se num hiato entre o passado e o futuro, gerado pelo esfacelamento dos padrões e das categorias que compõem o repertório da tradição ocidental”. Tal ruptura, se já emitia sinais desde o advento da Idade Moderna, encontrava-se ainda limitada ao pensamento. Foi o totalitarismo que a trouxe à realidade, tornando impotentes as categorias clássicas dos pensamentos político e jurídico diante de crimes que não poderiam “ser julgados pelos padrões morais usuais, nem punidos dentro do quadro de referência dos sistemas jurídicos tradicionais” (LAFER, 1988, p. 80).

O totalitarismo, diz Celso Lafer (1988, p. 94), caracteriza-se pelo “primado do movimento” (contra um “inimigo objetivo”, como se verá adiante), evidenciado, no plano do direito, pela ausência de uma estabilidade proporcionada por um sistema legal. No regime totalitário, existe o que ele chama de “amorfismo jurídico” (LAFER, 1988, p. 95), cuja nota é a “subversão do Direito do Estado” (LAFER, 1988, p. 95). O direito funciona, na modernidade, como forma de limitação do poder. Em um regime totalitário, contudo, tal função é subvertida: o direito está a serviço da liderança, sendo dela emanado. É por isso que, em regimes desse tipo, ganha relevo a atuação de “instituições não disciplinadas por normas, como o partido e a polícia” (LAFER, 1988, p. 95). Evidencia-se, no regime totalitário, uma confusão no que diz respeito às normas válidas, na medida em que estas não podem ser postas em leis e, portanto, não são de conhecimento público.

Ao amorfismo jurídico associa-se o amorfismo estatal, que diz respeito à organização do Estado. O poder, diz Lafer (1988, p. 95), citando Hannah Arendt, tem início “onde o segredo começa”. Dessa forma, no Estado totalitário existe uma sobreposição de órgãos cujo arranjo assemelha-se ao de uma cebola: os mais externos, visíveis, constituem-se apenas em uma fachada por trás da qual se escondem as verdadeiras instâncias de poder. Quanto mais ao centro, quanto mais escondido, maior é o segredo e, portanto, o poder. Tal mecanismo é útil para que se estabeleça uma sensação de terror e de isolamento – dada a incerteza relativamente a tudo que diz respeito ao aparelho estatal –, sendo a ferramenta pela qual é exercida a liderança¹.

Em um Estado de Direito, segundo Lafer (1988), podem ser apontados dois estratos de inteligibilidade das normas jurídicas: um que diz respeito à informação, à comunicação; outro relacionado a todo o ordenamento, remetendo a um projeto de orientação. Tais estratos são revelados pela positivação das normas e pela identificação de alguma coerência entre elas. No regime totalitário, contudo, o positivismo jurídico perde o seu propósito, na medida em que os objetivos são justamente o de desinformar e o de tornar impossível qualquer senso de direção de conduta. A esse respeito, Celso Lafer (1988, p. 97, grifo do autor) diz que: “se o positivismo jurídico combina a decisão com uma norma inserida no ordenamento,

¹ Outra característica fundamental do regime totalitário refere-se à presença do partido de massa, por meio do qual controlam-se as mentes da população. É o que se depreende da lição de Mario Stoppino (2004): “A ‘Ditadura totalitária’ emprega, além dos meios coercitivos tradicionais, o instrumento particular do partido único de massa, tendo assim condições de controlar completamente a educação e os meios de comunicação e também as instituições econômicas. Além disso, pode exercer uma pressão propagandística permanente e penetrar em cada formação social, e até na vida familiar dos cidadãos, suprimindo qualquer oposição e até as críticas mais leves, através de especiais aparelhos políticos, de polícia e de terror, impondo assim a aceitação entusiástica do regime a toda a população”.

pode dizer-se que ele se vê efetivamente posto em questão pelo totalitarismo que, exacerbando o decisionismo, termina por prescindir de normas, pois é *lex soluta*". O regime totalitário, dessa forma, ainda de acordo com Lafer (1988), não substitui um ordenamento legal por outro, mas destrói a legalidade². Num contexto como esse, as questões levantadas modernamente no campo jurídico, pela Filosofia do Direito, perdem totalmente o sentido. Esse é, segundo Lafer (1988), o primeiro aspecto, no que concerne ao direito, da ruptura representada pelo totalitarismo.

Uma das características do direito apontadas pela Filosofia do Direito é o antiformalismo. O direito concretiza-se na sua aplicação e, por isso, deve ser pensado em sua relação com a realidade, de maneira desapegada da letra posta, de sua dimensão formal. Essa perspectiva é identificada por Lafer (1988) como uma abordagem pelo

ângulo externo, no qual se pergunta para que serve o direito (em contraposição ao ângulo interno, no qual se busca saber o que é o direito). Na sua lição, "O antiformalismo que caracteriza esta abordagem da Filosofia do Direito resulta do contraste entre Direito posto e Direito aplicado, da distância entre o Direito formalmente válido e a realidade social" (LAFER, 1988). Esse tipo de compreensão, para Celso Lafer (1988), remonta a Jhering, para quem deve-se levar em conta, na avaliação do direito, o seu fim, que é "a garantia genérica das condições de existência da sociedade". Nesse caso, ainda de acordo com Lafer (1988, p. 55-57, grifo nosso), "A teoria de Jhering pode ser vista como uma teoria do papel do *interesse* na criação do Direito". Essa noção estaria por trás, por exemplo, da lógica da economia liberal, na qual "a busca do próprio interesse promove o interesse coletivo" (LAFER, 1988, p. 99)³, ou da teoria da luta de classes do marxismo, segundo a qual "a vocação de uma classe para a dominação resulta de sua capacidade de organizar o conjunto

² A única forma de se proteger do aniquilamento da legalidade em um regime totalitário é a fuga, seja pelo exílio, seja pela morte. Ilustrativo disso é o depoimento (trazido por Dmitri Volkogonov (2004), em sua biografia de Stalin) de uma filha de um oficial do Exército Vermelho, chamada Kochneva. Seu pai havia sido convocado para ser juiz do caso Tukhachevsky, no qual o próprio (Tukhachevsky) e outros oficiais eram acusados de conspirar, junto aos alemães, a queda de Stalin. Eis um trecho do depoimento:

Blyukher foi visitar meu pai no dia 30. Eram velhos amigos dos dias de Extremo Oriente. Conversaram por longo tempo. Depois, meu pai disse à minha mãe que fora convocado para juiz do caso Tukhachevsky.

"Mas como posso fazer isso?" - exclamou. - "Sei que eles não são inimigos. Blyukher diz que se eu não for poderei ser preso".

Blyukher voltou para uma conversa rápida no dia 31. Depois vieram outras pessoas e selaram a sorte de meu pai. Disseram-lhe que tinha sido transferido de função e que seus assistentes [...] já estavam presos. Recebeu ordens para permanecer em casa. Tão logo os agentes da NKVD [polícia secreta] saíram, ouviu-se um tiro no escritório. Quando minha mãe e eu corremos, estava tudo acabado.

Acho que o tiro foi uma resposta à proposta de Stalin para que meu pai fizesse parte do júri sobre seus amigos do exército. *Uma resposta à ilegalidade. Ele não achou outro meio de fazê-lo.* (VOLKOGONOV, 2004, p. 319-320, grifo nosso).

³ A Teoria Econômica há muito debate essa questão. A idéia de que a tentativa de maximização da utilidade individual ("a busca do próprio interesse") conduz à maximização da utilidade social ("interesse coletivo da sociedade") é enfraquecida pelas falhas de mercado, como assimetria de informação (exemplo: o vendedor de um carro usado em geral conhece bem melhor o estado do carro que o comprador) e externalidades (exemplo: poluição causada por uma fábrica agindo em seu interesse próprio; nesse caso, há uma externalidade negativa, uma perda de bem-estar imposta ao resto da sociedade). Outro ponto que questiona essa idéia é dado pela Teoria dos Jogos. Um bom exemplo é mostrado no filme "Uma mente brilhante", sobre a vida de John Forbes Nash Jr., um dos pais dessa teoria. Em uma passagem do filme, Nash está em um bar com alguns amigos, quando eles começam a discutir quem vai cortejar a moça mais bonita de um grupo de amigas. Nash aponta que a melhor estratégia para eles não é disputar a moça mais bonita (em tal disputa, todos tentariam a busca do melhor no interesse próprio). O melhor a fazer seria agirem estrategicamente, definindo antecipadamente quem abordaria qual moça do grupo de amigas. Nesse caso, poderia ocorrer de ninguém conseguir o melhor para si (conquistar a garota mais bonita), mas as possibilidades de sucesso para um número maior de amigos seriam bem maiores (UMA MENTE ..., 2001).

da sociedade, inclusive através do Direito, conforme os seus interesses” (LAFER, 1988, p. 99). Posta a questão do “interesse” na análise da produção do direito e de sua aplicação, Celso Lafer (1988, p. 99, grifo do autor) coloca a pergunta: “Em que medida, portanto, [...] o *interesse* explica a direção do movimento que caracteriza a gestão totalitária?”

O amorfismo que caracteriza o Estado totalitário não permite que se identifique qualquer traço de finalidade no sistema jurídico. Em primeiro lugar, tal amorfismo constitui-se em um empecilho à produtividade, revelando uma natureza antiutilitária expressa no desprezo por motivações materiais, como o lucro. Essa natureza pode ser constatada, segundo Lafer (1988), na atuação da polícia secreta⁴. Diferentemente do que ocorre em outros regimes autoritários, a polícia secreta não age contra um inimigo tangível, que seriam os adversários do regime, mas contra pessoas consideradas arbitrariamente “perigosas”, chamadas por Lafer (1988, p. 100) de “inimigos objetivos” (na Alemanha nazista, por exemplo, os principais eleitos foram os judeus). A identificação do “inimigo objetivo” é conveniente à ideologia dominante, na medida em que dá um sentido ao movimento totalitário, qual seja: a marcha contra um obstáculo que deve ser aniquilado. Além disso, leva, no campo jurídico, à concepção de “crime possível”, segundo a qual todo crime tido por viável deve ser castigado.

Num Estado marcado por conceitos como “inimigo objetivo” e “crime possível”, diz Celso Lafer (1988), citando

⁴ No documentário “Senta a Pua!”, sobre a participação da Força Aérea Brasileira na Segunda Guerra Mundial, um ex-piloto fala do temor que tinha de ser capturado não por soldados do exército alemão, mas por agentes da polícia secreta (SS). É provável que tal sentimento fosse gerado pelo fato de a atuação do exército ser mais convencional, menos ideológica, do que a atuação da polícia secreta. Nessa interpretação, um prisioneiro de guerra, para um soldado alemão, não mais representaria perigo; para um agente secreto, contudo, seria um inimigo em potencial, um “inimigo objetivo” (SENTA..., 2000).

Hannah Arendt, “culpa e inocência viram conceitos vazios”. Culpados são todos aqueles que se colocam contra uma lei histórica, anterior, que atribui a certo grupo uma superioridade natural. Todos, nessa concepção, são inocentes: os condenados, porque nada fazem; os algozes, porque não são responsáveis pelos seus atos, apenas cumprem uma ordem previamente dada. Nesse tipo de realidade, o antiformalismo da Filosofia do Direito, baseado na concepção de “interesse”, não tem qualquer poder explicativo, simplesmente porque não há uma finalidade identificada, apenas um movimento irracional contra um inimigo que pode ser qualquer um. Essa seria, na visão de Lafer (1988, p. 102), “uma segunda dimensão da ruptura, trazida pelo totalitarismo, que também vulnera os conceitos e categorias elaborados no âmbito do paradigma da Filosofia do Direito”.

Outra questão analisada por Celso Lafer (1988, p. 103) concerne à ruptura que o totalitarismo revela no tocante ao senso de justiça. Segundo ele,

“não se pode lidar com a justiça sem um juízo sobre uma determinada conjuntura histórica, e não se pode julgar a História sem se examinar a autoridade e as propostas que ela representa de organização da sociedade através da opção por uma forma de governo que encarna o critério de justiça”.

O regime totalitário “almeja o domínio total dos indivíduos” (LAFER, 1988, p. 103). De acordo com Lafer (1988), citando Hannah Arendt, esse objetivo é alcançado em três passos. São eles: “a morte da personalidade jurídica”, a “destruição da personalidade moral” e “a eliminação da singularidade da pessoa humana”.

Em primeiro lugar, cuida-se de matar a personalidade jurídica. A pessoa, nesse caso, perde o *status* de cidadão, tornando-se um nada para o mundo jurídico. Tal processo é aprofundado pelo surgimento dos campos de concentração, os quais orbitam fora do direito penal (fora de

qualquer direito, aliás), diferentemente de uma prisão. Nesta, as pessoas não deixam de estar protegidas: são condenadas com base na lei, mas também estão ao alcance de suas garantias. O confinamento em um campo de concentração, ao contrário, não tem relação com qualquer nota de legalidade. As pessoas são lá postas não por serem condenadas em um processo, mas por serem “inimigos objetivos”. Assim, diz Lafer (1988, p. 110),

“destituídos da distinção protetora de haverem feito alguma coisa, de terem tido alguma conduta delituosa, os internados nos campos de concentração ficavam completamente expostos, por isso mesmo, à total arbitrariedade”.

“A destruição da personalidade moral” é obtida pela imersão do campo de concentração em um vazio sonoro, no qual desaparece, além da palavra escrita, a falada e, portanto, a memória. O objetivo, nesse caso, é gerar o anonimato, pelo qual a pessoa deixa de existir. Observe-se o que diz, a esse respeito, Celso Lafer (1988, p. 111), reproduzindo um pensamento de Hannah Arendt:

“Além disso, ‘os campos de concentração, tornando anônima a própria morte e tornando impossível saber se um prisioneiro está vivo ou morto, roubaram da morte o significado de desfecho de uma vida realizada. Em certo sentido, roubaram a própria morte do indivíduo, provando que, doravante, nada – nem a morte – lhe pertencia e que ele não pertencia a ninguém. A morte apenas selava o fato de que ele jamais havia existido”.

A última etapa do projeto de dominação total é executada por meio da “eliminação da singularidade da pessoa humana”. Nesse caso, as pessoas, no campo de concentração, são submetidas a uma uniformização: vestem roupas iguais, têm os cabelos raspados, vivem amontoadas e são submetidas às mais perversas torturas. O objetivo é, nesse caso, matar o indivíduo

aos poucos, despessoalizá-lo por meio da deformação de sua humanidade, a ponto, finalmente, de transformá-lo em um objeto vivo, ou melhor, em um morto-vivo.

O organismo central de um regime totalitário é, segundo Lafer (1988), citando Hannah Arendt, o campo de concentração. A existência deste lugar é essencial para o exercício da dominação total, pois: (a) nele, é demonstrada “a convicção totalitária de que tudo é possível”, de que não há limites; (b) nele, também a espontaneidade⁵ é eliminada, transformando a pessoa em “simples coisa”; e, por fim, (c) a partir dele é possibilitada a preservação do poder pela disseminação do “medo indefinido”, inspirado pela noção de que qualquer um pode ser considerado um “inimigo objetivo”, estando, dessa forma, sujeito ao descarte⁶. Numa sociedade vivendo à sombra de tal ambiente, não há como associar a idéia de justiça à de legalidade, “pois as normas jurídicas, por mais injustas que sejam, representam um limite e uma estabilização e, destarte, um obstáculo à tentativa totalitária de tornar supérfluos todos os homens” (LAFER, 1988, p. 103-104).

As considerações de Lafer (1988) terminam com a percepção de que a experiência totalitária pode se repetir pelo simples

⁵ A ação, um dos aspectos da condição humana na concepção de Hannah Arendt (2005), só é permitida pela vivência em um mundo plural e, portanto, em um mundo em que sejam preservadas as singularidades das pessoas. A singularidade é alcançada quando existe a possibilidade de um agir próprio, de um pensar próprio; quando existe a chance de a pessoa ser diferente. A eliminação da espontaneidade, ou seja, da capacidade de a pessoa se determinar livremente, sem constrangimentos, liquida qualquer possibilidade de existência de um pluralismo, e, portanto, de ação.

⁶ O exame dos aspectos relacionados aos campos de concentração traz à lembrança a base de Guantánamo, na qual são confinados prisioneiros capturados pelos Estados Unidos em sua guerra contra o terror. (Mas o que é isso: a guerra ao terror?) Poderiam esses aspectos, em alguma medida, caracterizar tal base? A resposta a essa pergunta talvez passe pela consideração de que, da mesma forma que em um campo de concentração, a base de Guantánamo não esteja sujeita a qualquer jurisdição.

fato de que os pressupostos para o seu surgimento continuam a existir. Segundo ele, “Hannah Arendt observa [...] que um dos dados importantes, [...] no advento dos regimes totalitários que estudou, foi a existência de pessoas como desempregados, marginais, refugiados, que são percebidos como *superfluos*” (LAFER, 1988, p. 112). Sendo essa, mais do que nunca, a imagem do mundo atual, é lícito supor que “os acontecimentos políticos, sociais e econômicos de toda parte conspiram silenciosamente com os instrumentos totalitários” (AREN- DT apud LAFER, 1988, p. 113). O mesmo terreno em que nasceram o nazismo e o stalinismo continuam férteis para que regimes semelhantes ganhem vida.

3. Matar um mandarim chinês: as implicações morais da distância (Carlo Ginzburg)

Carlo Ginzburg (2001), no texto “Matar um mandarim chinês: as implicações morais da distância”, cuida da influência da distância sobre os sentimentos humanos. Ele mostra que a distância no espaço ou no tempo relativiza nossas concepções acerca da moral. Nesse sentido, pode ser que tenhamos algum escrúpulo em relação a atitudes que possam afetar pessoas próximas, mas pode ser que não façamos as mesmas considerações no que concerne aos efeitos que essas mesmas atitudes possam ter sobre pessoas distantes. A distância, nesse caso, deve ser entendida tanto no conceito espacial quanto no sentido temporal (no passado ou no futuro).

As considerações de Ginzburg (2001) em relação ao efeito da distância sobre as sensações humanas começam com a leitura de Aristóteles, na qual podem ser identificados “limites históricos e geográficos” para emoções como piedade e inveja. Antes, porém, o autor italiano fala da distinção concebida, pelo próprio Aristóteles, entre lei particular e lei geral. A primeira seria a lei de cada povo. A segunda seria a lei natural, ou seja, aquela dada pela nature-

za e correspondente a princípios morais universais, válida da mesma maneira, portanto, em qualquer lugar e em qualquer tempo. Seguindo a leitura do filósofo grego, contudo, Ginzburg identifica um pensamento que restringe essa conclusão. Diz Aristóteles no livro “Retórica”, em citação de Ginzburg (2001, p. 201): “E como suscitam piedade as desventuras que parecem próximas, as que aconteceram dez mil anos atrás ou acontecerão daqui a dez mil anos não causam piedade, ou o fazem em medida muito menor”. E, em relação à inveja: “Também têm inveja aqueles de quem sou rival. Rivaliza-se com todos esses; mas ninguém rivaliza com pessoas que viveram dez mil anos atrás, que estão por nascer ou que já morreram (ARISTÓTELES apud GINZBURG, 2001, p. 201)”. Essas leituras permitem inferir quão antiga é a reflexão sobre a relatividade dos princípios gerais, aqui, expostos na forma de sentimentos como piedade e inveja, em face da distância, física ou temporal.

As digressões de Ginzburg (2001) seguem agora com a referência a Diderot, que também se debruçou sobre o tema. Ginzburg (2001, p. 204) cita passagem de “Conversa de um pai com seus filhos, ou do perigo de se pôr acima das leis”, na qual o filósofo francês diz:

“Concordamos em que a distância em relação aos lugares e ao tempo talvez atenuem mais ou menos todos os sentimentos, toda sorte de consciência, mesmo a do crime. [...] O remorso talvez nasça menos do horror de si do que do medo dos outros; menos da vergonha da ação do que da censura e do castigo que se seguiriam se ela fosse descoberta”.

Com essa passagem, Ginzburg (2001) coloca uma outra perspectiva do problema. A frouxidão de nossos princípios ou de nossas sensações é gerada não propriamente pela distância dos fatos. Mais do que isso, ela tem origem na rarefação da censura, na dissipação daquele sentimento de que

alguma coisa, ou alguém, nos reprova. Ainda a propósito desse assunto, é mencionada outra obra de Diderot, “Carta sobre os cegos, para o uso dos que enxergam”. Numa metáfora com o fato de os cegos só poderem formar algum juízo sobre uma atitude quando ouvem uma “queixa” (dado que não vêem tal atitude), o filósofo afirma: “Por isso não duvido que, não fosse o temor ao castigo, muita gente teria menos dó de matar um homem a uma distância em que o vissem (*sic*) do tamanho de uma andorinha do que de matar um boi com as próprias mãos” (DIDEROT apud GINZBURG, 2001, p. 205). É nesse sentido, então, que, no tocante à relatividade dos princípios em face das distâncias e, mais ainda, do “temor ao castigo”, Ginzburg (2001, p. 206) escreve: “De acordo com Diderot, a moralidade é o resultado de circunstâncias e coações específicas, físicas e históricas”.

A imagem de um homem visto “do tamanho de uma andorinha” é logo utilizada por Ginzburg (2001) em associação à guerra moderna, na qual os inimigos estão ao alcance de um botão, fora do campo visual. O contato com a vítima torna as coisas mais difíceis, mesmo quando quem mata é adestrado para isso. Falando sobre o extermínio de judeus na Alemanha nazista, Ginzburg (2001, p. 209) escreve que “Os cidadãos alemães normais transformados em assassinos em massa, quando deparavam casualmente com judeus que haviam conhecido no passado, não conseguiam cumprir suas tarefas de maneira adequada”⁷.

⁷ Dois fatos mencionados no documentário “Arquitetura da Destruição” estão particularmente relacionados com esses comentários de Ginzburg. Tratando da eliminação de pessoas deficientes, o filme mostra como o regime nazista escondia a realidade, por exemplo, transportando tais pessoas em veículos com vidros tapados. Depois, falando da eliminação dos judeus, revela como as ações se tornaram mais fáceis a partir do momento em que se começaram a usar as câmaras de gás, em vez do fuzilamento. Agora, matavam-se judeus à semelhança de traças ou piolhos; além disso, não se via o sangue dos condenados – o processo era limpo, não deixava vestígios (ARQUITETURA..., 1992).

Outro ponto levantado por Carlo Ginzburg (2001) baseia-se na análise de Balzac sobre a moralidade na sociedade burguesa. Segundo Ginzburg (2001, p. 209), Balzac mostra que, nesse tipo de sociedade, “é difícil respeitar as obrigações morais, mesmo as mais elementares. A série de relações em que estamos envolvidos pode nos tornar responsáveis, ao menos indiretamente, por um crime”. Como exemplo, Ginzburg (2001, p. 210) cita passagem do romance “Modeste Mignon”, no qual um dos personagens de Balzac se expressa da seguinte forma: “Na Índia, os ingleses matam milhares de pessoas como nós [...] e nem por isso você deixou de tomar seu café”. O professor italiano conclui, então, que, “num mundo que sabemos dominado pelas crueldades do atraso e do imperialismo, nossa indiferença moral já se constitui em uma forma de cumplicidade” (GINZBURG, 2001, p. 210)⁸.

Em que medida a distância no espaço ou a distância no tempo altera a moral é outra questão enfrentada por Ginzburg

⁸ Esses comentários de Ginzburg encontram alguma relação com curtas-metragens da coletânea “11 de setembro”. Nos filmes dirigidos por Samira Makhmalbaf (segmento Irã), Idrissa Ouedraogo (segmento Burkina-Faso), Vladimir Vega e Ken Loach (segmento Reino Unido) e Danis Tanovic (segmento Bósnia-Herzegovina), uma das possíveis mensagens relaciona-se ao fato de a desgraça na vida de grupos enormes de pessoas ser uma realidade cotidiana, mas pouco impactante em termos globais, diferentemente da tragédia estadunidense de 11 de setembro de 2001. Esta, afora o espetáculo das imagens e o inusitado do ataque à maior força militar do planeta, leva a uma enorme comoção, provavelmente pelo fato de a presença dos Estados Unidos em cada recanto do globo ser quase que inerente à vida de cada ser humano. Ocorre que outras pessoas em outros lugares também estão sujeitas às mais diversas violências: à doença e à miséria, na África; à guerra, levando, por exemplo, à fuga de afegãos para o Irã ou a massacres étnicos na ex-Iugoslávia; a ditaduras sanguinárias, como a de Pinochet, no Chile. Tais violências, entretanto, são, para o resto do mundo, muito menos tocantes, na medida em que as pessoas a elas expostas estão “longe”, não têm importância. Somos, então, indiferentes a essas pessoas; talvez mesmo cúmplices, “num mundo que sabemos dominado pelas crueldades do atraso e do imperialismo” (11 DE SETEMBRO, 2002).

(2001), o qual baseia suas considerações em Hume. Os efeitos do passar dos anos sobre os princípios, no sentido de enfraquecê-los, seria maior que o efeito da distância. Mais ainda, a mesma distância no passado teria mais conseqüências que a mesma distância no futuro, já que

“imaginamos o futuro como algo que se aproxima cada vez mais de nós, e o passado como algo que se afasta. Por isso duas distâncias idênticas no passado e no futuro não têm o mesmo efeito sobre a imaginação, na medida em que consideramos que a primeira sempre aumenta, enquanto a segunda diminui continuamente” (HUME apud GINZBURG, 2001, p. 214).

A esse propósito, diz Hume, em citação de Ginzburg (2001, p. 216), que “nenhuma das nossas ações podem alterar o passado”. Este, porém, não se satisfaz com essa conclusão e acrescenta que “as ações humanas, podem, contudo, influir poderosamente sobre a memória do passado, distorcendo seus vestígios, degredando-a ao esquecimento, condenando-a à destruição” (GINZBURG, 2001, p. 216). À luz dos acontecimentos do séc. XX, por fim, Ginzburg fala que o potencial técnico de destruição da humanidade já influiu e ainda influenciará as memórias das gerações mais longínquas, futuras ou passadas.

4. Aspectos totalitários no pós-11 de setembro de 2001

As ações tomadas pelo governo dos Estados Unidos após os atentados do dia 11 de setembro de 2001 têm causado perplexidade ao mundo. Dois países, Afeganistão e Iraque, foram invadidos, e os direitos humanos, dentro ou fora do território americano, foram recorrentemente desconsiderados. Apesar de talvez ser um exagero qualificar o governo americano como um regime totalitário, as características de suas ações guardam semelhanças indisfarçáveis com o *modus operandi* de um regime tal qual

o nazista. Não há como deixar de associar a “luta contra os maus”, em que qualquer um pode ser considerado terrorista, a manutenção de pessoas sem direitos na base militar de Guantánamo e a ideologia da “guerra preventiva” a conceitos como “inimigo objetivo”, “campo de concentração” e “crime possível”.

Os Estados Unidos, como resposta aos ataques ao seu território em 11 de setembro de 2001, lançaram-se em uma cruzada contra seus inimigos. E aí exatamente reside o problema: quem são os inimigos? Dizem que são os terroristas. Mas quem são os terroristas? É o Osama bin Laden? Era o Saddam Hussein? São os afegãos e os iraquianos? O fato é que os inimigos, agora, não têm rosto, não têm bandeira. Por isso mesmo, todos são inimigos em potencial. Claro, talvez haja pistas que possam indicar a maior ou menor periculosidade de alguém: é provável que, para os americanos, as pistas digam respeito ao fato de uma pessoa não ser alta, ou não ter olhos claros, ou não falar inglês. Muitos são os relatos de pessoas que, por terem despertado algum receio de que pudessem ser terroristas, foram, no mínimo, submetidas a humilhações por funcionários do governo americano. Cristiano Paixão (2005, p. 226-227), falando sobre a base de Guantánamo, observa que

“Ao que tudo indica, nenhum dos originais 660 detentos esteve envolvido com o que se chama de Al-Qaeda. Eram pessoas que estavam na hora errada no lugar errado. No máximo existem alguns mullahs que eram fiéis ao Talibã. Não há terroristas, no sentido da palavra, em Guantánamo”.

Nesse ponto já se pode identificar uma primeira nota de totalitarismo. O inimigo dos Estados Unidos hoje tem o mesmo padrão do inimigo da Alemanha nazista: é qualquer um que tenha sido eleito como tal com base em critérios os mais arbitrários possíveis, não importa se represente perigo

ou não. É o “inimigo objetivo”, ao qual se refere Celso Lafer (1988), citando Hannah Arendt. Tal construção, é bom recordar, serve como um objetivo do movimento do regime totalitário. No caso dos nazistas, o “inimigo objetivo” era o judeu, o feio, uma sub-raça que deveria, tal qual um verme, ser eliminada em nome da superioridade ariana. Hoje, o “inimigo objetivo” é o árabe ou qualquer pessoa que tenha alguma de suas características ou, ainda, que emita alguma desaprovação aos Estados Unidos, esteja ela envolvida em atividades terroristas ou não.

A escolha em muitos casos arbitrária de inimigos tem a ver com duas coisas, de certa forma relacionadas: (a) com o fato mesmo de os adversários não terem identificação (bandeiras, uniformes, insígnias) e de contarem, muitas vezes, com a simpatia da população civil⁹; e (b) com a adoção da estratégia da “guerra preventiva”. No primeiro caso, está a questão já mencionada de o terrorista não ter rosto. Ele, de fato, pode ter qualquer nacionalidade, falar qualquer língua, estar em qualquer lugar. Aliás, cabe lembrar que os seqüestradores dos aviões que serviram de arma contra o território americano residiam há um bom tempo dentro dos Estados Unidos. Mas, muito além disso, está o fato de que, por sua ação intervencionista em todo o globo, por sua falta de consideração com a diversidade, com outras culturas, com outras religiões, os norte-americanos são objeto de ódio em, talvez não seja exagero dizer, todos os cantos do planeta. Dessa forma, muitos dos movimentos que os desafiam contam logo com a simpatia de alguns povos, e, por vezes, com o seu apoio. Benjamin R. Barber (2005, p. 23), em “O Império do Medo”, assim analisa essa situação:

“Mas a dura verdade é que esses atentados [os de 11 de setembro de 2001 e posteriores] não seriam possí-

⁹ Ao falarmos em “população civil”, queremos simplesmente nos referir a pessoas que não estão envolvidas com grupos armados.

veis na ausência de uma ampla base de apoio que protege e alimenta os malfeitores, e que o mar no qual os terroristas nadam não é uma liga de Estados perversos [...]. Esse mar é formado por uma entidade coletiva não-governamental de cidadãos enfurecidos, jovens marginalizados, congregações religiosas que se sentem sitiadas e culturas postas em perigo pelo avanço da modernidade”.

Bem, se o adversário não tem rosto, que se tire de circulação qualquer um parecido com ele. É o caso do “inimigo objetivo”. O problema, agora, é: como, na terra da liberdade, justificar tamanha violência ao direito? Como, na pátria das garantias individuais, justificar que alguém seja preso por ser arbitrariamente considerado perigoso? A resposta vem pela ideologia da “guerra preventiva”, segundo a qual as forças de defesa americana devem debelar qualquer perigo, arrasando o “inimigo”, antes que ele se manifeste¹⁰. Assim se manifestou o presidente George W. Bush, em citação de Benjamin R. Barber (2005, p. 99): “Devemos levar a batalha até o inimigo, desorganizar seus planos, confrontar as piores ameaças antes que se manifestem”. A tática da “guerra preventiva” tem por trás a idéia de que, já que não se sabe onde e como um terrorista vai atacar (ou mesmo quem é esse terrorista), deve-se lançar mão de qualquer meio que possibilite eliminar o perigo no seu nascedouro. Como qualquer um pode representar um perigo em potencial, ficam justificados, em nome da prevenção, os atos contra as suas liberdades.

A idéia subjacente à “guerra preventiva” é a mesma que está por trás do conceito, lembrado por Celso Lafer (1988), de “crime possível”, um dos elementos que caracterizam um Estado totalitário. O “crime possível” é aquele em que seus autores,

¹⁰ Nessa perspectiva, a idéia de “guerra preventiva” não se constitui em nenhuma novidade. Afinal, o que foram os lançamentos das bombas atômicas sobre o Japão no final da Segunda Guerra Mundial?

não o tendo cometido, são punidos pelo simples fato de que poderiam tê-lo feito. Ora, o que é a “guerra preventiva” senão exatamente isso? A preocupação com a prevenção de ameaças, não resta dúvida, é uma das atribuições do Estado. Existe uma atividade policial ostensiva cujo objetivo é justamente evitar que algo danoso aconteça ao conjunto da sociedade. A diferença fundamental entre um tal tipo de prevenção e aquela baseada no “crime possível” é que, no primeiro caso, não existem culpados de um crime que não ocorreu. Como exemplo, construa-se a seguinte situação: uma pessoa não autorizada e sem porte de arma é flagrada com uma pistola em uma área restrita do Palácio do Planalto. Existe alguma probabilidade de que ela tivesse a intenção de matar o Presidente da República. O policiamento, atento, age preventivamente e aborta qualquer chance de que isso ocorra. Essa pessoa, em uma democracia, é afastada da área e responde, caso haja previsão legal, por estar armada e por entrar indevidamente em uma área de segurança. Isso é o que seria uma ação preventiva em uma sociedade democrática. Em um regime totalitário – ou em uma sociedade cujas ações possuíssem características totalitárias –, por seu turno, as coisas se dariam de outra forma. A mesma pessoa, sem matar o Presidente, seria condenada por esse crime, por um crime que não ocorreu, mas que, com alguma possibilidade, iria ocorrer. As lógicas da “guerra preventiva” e do “crime possível” orbitam fora da legalidade, na medida em que condenam por um não-crime. Estão irmanadas naquilo que Celso Lafer (1988) chama de ruptura do paradigma da Filosofia do Direito. O comentário de Benjamin R. Barber (2005, p. 102) ajuda a entender essa conclusão:

“Devido à sua lógica ‘de autodefesa por antecipação’, a estratégia da guerra preventiva conta com previsões a longo prazo e uma suposta concatenação de efeitos que

são muito menos confiáveis do que a lógica da autodefesa imediata. Atirando primeiro para perguntar depois, abre o caminho para trágicos mal-entendidos. [...] E ao abandonar a prudente lógica do contrato social e o respeito à lei que constituíram talvez a mais bela realização da independência americana, abandona, no fim das contas, o próprio legado idealista no qual supostamente se enraíza”.

É provável que a nota mais característica de totalitarismo na política americana seja a base militar de Guantánamo, a qual se revela um verdadeiro campo de concentração para os que lá se encontram presos. Matéria publicada na revista “Veja” fornece, de forma bastante clara, uma idéia do que seja o local.

“Um ano e meio depois [das invasões ao Afeganistão e ao Iraque], os Estados Unidos mantêm num campo de prisioneiros em Guantánamo, uma base naval em Cuba, seis centenas de pessoas capturadas durante a guerra no Afeganistão. Na semana passada, militares confirmaram que um prédio está sendo reformado na base para servir de tribunal. E que só se aguardam ordens para montar a câmara de execução. São notícias que provocam arrepios. Não porque os prisioneiros serão julgados e alguns deles, membros do Talibã e da Al-Qaeda, poderão ser condenados à morte. E sim pelo modo como o governo americano lida com o assunto. A prisão foi montada intencionalmente em Guantánamo porque a área, arrendada de Cuba em caráter perpétuo, está tecnicamente fora de qualquer jurisdição legal. Nesse limbo jurídico, os presos são proibidos de ter contato com parentes, advogados, representantes diplomáticos de seu país (há 42 diferentes nacionalidades) e não respondem a nada parecido com um processo democrático. Como são con-

siderados combatentes irregulares, nem sequer devem ser libertados ao fim do conflito, como mandam as regras da Convenção de Genebra" (LUGAR..., 2003).

A base de Guantánamo encontra-se em um "limbo jurídico". Significa dizer que não está na esfera de qualquer jurisdição. De acordo com o governo americano, não se aplicam aos prisioneiros da base as normas de direito interno, uma vez que lá a soberania não seria americana, mas cubana. O interessante, nesse caso, seria perguntar se os acontecimentos na base poderiam ser julgados por um tribunal cubano. Além disso, segundo a interpretação do governo americano, os presos não se encontram amparados pelas regras do direito internacional, que divide prisioneiros de guerra em dois grupos: os capturados em atividades militares, "a serviço de uma potência inimiga em relação à qual uma nação entrou em conflito"; a população civil. Dessa forma, para os Estados Unidos, os prisioneiros de Guantánamo, supostamente capturados em atividades terroristas, não são considerados prisioneiros de guerra, já que não se enquadram em qualquer dos dois grupos, mas "combatentes ilegais". Essas pessoas, então, estão em um lugar onde não existe direito. Em termos jurídicos, estão em um "não-lugar" (PIRES; PAIXÃO, 2005, p. 223-224). O "não-lugar" em que se constitui Guantánamo é o lugar, para o direito, do "amorfismo jurídico" ao qual faz referência Celso Lafer (1988), o lugar da "subversão do Direito do Estado". Em um mundo juridicamente amorfo, não é dada publicidade à norma, a qual é emanada da liderança, estando a seu serviço.

Os prisioneiros da base de Guantánamo estão, tal qual os internos de um campo de concentração, submetidos a um processo de "dominação total". No campo, os internados perdem sua personalidade jurídica, já que não estão amparados por qualquer direito. Perdem sua personalidade moral, uma vez que são imersos em um "vazio",

em um lugar onde morre a história, a memória. Finalmente, perdem sua singularidade, na medida em que são uniformizados, ou seja, em que deixam de possuir características pessoais, únicas, passando a ser todos iguais. Este parece ser exatamente o caso dos presos em Guantánamo. A morte da personalidade jurídica é decorrência do "não-lugar" em que se constitui a base naval. A perda da personalidade moral vem com o completo isolamento, com a falta de contato com qualquer coisa que remeta às raízes, com a falta de perspectiva para o fim de um sofrimento. Essa falta de perspectiva, aliás, encontra imagem muito apropriada no que, conforme Cristiano Paixão (2005, p. 228, grifo do autor), pode ser definido como *suspensão no tempo*. De acordo com esse autor,

"Um psicólogo forense que é do Havaí e que presta consultoria para detentos esteve em Guantánamo e declarou: 'Olha, isso aqui não é inteiramente diferente do que acontece no sistema prisional norte-americano. O que é diferente é que lá o condenado chega com uma pena; então, examina a lei, ele se comunica com seu advogado, ele faz estratégias para conseguir uma condicional, para conseguir sair mais cedo. Ele tem um horizonte, tem uma perspectiva. Em Guantánamo, isso não existe'. Essa é a principal diferença: em Guantánamo, os detentos não estão apenas com sua mobilidade reduzida no espaço; eles também estão *suspensos no tempo*".

A perda da singularidade, por fim, resulta também da uniformização. Nesse caso, relatos dão conta do uso de capuzes e de luvas, retirando das pessoas seus mais elementares traços de identidade e, mais do que isso, retirando delas o "direito a sentir". Nas palavras de Daniela R. Alves (2005, p. 63) e outros,

"para que os 'perigosos' detentos de Guantánamo não possam causar nenhum mal aos que os guardam, são

utilizadas vendas, capuzes, mordanças, algemas, correntes e luvas. Dessa forma, além da restrição de direitos civis, os prisioneiros ainda são constrangidos a situações humilhantes e de privação total dos sentidos, tirando-lhes um direito essencial – e inédito: o direito a sentir”.

Com todas essas barbaridades patrocinadas pelo seu governo, é de se perguntar como os cidadãos americanos, orgulhosos de sua tradição de defesa da liberdade, vêem essas coisas. A resposta, muito provavelmente, mereça dois tipos de raciocínio. Em primeiro lugar, grande parte desses cidadãos deve mesmo acreditar que seu governo defenda o estandarte da democracia no mundo. Isso ocorre porque, tal qual a propaganda de um regime totalitário, dissemina-se a mentira, a qual, segundo Lafer (1988, p. 105), “desfigura ideologicamente os fatos para ajustá-los às necessidades do poder no momento em que estigmatiza os ‘inimigos objetivos’”. A constatação de que a propaganda oficial americana espalha uma falsa crença que encontra pleno aconchego no colo de seus cidadãos é assim expressa por Benjamin R. Barber (2005, p. 34):

“Mitos de grande utilidade [...] – mitos como autonomia americana, virtude americana, democracia americana, inocência americana – estão sendo reativados com fervor patriótico no plano doméstico, embora no exterior sejam vistos como vazios ou hipócritas”.

O mesmo autor, falando, em uma passagem anterior, sobre justificativas hipócritas para os desmandos dos Estados Unidos mundo afora, diz que:

“há quem continue insistindo em que homens e mulheres de boa vontade (americanos, por definição!) são incapazes de produzir maus resultados (não-americanos, por definição!). O que aconteceu em Abu Ghraib, o que aconteceu com todos os civis mortos

durante a libertação do Iraque, o que aconteceu com os ‘danos colaterais’, (*sic*) infligidos no Afeganistão foi totalmente não intencional e, portanto, algo a não ser computado no livro de contas de moralidade dos americanos. Esse tipo de raciocínio está a serviço de um sistema de moral inatacável, já que não pode ser refutado pelos fatos (BARBER, 2005, p. 17-18)”.

Conclui-se, então, que uma das formas pelas quais os cidadãos americanos possam aceitar os fatos diga respeito à sua pia crença, alimentada pela propaganda oficial, em sua infalibilidade moral.

Outro modo pelo qual seja possível entender como os americanos vêem a dilaceração do direito talvez resida nas considerações de Ginzburg (2001) sobre as “implicações morais da distância”. É provável que o cidadão estadunidense pouco se importe com o que aconteça a sua volta ou mesmo em seu território, na medida em que não acontece com ele. Não é estranho supor que, para esse cidadão, a morte de um iraquiano cause a mesma aflição que a morte do “mandarim chinês” causa no cidadão europeu – ou seja, quase nenhuma. É provável que o mesmo sentimento (ou a mesma falta de sentimento) seja gerado quando um vizinho, também americano, mas de origem indiana, seja mantido preso sem direito a um advogado. Esse vizinho, próximo no espaço, está a léguas de distância na questão étnica. Nessa perspectiva, talvez seja pouco clara para os americanos a sensação de que a corda dos direitos fundamentais esteja sendo roída, já que o ponto em que isso ocorre parece muito distante.

De qualquer forma, é alentador saber que essas duas maneiras de encarar o mundo talvez estejam começando a ceder espaço para as reais considerações em questão. São indicadores disso os resultados das eleições recém-ocorridas para o Congresso Americano, que deram a vitória ao Par-

tido Democrata (em oposição ao Partido Republicano, ao qual se filia o presidente George W. Bush), e outros movimentos da sociedade, como os relatados por Cristiano Paixão (2005, p. 234, grifo do autor):

“existem movimentos de reação nos Estados Unidos da América. Há decisões exemplares de tribunais federais americanos, que vão ser submetidas à Suprema Corte. Há um movimento de comunidades políticas: 375 cidades e 4 estados já aprovaram resoluções contrárias ao *USA Patriot Act*. Inclusive a cidade de Nova York, que o fez por unanimidade”.

Não se quer, com esses comentários, dizer que os Estados Unidos adotam hoje um regime totalitário. Se existem, aplicadas a certas situações, práticas de cunho totalitário, existe também todo um sistema legal condizente com um Estado de Direito em funcionamento. Abusos estão sendo cometidos, mas as reações a eles existem, com muitas discussões sendo levadas ao Poder Judiciário. Essa também é a posição de Cristiano Paixão (2005, p. 238, 243), para quem:

“É difícil usar o termo ditadura nos Estados Unidos. Posso usar um termo como regime de força, posso usar o termo autocracia, com apoio em uma aristocracia econômica, mas nunca poderia usar o termo ditadura. Não existe uma ditadura, hoje, nos Estados Unidos. Bush não é um ditador do momento. Isso seria uma simplificação da história.

[...]

Tenho muita dificuldade em visualizar o termo ditadura, hoje, nos Estados Unidos da América, pelo seguinte: há um sistema do direito que opera. Há uma comunicação especializada que circula por todo o sistema. Há organizações que decidem conflitos de forma a estabilizar as expectativas”.

Não se pode negar, contudo, que as ações desenvolvidas pelo governo ameri-

cano como resposta aos ataques de 11 de setembro de 2001 guardam, perigosamente, semelhanças com práticas nazistas ou stalinistas. A ideologia da “guerra preventiva”, a perseguição a indivíduos considerados arbitrariamente terroristas e o total isolamento de pessoas na base de Guantánamo lembram nitidamente conceitos que caracterizam um regime totalitário. São, enfim, as mesmas idéias traduzidas por expressões como “crime possível”, “inimigo objetivo” e campo de concentração, apenas transplantadas para os dias atuais.

Referências

11 DE SETEMBRO = 11'09'01. Direção: Youssef Chahine et al. França: [s. n], 2002. Cor.

ALVES, Daniela R. et al. Direitos humanos no contexto da “sociedade de risco”: Guantánamo e o “direito a sentir”. In: MACEDO, Paulo E. V. B. de. *Direito e política*. Curitiba: Juruá, 2005.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ARQUITETURA da destruição = Architektur des untergangs. Direção: Peter Cohen. Alemanha: [s. n], 1992. Cor.

BARBER, Benjamin R. *O império do medo*. Tradução de Renato Bittencourt. Rio de Janeiro: Record, 2005.

GINZBURG, Carlo. Matar um mandarim chinês: as implicações morais da distância. In: _____. *Olhos de madeira: nove reflexões sobre a distância*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LAFER, Celso. A ruptura e o paradigma da filosofia do direito: os limites da lógica do razoável. In: _____. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LUGAR fora da lei. *Veja*, São Paulo, ano 36, n. 24, v. 1807, 18 jun. 2003.

PIRES, Álvaro; PAIXÃO, Cristiano. Mesa 4: a face bélica das formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado: do sistema penal regular à eliminação das garantias dos direitos fundamentais: as sombrias perspectivas a partir de Guantánamo. In: KARAM, Maria Lúcia (Org.). *Globalização, sistema penal*

e ameaças ao estado democrático de direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SENTA a pua!. Direção: Erik de Castro. Brasil: [s. n.], 2000. Cor.

STOPPINO, Mario. Ditadura. In: BOBBIO, Norberto; METTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 2004.

UMA MENTE brilhante = A beautiful mind. Direção: Ron Howard. EUA: [s. n.], 2001. Cor.

VOLKOGONOV, Dmitri. *Stalin: triunfo e tragédia*. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004. 1 v.

Orientações Editoriais

A Revista de Informação Legislativa divulga trabalhos elaborados pela Subsecretaria de Edições Técnicas e artigos de colaboração. Os trabalhos devem reportar-se a assuntos da área do direito e áreas afins – de interesse dos temas em debate no Congresso Nacional – e de cunho histórico que se relacionem com o Poder Legislativo. Somente serão publicadas colaborações inéditas, que serão selecionadas por conselho.

As colaborações deverão ser encaminhadas ao Editor com carta anexa de autorização para publicação e visualização na Internet, bem como declaração de que o artigo é inédito, com um exemplar impresso (preferencialmente em papel A4, corpo 12 e espaçamento entre linhas de 1,5) e um disquete gravado no formato *Word for Windows*. Dos artigos deverão constar resumo curricular e local de trabalho do colaborador. Após o título e nome do autor, deve ser apresentado um sumário da matéria. Os desenhos, gráficos, ilustrações e tabelas – se estritamente indispensáveis à clareza do texto – deverão ser encaminhados em arquivos separados (um para cada desenho, gráfico ou tabela) no disquete, com indicação do ponto em que devem ser inseridos no texto.

Com o objetivo de melhorar a legibilidade dos artigos e dinamizar o processo de pesquisa dos seus leitores, recomenda-se a adoção de alguns procedimentos básicos no que diz respeito às citações e referências bibliográficas:

- a) Não devem ser incluídas as referências bibliográficas completas em rodapé, exceto em casos de citação de citação, em que somente o autor citado figura em nota de rodapé e o autor que o citou, em lista de referências;
- b) a referência completa deverá constar em lista, no final do artigo, organizada em ordem alfabética e alinhada à esquerda;
- c) as notas de rodapé explicativas ou informativas são chamadas no texto por números altos ou alceados, podendo inclusive ser feita citação bibliográfica relativa ao seu conteúdo;
- d) a fonte da qual foi extraída a citação deverá constar no próprio corpo do texto conforme os exemplos que se seguem:

Exemplos de citação direta:

Segundo Falcão (1984, p. 59), “não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis”.

“Não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis” (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A citação direta incluída em texto e/ou em nota de rodapé aparece entre aspas.

Exemplos de citação indireta:

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (Cf. FALCÃO, 1984, p. 59).

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A falta de aspas e/ou o termo Cf. (confira, compare) evidenciam que não se trata de uma transcrição e sim da utilização da fonte citada a fim de respaldar a idéia do autor do artigo.

Monografias (livros, folhetos, teses, enciclopédias, etc.) deverão conter: sobrenome do autor, prenome(s), título da obra, subtítulo (se houver), local de publicação, editor(a), data de publicação.

Exemplo de monografia no todo:

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

Exemplo de parte de monografia:

ROMANO, G. Imagens da juventude na era moderna. In: LEVI, G.; SCHMIT, J. (Org.). *História dos jovens: a época contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 7-16.

Para artigos de periódicos, as informações essenciais são: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título da revista, local de publicação, indicação de volume, ano, número, página inicial e final, período e data de publicação.

Exemplo de artigos de periódicos:

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Lopes da Costa e o processo civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, p. 97-111, out./dez. 2000.

Para artigos de jornais: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título do jornal, local de publicação, data de publicação, seção ou caderno do jornal e paginação.

Exemplo de artigos de jornais:

MOURA, Ana Lúcia; FEITOZA, Valéria. Escola pública: a tristeza de quem fica. *Correio Braziliense*, Brasília, 6 mar. 2001. Tema do Dia, p. 6-7.

Para referências em meio eletrônico: sobrenome do autor ou entidade, prenome(s), título, subtítulo (se houver), também são essenciais as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais <>, precedido da expressão "Disponível em:" e data de acesso ao documento precedido da expressão "Acesso em:".

Exemplo de referências em meio eletrônico:

CORREIO Braziliense. Disponível em: <<http://www.correioweb.com.br>>. Acesso em: 5 jul. 2003.

A cada artigo publicado serão fornecidas 50 separatas e uma assinatura anual da Revista. Artigos não-publicados não serão devolvidos, salvo expressa solicitação.