

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

OUTUBRO/DEZEMBRO 1999 • BRASÍLIA • ANO 36 • Nº 144



SENADO FEDERAL  
SECRETARIA ESPECIAL DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES  
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 36 • nº 144

outubro/dezembro – 1999

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Revista  
de  
Informação  
Legislativa

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown

Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel

Diretora – 1964-1988

---

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

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

CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 311-3575, 311-3576 e 311-3579

Fax: (61) 311-4258. E-Mail: ssetec@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva, Bernadete Aparecida de Carvalho,  
Marcelle Carvalho Dela Bianca e Roberta Negromonte  
Vasconcelos

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Valmir Fernando Batista

REVISÃO DE PROVAS: Anderson de Figueiredo Matias, Maria de Jesus Pimentel, Marina  
Couto Giordano, Teliana Maria L. Bezerra e Valéria Bezerra dos  
Reis Silva

EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA: João Emílio Caram Rohlf, Lizandra Nunes M. da Costa

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

CAPA: Paulo Cervinho e Cícero Bezerra

---

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

Solicita-se permuta.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

---

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

Trimestral.

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

---

# Revista de Informação Legislativa

Brasília · ano 36 · nº 144 · outubro/dezembro · 1999

César Fiuza	Aplicação da cláusula <i>rebus sic stantibus</i> aos contratos aleatórios 05
José Matias Pereira	Controle de gastos públicos, crise econômica e governabilidade no Brasil 11
Gladston Mamede	Ampla liberdade de imprensa: o direito de informar e de opinar pela mídia impressa e eletrônica 55
Dilvanir José da Costa	O conceito de direito real 71
Anildo Fabio de Araujo	Controle de constitucionalidade no Distrito Federal 81
Antônio de Pádua Ribeiro	O Judiciário como poder político no século XXI 91
Palhares Moreira Reis	Sobre a guerra 101
Jorge Rubem Folea de Oliveira	A empresa: uma realidade fática e jurídica 111
Frank Larrúbia Shih	Atualidades jurídicas no seguro privado 137
Marcílio Toscano Franca Filho	De Paris a Amsterdam – os caminhos da experiência comunitária européia 145
Cláudio Petrini Belmonte	O sentido e o alcance do princípio da igualdade como meio de controle da constitucionalidade das normas jurídicas na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil 157
Mario Antonio Lobato de Paiva	Evolução da responsabilidade civil e seus problemas modernos 177
Vera Lúcia Viegas	<i>Ius cogens</i> e o tema da nulidade dos tratados 181
Domingos Augusto Paiva de Almeida	O controle de constitucionalidade na França 197
Leon Frejda Szklarowsky	Interpretação dos contratos administrativos 211
Luiz Magno P. Bastos Jr.	Recepção do direito comunitário europeu pelo ordenamento jurídico interno dos Estados-Membros. Análise comparativa das constituições da Alemanha e Holanda 217
Andreas J. Krell	Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa) 239

Amélia Regina Mussi Gabriel

Subsídios e medidas compensatórias na OMC e sua  
repercussão no Direito brasileiro 261

José Carlos de Magalhães

O protocolo de Las Leñas e a eficácia extraterritorial  
das sentenças e laudos arbitrais proferidos nos países  
do Mercosul 281

# Aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos aleatórios

César Fiuza

## Sumário

1. Introdução. 2. Evolução histórica da cláusula “rebus sic stantibus”. 3. Fundamentos teóricos da cláusula “rebus sic stantibus”. 4. A cláusula “rebus sic stantibus” e os contratos aleatórios. 5. Conclusão.

## 1. Introdução

A teoria geral dos contratos passa por momento extremamente profícuo, que tem início já no século XIX, adentrando o século XX, fruto das intensas modificações econômico-sociais que vivenciamos.

O velho princípio da autonomia da vontade, calcado nas teorias da declaração ou da vontade, vem sendo profundamente questionado, principalmente em seus limites. A vinculatividade contratual se explica muito mais pelo relevo social da situação objetivamente criada pelas partes do que propriamente por sua vontade exclusiva, seja ela buscada em sua realidade subjetiva ou objetiva.

Vários novos princípios se engendraram pela moderna doutrina, atendendo aos novos tempos. A principiologia contratual se desenvolve, pois, radicalmente, centrando-se na teoria preceptiva, nos princípios da auto-responsabilidade e da confiança. Surgem, com pleno vigor, os princípios da boa-fé e da justiça contratual. O antigo princípio da autonomia da vontade se

César Fiuza é Doutor em Direito pela UFMG. Professor de Direito Civil e Romano na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Graduação e Mestrado), na Fundação Mineira de Educação e Cultura e na Academia de Polícia Militar de Minas Gerais. Diretor da Faculdade de Direito da PUCMG.

Participaram da pesquisa para este trabalho os acadêmicos do Curso de Direito da PUCMinas, Bernardo Rodrigues, Henrique Boechat e Isabelle Maksud.

substituí pelo princípio da autonomia privada (NORONHA, p. 111).

A evolução do capitalismo industrial, que tem início, pode-se dizer, já no século XVIII, leva à globalização, à massificação e a intrincadas relações de consumo, típicas da sociedade contemporânea. Criam-se, por essa razão, novos modelos contratuais, como o contrato de adesão, as cláusulas contratuais gerais, o contrato normativo, o contrato padronizado e outros, o que leva alguns a suspirar a morte do contrato (GRANT, p. 12 *et seq.*).

É dentro desse contexto que, descendo a um ponto muito específico da teoria dos contratos, questionamo-nos sobre a aplicabilidade da cláusula *rebus sic stantibus* nos contratos aleatórios. A questão toma relevância toda especial por três razões bem simples.

A primeira delas é a importância que dita cláusula assume na atualidade, finda a era do liberalismo cego e iniciada a era do Estado Social.

A segunda razão é a importância de certos contratos aleatórios em nossa vida cotidiana, como o contrato de seguro, por exemplo.

E, por fim, a terceira é a afirmação de certos autores de primeira linha, como Caio Mário (p. 101), de que, nos contratos aleatórios, não haveria espaço para a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, o que pode conduzir a situações de extremada injustiça, principalmente se tivermos em conta que a interpretação do texto do referido mestre não pode ser literal, nem leviana.

Para responder à pergunta se aplicar-se-ia ou não a cláusula nos contratos aleatórios, devemos partir de algumas preliminares acerca da própria cláusula, sua evolução histórica e seus fundamentos.

## 2. Evolução histórica da cláusula “*rebus sic stantibus*”

Apesar de duntas opiniões em contrário, talvez da maioria dos autores que trataram do tema, é no Direito Romano que vamos

encontrar o germen da cláusula *rebus sic stantibus*. Desse mesmo entendimento, podemos citar Anísio José de Oliveira (p. 35-40), Wilson Melo da Silva (p. 132), entre outros.

De fato, basta ler alguns trechos de Cícero, Sêneca, Paulo e Africano para constatar que já se cogitava do assunto naqueles tempos. Sem dúvida, não há na doutrina romana, nos *responsa prudentium*, nem, muito menos, nas constituições imperiais uma teoria, que se possa denominar geral, sobre a cláusula *rebus sic stantibus*. O que há são trechos que indicam, claramente, que os juristas romanos já sentiam vivamente a necessidade de adequar a execução do contrato às circunstâncias do momento.

O mais claro de todos é, talvez, o de Africano.

“*Cum quis sibi aut Titio dari stipulatus sit, magis esse ait, ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit, cum stipulatio interponeretur; coeterum sive in adoptionem, sive in exilium ierit, vel aqua et igni ei interdictum, vel servus factus sit, non recte ei solve dicendum: tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur, si in eadem causa maneat (Digestorum Lib. XLVI, Tit. III, 38)”<sup>1</sup>.*

Diante desse trecho, seria pura teimosia negar aos romanos o mérito de, em primeiro lugar, ter pensado a cláusula *rebus sic stantibus*. Se, por outro lado, a rigidez do *ius civile* os impediu de avançar além dos primeiros passos, não conseguindo desvencilhar-se do princípio da obrigatoriedade contratual, não se pode afirmar ser a idéia da referida cláusula revisionista deles desconhecida.

Foi na Idade Média, porém, que se desenvolveu a teoria em torno da cláusula *rebus sic stantibus*.

Na obra de Santo Tomás de Aquino, já bem se percebe a sensibilidade com que trata as hipóteses de impossibilidade do adimplemento de promessas. Só devem estas ser cumpridas se lícitas e se imudadas as

condições das partes, bem como as circunstâncias exteriores.

*“Promissa non debent servari, si est illicitum quod promittitur, vel si sint mutatae conditiones personarum vel negotiorum. Ad hoc ergo quod homo servare debeat quod promisit oportet ut sit licitum quod promittitur, et quod omnia immutata permaneant (Summa Theologica, 2-2 q. 88 3 ad 1)”*.

Para os juristas medievais, seguindo, principalmente, a doutrina de Alciato (OLIVEIRA, p. 43), *“contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur”* (PEREIRA, *Instituições*, p. 98; RUGGIERO, p. 350). Em outras palavras, os contratos de execução futura devem interpretar-se segundo as circunstâncias presentes.

Se coube a Alciato iniciar a teorização sobre o problema, foi seguido pela grande maioria dos juristas medievais, livres do contratualismo individualista romano e influenciados pela nova moral, a cristã. A doutrina refletiu na legislação e na jurisprudência, tornando a Idade Média a grande precursora do revisionismo contratual.

Com o surgimento do capitalismo mercantil, o cenário se modificou inteiramente. Desenvolvem-se e implementam-se, a pouco e pouco, as idéias liberais e individualistas, repristinando-se, assim, o velho apego romano ao princípio *“pacta sunt servanda”*. Apesar disso, os códigos do século XVIII ainda não haviam absorvido as máximas do *laissez-faire*, consagrando o revisionismo. Assim foi com o Codex Maximilianus Bavaricus Civilis, de 1756, e com o Código Civil da Prússia, de 1774.

O Código Civil Francês, de 1804, já se amolda aos novos princípios liberais, repudiando, expressamente, o revisionismo contratual.

*“Art. 1.134. – Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*

*Elles ne peuvent être révoquées que dans leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise”*.

Já o Código Civil Austríaco, de 1811, mantém-se fiel à tradição germânica do século anterior, preconizando a cláusula *rebus sic stantibus*, apesar do reinante pensamento liberal.

De qualquer forma, por força desse pensamento mesmo, retirou-se de cena a dita cláusula, até meados do século XX, quando se voltou a dela, seriamente, cogitar.

Seriamente porque, no apagar-se do século XIX, já começa a ressurgir a *rebus sic stantibus*, como demonstra o aresto da Corte de Cassação de Turim, datado de 16 de agosto de 1900.

*“Queste in sostanza essendo le considerazioni sulle quali, indipendentemente da quelle circa l’applicabilità al caso delle regole d’equità, si fonda la pronuncia della Corte di merito, è per sè evidente che la ragione del decidere stà ad ogni modo nel riconosciuto difetto di consenso o di volontà de obbligarse in quelle sopravvenute imprevedibili condizioni di cose che, se previste, avrebbero reso impossibile ogni accordo fra le parti. Più che un principio di equità temperativa fu quello di equità interpretativa di un contratto avente tratto successivo che determinò la decisione della Corte modenese, la qualle per mutamento impreveduto di ciò che formava oggetto essenziale del contratto giudicò che há forza di leggi fra le parti. Il giudizio della Corte non può quindi essere censurato perchè, ritenuto com apprezzamento sovrano che erano cessati i rapporti contrattuali, la risoluzione dell’obbligazione subordinata al rimborso di ciò, che costituisce il corrispettivo dell’obbligazione stessa, che è la logica e giuridica conseguenza”*<sup>2</sup>.

Foi, entretanto, somente após a Primeira Grande Guerra que doutrina e jurisprudência iniciaram a tarefa de reconstruir os arca-bouços teóricos e práticos do revisionismo, talvez pelas conseqüências dos sérios distúrbios engendrados pelo conflito mundial de 1914-1918.

Com a Segunda Guerra, consolidou-se a aplicabilidade da cláusula *rebus sic stantibus*,

afirmando-se a seu respeito doutrina e jurisprudência, bem como a própria legislação. Alteradas as circunstâncias em que se contratou, de modo a tornar a prestação de uma das partes injustamente onerosa, há de ser revisto o contrato, quando não dissolvido (RODIÈRE, *passim*).

No Brasil, muitos foram os dispositivos do Código Civil invocados para defender a adoção por ele da cláusula revisionista (BRUNO, p. 47 *et seq.*). De fato, com base em vários de seus artigos, é possível defender a tese, principalmente para aplicar a cláusula por razões de justiça, como fizeram doutrina e jurisprudência. Mas a consagração definitiva e genérica da cláusula *rebus sic stantibus*, em termos legislativos, só ocorre com o Código do Consumidor, em 1991.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais *ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas*. (grifo nosso)

### 3. Fundamentos teóricos da cláusula “*rebus sic stantibus*”

Foram diversos os esforços dos mais célebres juristas, no sentido de dar suporte teórico à cláusula *rebus sic stantibus*.

Se, desde a Antiguidade, a cláusula já se fazia presente no ideário jurídico, foi só nos tempos atuais que se procurou justificá-la, do ponto de vista doutrinário.

A teoria mais amplamente propalada, para dar alicerce à *rebus sic stantibus*, é, sem sombra de dúvida, pelo menos entre nós, a teoria da imprevisão. Há outras, entretanto.

A teoria da imprevisão foi desenvolvida na França, baseando-se na equidade e no princípio da boa-fé. Colidindo os princípios da obrigatoriedade contratual e o da boa-fé, prevaleceria este, em certas circunstâncias: contrato de execução futura, durante cuja

execução ocorressem circunstâncias imprevisíveis que agravassem a situação de uma das partes. O centro é a imprevisibilidade do evento futuro e incerto (FLAH Y SMAYEVSKY, p. 79).

A teoria da pressuposição típica foi elaborada pelo austríaco Pisko, com base na idéia de pressuposição individual de Windscheid (GOMES, Orlando, p. 96-97). Segundo este, as partes, ao celebrar um contrato, fazem uma representação mental da situação negocial em que se estão envolvendo. Pisko afirma que essa pressuposição subjetiva tem que ver com os motivos do contrato. Ao lado dela, há uma pressuposição fática, uma situação de fato sobre a qual todo contrato de certa classe é celebrado. A empreitada, por exemplo, tem como pressuposição típica que o preço seja fixado de acordo com os custos, que podem variar dentro de certos limites. Se a variação é além do esperado, a situação pressuposta pelas partes deixa de existir e o contrato não tem mais razão de ser.

A teoria da condição implícita é obra jurisprudencial do Direito inglês. A sobrevivência do contrato pressupõe uma condição implícita (*implied condition*) de que as circunstâncias externas permaneçam do mesmo modo no momento da execução (CALAMARI & PERILLO, p. 494 *et seq.*).

A teoria da base negocial se deve a Oertmann (p. 217). Parte da pressuposição subjetiva de Windscheid, rejeitando-a, de vez que esta é unilateral, não necessitando ser reconhecida pela outra parte. Seria, assim, mero motivo para contratar. Segundo Oertmann, a pressuposição deveria ser bilateral, ou seja, as partes celebram o contrato, partindo as duas da pressuposição de que a base do negócio permaneça a mesma. É teoria subjetivista. Coube a Larenz (p. 328 *et seq.*) a tentativa de objetivá-la. Segundo ele, haveria a base negocial subjetiva, relativa aos próprios motivos do contrato, e a base objetiva, consistente no conjunto de circunstâncias cuja existência

e/ou persistência se considera necessária para que o propósito das partes se cumpra.

Lehmann (p. 210 *et seq.*) buscou combinar as teorias objetiva de Larenz e subjetiva de Oertmann, criando uma teoria eclética, segundo a qual deve ser investigado o elemento subjetivo conjuntamente com os elementos objetivos.

No Brasil, o legislador procurou esquivar-se da adoção de uma ou outra teoria, dando ao art. 6º, V, do Código do Consumidor redação mais genérica. Fala-se em fatos supervenientes que tornem as prestações contratuais excessivamente onerosas. Evita-se, assim, o indesejável subjetivismo da teoria da imprevisão, sem, contudo, tolhê-la de cena.

#### 4. A cláusula “*rebus sic stantibus*” e os contratos aleatórios

O exame dos fundamentos é importante para se desfazer o mal entendido de que a cláusula não estaria presente nos contratos aleatórios. Mesmo quanto ao risco previsto, a basear em outra teoria que não a da imprevisão, seria possível aplicar a cláusula.

A afirmação de alguns autores de reconhecida excelência, no sentido de que não se aplicaria a cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos aleatórios, tem levado a alguma confusão na doutrina e jurisprudência. A questão deve ser esclarecida.

Ora, contratos aleatórios são aqueles em que a prestação, de pelo menos uma das partes, não pode ser determinada no momento da celebração. Nessa categoria, o seguro, os contratos com cláusula dólar, ouro etc. De fato, é impossível, no momento em que o contrato é celebrado, determinar com precisão a prestação do segurador ou daquele que realizará o pagamento com base na variação do câmbio ou do ouro.

Na verdade, como ensina Darcy Bessone (p. 223), embora predomine o pensamento de que devam ser excluídos do âmbito da teoria da imprevisão os contratos aleatórios e os especulativos, “a razão está com os que entendem que mesmo a esses contratos deve

ser aplicada a teoria”. Isso porque os riscos do imprevisível têm limites.

O que se deve ter em mente é que, quando se afirma que os contratos aleatórios não reservam lugar à cláusula *rebus sic stantibus*, o que se quer dizer é que não se pode reconhecer direito àquele que assumiu certo risco de, exatamente com base nesse risco assumido, invocar as benesses da revisão do contrato. É como se o segurador se negasse a pagar a indenização, alegando que o acidente em que se envolveu o automóvel segurado foi fato imprevisto. Mesmo assim, dependendo das circunstâncias, será possível, por princípio de equidade, a aplicação da norma contida na cláusula revisionista, se as conseqüências do risco assumido ultrapassarem os lindes do razoavelmente aceitável, conduzindo a relação contratual a desequilíbrio insensato e injusto.

Exemplo disso podem bem ser os contratos de financiamento de veículos com cláusula de reajuste atrelada à variação cambial. A alta do dólar era, de certa forma, fato previsível, ainda mais em país instável como o nosso. Ocorre que foi repentina e muito elevada, suscitando absurdo desequilíbrio entre as prestações das partes. O preço a prazo dos carros mais do que dobrou, em relação ao preço à vista. Ainda que não se queira proceder à revisão contratual, com base na teoria da imprevisão, por demais subjetiva, pode-se, perfeitamente, aplicar a cláusula *rebus sic stantibus*, invocando o subsídio da teoria da base negocial, uma vez que nela não se encontra qualquer traço de subjetivismo. Pouco importa se o fato era ou não previsível. O que interessa é que, por razão alheia à vontade das partes, a relação de equilíbrio entre as prestações desmoronou e deve ser revista. Não se cuida, definitivamente, de abandonar o princípio da obrigatoriedade contratual, mas, simplesmente, de buscar a manutenção do necessário equilíbrio entre as prestações. Que a prestação de uma das partes seja a justa compensação pelo benefício que obteve da outra parte.

## 5. Conclusão

Por tudo o que se expôs, vê-se que a aplicação da cláusula revisionista *rebus sic stantibus* aos contratos de execução futura, aí incluídos os aleatórios, é absolutamente razoável, uma vez que se modifiquem as circunstâncias externas, propiciando injusto desequilíbrio entre as prestações das partes, por fato alheio a sua vontade.

Não se afasta, com isso, a obrigatoriedade dos contratos. Apenas se lhes traçam alguns limites, com vistas à justiça contratual.

As conseqüências do uso da *rebus sic stantibus* podem ser, dependendo do caso, a revisão do contrato, sua dissolução ou ambas ao mesmo tempo.

A teoria que fundamenta a aplicação da cláusula pode ser a da imprevisão, a da base negocial ou a que melhor se ajuste ao caso concreto, que pode ou não exigir maior ou menor subjetivismo. O que, definitivamente, não se pode permitir é o império da injustiça e do desequilíbrio.

### Notas

<sup>1</sup> Tradução livre: “A Tício será pago o que se lhe prometeu, se permanecer o mesmo estado de quando se lhe fez a promessa de pagar. Se o devedor for adotado ou exilado, se lhe forem proibidos a água e o fogo, se cair em servidão, não pagará o devido: é de se crer existir na promessa cláusula tácita, segundo a qual o pagamento dependerá da permanência das circunstâncias em que a obrigação foi contraída”.

<sup>2</sup> Tradução livre: “Sendo estas, em substância, as considerações acerca das quais se fundamenta o pronunciamento da Corte de mérito, independentemente da consideração acerca da aplicabilidade de regras de equidade, é, por si só, evidente que a razão de decidir é, de todo modo, o reconhecido vício de consentimento ou de vontade no obrigarse, tendo em vista aquelas condições imprevisíveis que, se previstas, teriam tornado impossível qualquer acordo entre as partes. Mais que um princípio de equidade interativa, foi um princípio de equidade interpretativa de contrato de execução sucessiva que determinou a decisão da Corte de Módena. A alteração imprevista daquilo que

constitui o objeto essencial do contrato e que é a causa da obrigação e do consenso dos contraentes torna o vínculo jurídico vazio de quaisquer conseqüências que tenham força de lei entre as partes. O juízo da Corte não pode, assim, ser censurado porque, tendo em vista que haviam cessado as relações contratuais, a resolução da obrigação com o reembolso do correspondente da própria prestação seria conseqüência lógica e legítima”.

### Bibliografia

- BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1997.
- BRUNO, Vânia da Cunha. *A teoria da imprevisão e o atual direito privado nacional*. Rio de Janeiro : Lumen Iuris, 1994.
- CALAMARI & PERILLO. *The law of contract*. 4. ed. St. Paul : West Group, 1998.
- DAIUTO, Reynaldo Ribeiro. *Introdução ao estudo do contrato*. São Paulo : Atlas, 1995.
- ENNECCERUS-LEHMANN. *Tratado de derecho civil*. Madrid : Rev. de Derecho Privado, 1958.
- FLAH Y SMAYEVSKY. *Teoría de la imprevisión*. Buenos Aires : Depalma, 1989.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo : RT, 1980.
- GRANT, Gilmore. *The death of contract*. Columbus : Ohio State Univ. press, 1974.
- LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*. 13. Auf. München : Beck, Bd. 2/1, 1986.
- LEHMANN, Heinrich. *Gläubigerschutz*. Mannheim : Bensheimer, 1926.
- OERTMANN, Paul. *Introducción al derecho civil*. Barcelona : Labor, 1933.
- OLIVEIRA, Anísio José de. *A cláusula rebus sic stantibus através dos tempos*. Belo Horizonte : [s.n.], 1968.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Cláusula rebus sic stantibus*. In: *Revista Forense*, v. 92, dez. 1942. p. 797-800.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, v. 3, 1996.
- RODIÈRE, René et al. *Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison des circonstances nouvelles*. Paris : A. Pedone, 1986.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas : Bookseller, v. 3, 1999.
- SILVA, Wilson Melo. *A cláusula revisionista nos ajustes*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*. ano 12, out. 1961. p. 128-143.

# Controle de gastos públicos, crise econômica e governabilidade no Brasil

José Matias Pereira

## Sumário

1. Introdução. 2. Enfoques conceituais e fundamentos sobre a teoria das finanças públicas. 3. Indicadores econômicos e sociais do Brasil. 4. Brasil: uma crise econômica anunciada. 5. Os termos do acordo do FMI com o Brasil. 6. Críticas à instituição FMI. 7. A eficácia, legitimidade e efetividade de um sistema político. 8. A aplicação da receita do FMI no Brasil. 9. A nova ordem internacional. 10. A lógica do sistema capitalista no contexto da atual ordem internacional. 11. A democracia e a nova ordem internacional. 12. O Brasil caminha para uma morte lenta ? 13. As distorções na gestão da crise econômica pelo FMI. 14. Conclusões. 15. Anexos.

## 1. Introdução

Diante das profundas transformações que estão em curso no cenário político, econômico e social mundial, traduzidas pelo fenômeno da globalização, e que se estão refletindo de maneira perversa nos países em desenvolvimento, provocando exclusão, pobreza e violência, tem este trabalho – *Controle de gastos públicos, crise econômica e governabilidade no Brasil* – o propósito de avaliar os efeitos decorrentes da implementação das políticas governamentais para controlar os gastos públicos sobre a sociedade brasileira. Nesse contexto, o governo brasileiro assume a posição em defesa da necessidade de se alcançar um ambiente macroeconômico adequado, por entender que ele é uma pré-condição para a retomada do crescimento do país. Essa

José Matias Pereira é economista e advogado. Mestre em Planejamento Urbano pela Universidade de Brasília – UnB. É professor de finanças públicas da Universidade de Brasília. Doutorando em Ciência Políticas pela Universidade Complutense de Madrid.

posição está configurada no acordo firmado pelo governo brasileiro com o Fundo Monetário Internacional – FMI, no mês de novembro de 1998. Assim, busca-se analisar os reflexos sobre a economia e o desenvolvimento do Brasil em decorrência das condições impostas ao país pelos órgãos supranacionais, como o FMI e Banco Mundial – BIRD, e os países ricos (G-7), especialmente o Governo dos Estados Unidos – EUA, para concretizar o acordo assinado com o FMI e questionar se essas interferências, que estabelecem políticas para promover um ajuste fiscal, que tem como único propósito o equilíbrio macroeconômico, impondo dessa forma significativos cortes orçamentários em fundos sociais e em outros setores estratégicos para o desenvolvimento, representam uma ameaça à democracia brasileira.

É importante ressaltar que a lógica econômica e a lógica política, no campo de redução de gastos, tendem a ser conflitivas. A lógica econômica diz que a correção do desequilíbrio fiscal deve ser feita por meio do corte de despesas e não pelo aumento de receitas, visto que o aumento da arrecadação significa retirar poupança da economia. Mas o corte de despesa, quando necessário, deve ocorrer nas despesas correntes, para não limitar a capacidade do Estado de investir. Essa medida, aparentemente simples, não se ajusta à lógica política, que tende normalmente a atuar no sentido de propor cortes nos recursos destinados a investimento. A razão pela qual prefere que seja feito corte nos gastos para investimento decorre do fato de que este não afeta os interesses políticos imediatos, como ocorre no corte das despesas correntes (que atinge a população de forma bastante perceptível, especialmente os cortes de gastos com pessoal e previdência). Assim, os cortes de gastos para investimento, vitais para o desenvolvimento do país, são os preferidos pelos políticos, que acabam sendo cortados do orçamento na marra. O corte desses

recursos termina por inibir o crescimento, na medida em que o país deixa, por exemplo, de construir fábricas, estradas, etc.

Conclui-se, portanto, que a sociedade brasileira encontra-se diante de um dilema, que é a definição do que deve ser prioritário: a implementação de uma política de desenvolvimento ou uma política de austeridade nas contas públicas? A posição do autor, neste trabalho, é de que as duas políticas devem caminhar juntas. Quando existe a preocupação apenas com o desenvolvimento, relegando a segundo plano os chamados fundamentos da economia, e de forma especial o ajuste fiscal, as bases do desenvolvimento serão inconsistentes, com pouca possibilidade de dar certo, pelos efeitos nocivos que dele irão surgir, em particular a inflação. Por sua vez, promover somente o ajuste fiscal, descuidando do desenvolvimento, permitirá que o Estado apresente suas contas em ordem, porém com custos econômicos e sociais indesejáveis, pois, com uma economia estagnada, não haverá nenhuma perspectiva de melhorar o bem-estar da população, especialmente em termos de educação, saúde e de geração de emprego e renda.

No presente estudo, supõe-se que a capacidade do governo do Brasil para concretizar os objetivos nas áreas econômicas e social, especialmente para manter a governabilidade frente à forte crise econômica na qual vive o país, depende dos controles da política fiscal e especialmente dos recursos orçamentários que agora tem de cortar da área social e de outros setores estratégicos para o desenvolvimento. Propõe-se o autor a debater o custo social e político para o país caso sejam cumpridos os termos do acordo firmado pelo Brasil com o FMI, em 13 de novembro de 1998, no qual o país se compromete a promover um ajuste fiscal, a qualquer custo, de caráter emergencial, tendo como objetivo o equilíbrio macroeconômico.

Torna-se importante registrar que o autor não tem o propósito de desenvolver argumentos de conteúdo ideológico ou político, contra ou a favor das instituições e países aqui mencionados. A preocupação central do trabalho, consciente de sua complexidade e extensão, visto que trata na sua essência do tema: *Estado e a sua relação com os problemas econômicos e sociais*, é desenvolver uma avaliação isenta, que permita iniciar o debate sobre as implicações que o acordo do Brasil com o FMI poderia vir a produzir sobre a sociedade brasileira (a curto e médio prazo) e, em particular, sobre a parcela mais pobre da população, bem como os seus reflexos sobre a governabilidade e a democracia no país.

## 2. *Enfoques conceituais e fundamentos sobre a teoria das finanças públicas*

Refere-se o autor, ao longo deste trabalho, aos termos *governabilidade* e *estabilidade* com o mesmo sentido, no qual está implícito a ausência de violência; a longevidade e a duração governamental; a existência de um regime constitucional legítimo; a ausência de mudança estrutural; e o atributo de uma sociedade multifacética. Assim, a estabilidade é um conceito que em grande parte da bibliografia, em especial aquela que se refere a países democráticos, aproxima-se, quando não se chega a identificar, com o de governabilidade.

Ao estabelecer uma lista de dimensões por meio das quais se busca entender a estabilidade política, na qual aborda os aspectos econômicos no contexto dos estritamente políticos, Ersson y Lane (1983: 261) anunciam seis dimensões: o déficit do setor público, a inflação, a volatilidade, a estabilidade governamental, a violência e o protesto civil. Por sua vez, Dowding y Kimber (1983: 238-239) a definem, de maneira genérica, como um Estado vinculado com a capacidade de prevenir contingências que possam con-

duzir ao desaparecimento do objeto político – “*political stability in the state in which a political object exists when it possesses the capacity to prevent contingencies from forcing its non-survival*”.

O interesse sobre a questão de governabilidade se encontra relacionado com a aparição ou agravamento de situações de crises nos sistemas políticos. Essas crises de governabilidade se prestam a múltiplas interpretações, entre as quais se destacam duas: a incapacidade dos governantes inseridos nas condições contraditórias dos sistemas capitalistas e como conseqüência das demandas excessivas dos cidadãos (Pasquino, 1988:192). Ambas concepções põem em relevo a complexidade das relações que se estabelecem no interior de um sistema político e do jogo de fatores que influem em sua governabilidade, porém compartilham o critério geral que localiza os problemas de governabilidade na disputa em que se veem envolvidos grupos relevantes com certo poder de acordo com uma série de regras estabelecidas de maneira formal ou informal – “*governance is understood as the degree to which the relative power of the relevant groups in a public arena is respected by the formal and informal institutions of political process*” (Coppedge, 1993: 2). Por isso, torna-se relevante o estudo da maneira com a qual o governo se ocupa e desenvolve suas funções assim como sua relação com a sociedade.

Em relação à utilização pelo autor do termo *exclusão social*, deve ser entendido como a cassação dos direitos sociais dos indivíduos em decorrência dos efeitos das políticas de desregulamentação no plano social que vem suprimindo de forma acelerada esses direitos, em particular o que trata do emprego. O Brasil, que não possui uma tradição longa nessa área, tratava a questão social até o final da década de vinte como um problema de polícia. Somente após a revolução de 1930, com a chegada de Getúlio Vargas ao poder,

teve início o processo de transferência da questão social para a responsabilidade do Estado, a partir do reconhecimento de diversos direitos sociais da população, em que pese terem sido inicialmente esses direitos bastante restritos, na medida em que excluíram os camponeses, as donas de casa e os funcionários públicos, o que representava, naquele período, a maioria da população brasileira.

### *2.1. Ajuste fiscal e governabilidade*

Os analistas econômicos e políticos, em sua grande maioria, concordam que nenhum outro tema tem sido objeto de tanta polêmica como o que trata do Estado e a sua relação com os problemas econômicos e sociais. É importante observar que as profundas transformações que estão operando no mundo, como o fim da guerra fria e a aceleração do fenômeno da globalização econômica, assim como as experiências acumuladas e os novos consensos que estão surgindo, permitiram uma discussão menos ideológica sobre o papel do Estado.

Assim, a sociedade mundial vem debatendo, com intensidade crescente, diante da aceleração, nas últimas décadas, do processo de globalização econômica, a validade das duas filosofias políticas do pós-guerra: a social-democracia keynesiana, que tem no centro das discussões o Estado de bem-estar, e a necessidade de aumentar as despesas dos governos para aumentar a demanda; e, de outro lado, a visão neoliberal. Para os defensores do fundamentalismo neoliberal, com a financeirização do capital e da transnacionalização das empresas multinacionais, pensar em desenvolvimento autóctone ou realizado por empresas nacionais, conduzido pelo Estado, é incorrer num retrocesso. Assim, para os neoliberais, o melhor desenvolvimento é aquele viabilizado a partir da estreita relação entre o capital nacional e internacional, imputando

este maior competitividade àquele. Quanto ao Estado, este deve atuar em prol dos benefícios dessa relação, efetivando medidas que facilitem ainda mais essa proposição. Abertura da economia, privatização e estabilidade da moeda são as ações que devem ser implementadas pelo Estado para que o almejado desenvolvimento capitalista ocorra.

Deve-se recordar que, no final dos anos 80 e início dos anos 90, o “Consenso de Washington” era aceito como o caminho natural para a estabilização e o crescimento. A adoção de uma política financeira rígida, acompanhada por desregulamentação e liberalização do comércio, conforme recomendava o consenso, seria suficiente para eliminar a estagnação e iniciar a expansão. As propostas para a reforma que estavam baseadas no “Consenso de Washington” acabaram resultando em crises estruturais em diversas regiões, apesar do fato de terem sido desenvolvidas principalmente como soluções para resolver os problemas na América Latina.

A carência de instituições apropriadas mostrou ser o elemento-chave que impediu o sucesso das políticas de transição propostas pelo Consenso de Washington. Liberalização e privatização, sem o suporte de uma estrutura de mercado bem-organizada, não geraram um crescimento, mas um longo período de declínio. Dessa forma, tanto o FMI como o Banco Mundial foram surpreendidos (depois dos resultados perversos que essas políticas provocaram nos países em desenvolvimento), por desconsiderarem que a liberalização e organização estrutural são essenciais para o mercado e crescimento econômico.

A inserção subordinada das economias dos países monitorados pelo FMI ao capital internacional – financeiro e produtivo – tem demonstrado que essas políticas representam um obstáculo a qualquer capacidade de desenvolvimento, o que

representa uma ameaça à governabilidade desses países.

Assim, pode-se concluir que nos países em desenvolvimento como é o caso do Brasil, não é possível haver desenvolvimento com crescimento contínuo a menos que seja fundamentado em um orçamento equilibrado, equilíbrio nas transações correntes, baixa inflação, moeda estável, comércio liberalizado, e um setor privado amplo, apoiados em estruturas institucionais apropriadas, acoplados com políticas públicas orientadas para reduzir as desigualdades econômicas e sociais da parcela da população menos favorecida.

No caso brasileiro, sabe-se que o principal desafio da reforma do Estado é o ajuste fiscal, em especial a reforma tributária. E nesse sentido, quando as finanças públicas não estão ajustadas de forma adequada, não pode o Estado cumprir com as suas intransferíveis responsabilidades sociais. Isso requer um mínimo de gasto social, o que impede que sejam alcançados graus razoáveis de integração social, estabilidade política e eficiência e eficácia econômica.

É oportuno ressaltar que uma das características mais notáveis própria dos bens e serviços sociais é que em geral os benefícios que deles se derivam para toda a sociedade excedem aos que recebem os seus beneficiários (externalidades positivas). Outra característica básica dos bens e serviços sociais é seu grande potencial como instrumento de redistribuição de rendas. É a política de gasto público em setores sociais a que melhor permite redistribuir a renda com eficácia.

Nesse sentido, a governabilidade de um país depende de três variáveis:

1. *do fortalecimento da sociedade civil e da evolução da cultura política;*

2. *da orientação e do comportamento da economia; e*

3. *da integração de setores cada vez mais amplos da sociedade ao sistema produtivo.*

A gestão da crise econômica na forma proposta pelo FMI, orientada apenas para a correção do desequilíbrio macroeconômico do país, vai de encontro e enfraquece significativamente essas três variáveis, o que demonstra a importância de um amplo debate pela sociedade brasileira, para avaliar as implicações desse acordo. Nesse sentido, entende o autor que é fundamental uma integração entre as políticas sociais e econômicas, de forma que constituam um todo inseparável. O equilíbrio macroeconômico de um país é condição necessária, porém não suficiente, para uma política social eficaz. É por isso que se torna recomendável a implementação das duas políticas de forma simultânea, pois é a partir de seus resultados que são criadas as condições necessárias para manter a governabilidade, e, em última instância, a sobrevivência da democracia no país.

## 2.2. *Fundamentos sobre a teoria das finanças públicas*

A intervenção pública pode ser muito diversificada e não se concentra unicamente nas despesas e receitas, mas também em outras áreas, como as regulamentações da atividade econômica, de emprego, do setor financeiro, entre outros. No presente estudo, a preocupação do autor estará voltada para a questão dos cortes orçamentários na área social e em setores estratégicos para o desenvolvimento, exigidos pelo acordo firmado com o FMI, visto que entende que o equilíbrio macroeconômico do país depende de uma integração entre as políticas sociais e econômicas.

A crescente importância do setor público e seus efeitos sobre a atividade econômica é que tem levado a humanidade a estudar a atividade financeira do Estado. Dessa forma, a teoria das finanças públicas estuda a intervenção que a autoridade pública efetua em uma economia de mercado, fundamentalmente

por meio das receitas e despesas públicas. Nesse sentido, fica caracterizada a importância dos controles da política fiscal, e em especial dos recursos orçamentários, para que o governo possa manter a governabilidade do país.

Trata, assim, das intervenções públicas que são executadas com as receitas e despesas, dos orçamentos de onde se recorrem tais despesas e receitas, dos possíveis déficits orçamentários e das formas de financiá-los. Também considera qual é o papel do setor público em uma economia de mercado moderna, como se comportam as Administrações Públicas e como se tomam as decisões, para o que, por razões conhecidas de conflitos de interesses e das imperfeições dos mercados, provavelmente não contará com a ajuda do mercado. Ao mesmo tempo, investiga-se quais são os efeitos econômicos e as repercussões distributivas das atuações públicas no setor privado da economia.

Existem múltiplos enfoques sobre os programas de receitas e gastos públicos, assim como das intervenções da empresa pública. Uma distinção útil se observa nas teorias normativas e positivas. Por sua vez, a atividade do setor público necessita de instrumentos de ordenação e planejamento que cumpram duas funções básicas:

*1. controle dessas atividades, com a finalidade de submeter as políticas de despesas e receitas ao poder legislativo; e*

*2. efetividade e eficiência, com a finalidade de racionalizar a gestão pública, permitindo a consecução dos objetivos planejados com o menor custo.*

Esse instrumento se materializa no orçamento, marco jurídico e econômico ao qual se devem ajustar as despesas e receitas do setor público. O orçamento do setor público, nesse sentido, pode ser definido como a expressão contábil que estima os valores que serão gastos (ou seja, as despesas) e as receitas previstas para um período de tempo determinado, normalmente de um ano.

### *3. Indicadores econômicos e sociais do Brasil*

#### *3.1. Desigualdades econômicas e sociais*

Quando se analisam, na atualidade, os problemas econômicos e sociais no mundo, com base nas informações divulgadas pela Organização da Nações Unidas, constata-se uma assimetria preocupante, em termos de desigualdades de renda e níveis de vida. Os 20% da população mundial que vive nos países de renda mais elevada concentra 86% do PIB mundial; 82% das exportações mundiais; 68% do investimento direto estrangeiro (aquele que se dirige à produção, não a papéis); 74% das linhas telefônicas. A diferença de renda entre os 20% mais ricos da população mundial e os 20% mais pobres, medida pela renda nacional média, aumentou de 30 para 1 em 1960 para 74 para 1 em 1997. Veja a esse respeito o anexo I, que trata da proposta de criação de uma “governança global”, cujos pilares seriam a ONU, OMC e BC mundial.

Ao tratar do desafio da transformação produtiva com equidade, José Antonio Ocampo (“O desafio da transformação produtiva com igualdade”, conferência feita no Seminário Internacional: Modelos e Políticas de Desenvolvimento, BID e BNDES, Rio de Janeiro, junho de 1998, p. 99-124) observa que:

*“ao largo de la década de los noventa, el debate económico internacional y regional ha ido cambiando gradualmente de contenido. El énfasis inicial en los postulados del ‘Consenso de Washington’ sobre ajuste macroeconómico y liberalización de los mercados ha ido dando paso a una visión más equilibrada, en la cual, como lo señalara recientemente el economista principal del Banco Mundial (Stiglitz, 1998). Sin dejar de lado la estabilidad macroeconómica y las ventajas de contar con mercados más abiertos, el mejor funcio-*

*namiento de dichos mercados y de las estructuras-públicas se visualizan cada vez más como instrumentos complementarios en la búsqueda de objetivos, que más allá del crecimiento económico, incluyen también la equidad y la cohesión social, la sustentabilidad ambiental y el desarrollo democrático. En este contexto, la propuesta formulada a comienzos de la década por la CEPAL, 'Transformación productiva con equidad' (Cepal, 1990), ha adquirido una actualidad indiscutible”.*

Sabe-se que os problemas de equidade característicos da região latino-americana estão arraigados em estruturas distributivas altamente desiguais, em grande parte herdadas (e ainda não superadas) de etapas anteriores de desenvolvimento. Essas desigualdades refletem a conjunção de fatores educativos (ressaltando que a distribuição da renda é sempre melhor quando se tem uma distribuição de educação mais igual), ocupacionais, patrimoniais e demográficos. A falta de equidade está também relacionada com a desigualdade na distribuição da renda, ainda mais concentrada que a educação. Veja a esse respeito informe da Cepal (1998d) e Birdsall y Londono, 1997.

Ocampo (1998: 118) ao tratar da questão da equidade e política social na América Latina, observa que

*“sobre a una estructura distributiva ya muy desigual, la crisis de la deuda, la liberalización y la globalización (con diferente peso, de acuerdo con las explicaciones alternativas existentes) han acrecentado enormemente el reto de la equidad. Uno de los grandes desafíos que enfrenta la región es, por lo tanto, demostrar que el nuevo modelo de desarrollo es compatible con la corrección gradual de las grandes desigualdades sociales existentes. De no lograrse este objetivo, las bases políticas de las reformas – que han sido sólidas hasta ahora, en gran medida porque el retorno*

*a la estabilidad macroeconómica há sido visto como positivo por el conjunto de población – podrían deteriorarse. Lo que es igualmente grave, podrían generarse tensiones sociales que podrían afectar la gobernabilidad y erosionar las bases de los consensos políticos que han permitido el fortalecimiento de la democracia en la región, sin duda outro de los grandes logros de los últimos años.”*

O Brasil é um país que convive com o fenômeno da exclusão, e dentro desse quadro de exclusão está aquele contingente de indigentes e o problema social da fome. O relatório denominado “Mapa da Fome”, realizado em 1993 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, divulgava que 32 milhões de pessoas viviam como indigentes na época. Estudo divulgado pela Comissão Econômica para a América Latina – Cepal, da ONU, sob o título “Panorama Social da América Latina”, de 1997, indica que os brasileiros em situação de indigência em 1995 eram 17,3 milhões; a pobreza no país atingia outros 45,5 milhões; a parcela da população brasileira formada por pobres e indigentes representava 40%. O documento do governo brasileiro intitulado “Redução das Desigualdades Sociais: subsídio à formulação de projetos de desenvolvimento sustentado” também traz dados constrangedores: a indigência, situação em que a renda não é suficiente sequer para as necessidades básicas, atinge 26 milhões de brasileiros. Os pobres, aqueles que só garantem a subsistência, são cerca de 52 milhões. Nas metrópoles nordestinas, a pobreza atinge 43% da população, e em São Paulo, 22%.

O Brasil é apontado pela Organização das Nações Unidas, no relatório divulgado pela Unicef, denominado “O Progresso das Nações, 1999”, como um país que conhece seus problemas, faz projetos para resolvê-los, mas os resultados ainda não vieram. Um dos motivos é a falta de informação,

que faz com que o cidadão não conheça as soluções para os seus problemas e não cobre mais ação do governo. O índice produzido pela Unicef sobre os riscos de vida para as crianças, que leva em consideração cinco indicadores: acesso à educação primária, mortalidade em menores de cinco anos, crianças com baixo peso e desnutrição, casos de Aids na população entre 15 e 49 anos (a idade fértil) e o índice de segurança, que leva em conta as guerras, destaca que a média brasileira é de oito pontos, em uma escala de 0 a 10.

Os dados do relatório da Unicef, referentes a 1997, informam que 3,4% das crianças brasileiras podem morrer antes de completarem um ano. Dessas, 70% ainda na primeira semana de vida; têm 30% de possibilidade de não serem registradas; têm 40% de chance de terem pais com menos de 4 anos de estudo, e 21% de chance de seus pais serem analfabetos; têm 27% de chance de crescerem em uma família cuja renda *per capita* seja inferior a meio salário mínimo por mês; a partir dos 10 anos, suas chances de terem de trabalhar para ajudar em casa são de 17%. Entre 15 e 17 anos, são de 46%; em compensação, 95% delas poderão frequentar a escola, mesmo que apenas 50% completem a 8ª série.

Outro estudo mais recente sobre o mesmo tema, denominado “Relatório sobre o Desenvolvimento Humano”, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – Pnud, edição de 1999, tomando como base dados relativos a 1997 (a partir da adoção da nova metodologia para aferição do Índice de Desenvolvimento Humano), informa que o Brasil voltou ao grupo de países de médio desenvolvimento humano, situando-se na 79ª posição entre 174 países. O Índice de Desenvolvimento Humano – IDH mede a qualidade de vida dos países a partir de indicadores de educação (alfabetização e taxa de matrícula), saúde (esperança de vida ao nascer) e renda (PIB

*per capita*). O IDH se baseia no fato de que o desenvolvimento de uma nação não pode ser medido de forma unilateral, levando-se em conta somente a dimensão econômica.

No Brasil, conforme os dados do Pnud de 1997, 17% da população vive na miséria; 11,5% das pessoas morrem antes dos 40 anos; 16% são analfabetos; 24% da população não tem água potável; e 30% estão privados de esgoto. A média desses indicadores, que definem o índice de pobreza humana – IPH, sinaliza que 15,8% da população brasileira, ou seja, 26 milhões de pessoas, não tinha acesso às condições mínimas de saúde, educação e serviços básicos no ano de 1997.

O pior desempenho do país, com base no Relatório do Pnud, foi no índice que mede a saúde de sua população, visto que a expectativa do brasileiro médio melhorou pouco de 1995 a 1997, passando de 66,6 anos para 66,8 anos. O crescimento equivalente a uma sobrevivência de menos de dois meses foi inferior ao de outros países e fez o Brasil recuar da 107ª para a 109ª posição no *ranking* de esperança de vida. Esse desempenho é incompatível com a riqueza do país, considerando que o PIB *per capita* ajustado pelo poder de compra é de US\$ 6.480,00, o que mantém o Brasil na 63ª posição no *ranking* de renda.

O relatório do Pnud indica que o Brasil permanece como o país onde se tem uma concentração de renda muito desproporcional. O PIB *per capita* dos 20% mais ricos (US\$ 18.563,00) é 32 vezes maior que o dos 20% mais pobres (US\$ 578,00). O coeficiente de Gini (que mede a desigualdade de renda) do Brasil é o pior entre países latino-americanos: 0,59 – só igualado pelo Paraguai. Assim, os 20% mais pobres ficam com apenas 2,5% da renda, enquanto os 20% mais ricos detêm 63,4% dela.

Pode-se afirmar, respaldado no relatório do Pnud, que o crescimento econômico não está necessariamente ligado à melhoria da qualidade de vida da população. No

período de 1975 e 1997, o PIB *per capita* brasileiro cresceu mais rapidamente que o Índice de Desenvolvimento Humano do país: 1,1% ao ano contra 0,7%. Na tabela 1, apresentada a seguir, entre quatro países ibero-americanos, utilizando-se indicadores do Produto Nacional Bruto *per capita*, visualiza-se que, apesar de o

Brasil produzir o maior rendimento *per capita*, encontra-se numa posição desconfortável em termos de IDH. Essa constatação permite concluir que o crescimento econômico que tornou o país mais rico não conseguiu transformar essa riqueza, na mesma velocidade, em maior expectativa de vida e alfabetização para a população.

Tabela 1. CRESCIMENTO ECONÔMICO *VERSUS* QUALIDADE DE VIDA – ano 1997

País	Posição na classificação do IDH	PNB per capita em dólares
Costa Rica	45	2.680
Venezuela	48	3.480
México	50	3.700
Brasil	79	4.790

Fonte: Relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – Pnud, edição de 1999.

A constatação de que o Brasil é um país que possui sérias distorções em termos de distribuição de renda também pode ser verificada em diversos outros estudos produzidos por instituições de pesquisas econômicas do país e organismos internacionais. Entre eles, deve-se citar o relatório do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, divulgado em novembro de 1998, que confirma os dados do relatório do Pnud de 1999, ao afirmar que o Brasil sofre de uma das maiores desigualdades na distribuição da riqueza do mundo. Os 10% mais ricos possuem 50% da renda nacional. Ao mesmo tempo, existem 32 milhões de pessoas que vivem abaixo da linha da pobreza (indivíduos que vivem à margem do Estado com uma renda que não chega a US\$ 1 por dia, conforme definição da ONU).

Esse quadro torna-se mais preocupante na medida em que uma parcela da população, que estava começando a ter acesso a bens e serviços típicos da classe média, está sendo novamente arrastada para a pobreza, provocada pela desvalorização do Real e a queda na atividade econômica, que reflete no nível de emprego e a renda.

As comprovadas diferenças entre ricos e pobres no Brasil são grotescas, o que faz com que o país conviva com uma tecnologia do primeiro e a miséria do terceiro mundo. Assim, convive o país entre esses dois mundos desiguais, com uma parcela da população que tem uma renda que está próxima do limiar dos países desenvolvidos, e a outra metade, na média, que se encontra um pouco acima da linha da pobreza absoluta. Esse quadro de contradições vem permitindo o surgimento de manifestações de descontentamento por parte do setor economicamente adiantado, por entender que o governo é incompetente para gerir a máquina governamental. Por sua vez, o governo recebe pressões por parte da sociedade organizada para implementar políticas públicas efetivas que permitam resolver ou pelo menos amenizar as carências do segmento mais pobre da população.

Sabe-se que para erradicar a miséria é preciso integrar ações de saúde, educação e geração de emprego, buscando o desenvolvimento local integrado e sustentável. Essa, porém, não é uma tarefa fácil, visto que a pobreza não pode ser resolvida

apenas por meio do enfoque econômico. A sua solução passa necessariamente pela ética solidária. A sociedade também tem deveres em relação ao seu desenvolvimento social, visto que a cidadania não é apenas aquela que cobra do Estado um direito construído ou adquirido, é também aquela cidadania que faz, que exerce a solidariedade.

Assim, é necessário que a solidariedade seja vista como um fator de desenvolvimento num país injusto, desigual e com exclusão social como o Brasil. Nesse sentido, a ética solidária tem de tornar-se também conceito econômico, para que a sociedade, na sua mobilização, em parceria com o Estado, com os setores empresariais e organizações não-governamentais – ONGs, possa enfrentar um desafio dessa dimensão. Nesse contexto, torna-se indispensável a contribuição do terceiro setor, aquele que utiliza recursos privados como finalidade pública, constituindo-se num setor econômico com lógica e desenvolvimento próprios. Esse setor, que representa uma parcela significativa do esforço para combater a fome e a miséria, reflete o espírito inovador dos indivíduos, instituições e corporações que o sustentam e investe capital de risco nas ações de longo prazo. As ações do terceiro setor estão sendo desenvolvidas de diversas formas: pelas organizações não-governamentais; pelas próprias empresas ou instituições; em parceria com organizações da sociedade civil que desenvolvem projetos de geração de renda; por trabalho voluntário.

O problema da fome, tema lançado em 1940 por Josué de Castro, demonstra que essa discussão vem tendo uma evolução lenta e gradual na consciência e na ação da sociedade brasileira no enfrentamento do problema. É perceptível, porém, que o quadro de dificuldades da parcela da população mais carente no Brasil está-se agravando, de forma acelerada, nos últimos anos, em que pese as ações desenvolvidas pela Comunidade Solidária, empresas privadas e as ONGs.

Esse quadro de fome e miséria está tornando-se tão gritante que a sociedade, por meio de seus segmentos mais representativos – intelectuais, imprensa, empresários, organizações não-governamentais, políticos –, vem-se mobilizando para incluir na agenda de debates do país propostas que possam vir a resolver ou mesmo amenizar esse grave problema. Ao tratar do tema “A vergonha da pobreza” (Correio Braziliense, artigo, 28-7-99, p. 4), Antonio Carlos Magalhães, presidente do Senado Federal e líder do partido da Frente Liberal, de tendência neoliberal, ressalta:

“O Brasil tem vergonha de si mesmo. Envergonha-se de ser um país maltrapilho, mas com trânsito livre na ante-sala dos países ricos. Potencialmente entre os mais ricos e de economia entre as mais vigorosas, dono de invejável mercado, o Brasil detém hoje uma das distribuições de renda mais desiguais do mundo, conseguindo manter quase 40 milhões da sua população abaixo da linha da pobreza absoluta. (...) Enganam-se, contudo, os que pensam que é possível manter por mais tempo este cenário perverso de contradições. O Brasil não pode avançar na globalização, na modernidade, na competitividade dos países mais desenvolvidos, se suas elites dirigentes continuarem de costas para o povo. O dilema ao qual chegamos é muito simples: unimos nossas forças acima das facções e dos partidos, das ideologias e dos interesses pontuais para de fato modernizarmos profundamente o Brasil, desde a sua base, desde as condições em que vive sua gente, ou jamais poderemos entrar para o seleto clube dos países desenvolvidos. Não podemos, do ponto de vista da produção industrial, ter como vizinhos o Canadá, a Itália, a Espanha, o Reino Unido e a França, mas ombrearmos-nos com Serra Leoa e Bangladesh em qualidade de vida”.

Por sua vez, José Genoino, deputado federal, do Partido dos Trabalhadores (Correio Braziliense, “A desclassificação do Brasil”, artigo, 20–7–99, p. 17), observa que o Brasil, conforme o relatório da ONU, é imbatível na concentração de renda. Para ele, os dados são inequívocos; o Brasil cresceu economicamente nas duas últimas décadas, mas essa riqueza não foi distribuída. Concentrou-se nas mãos de poucos. No caso da saúde, o governo gastou em 1995 R\$ 13,9 bilhões; em 1996, gastou R\$ 14,1 bilhões; em 1997, gastou R\$ 14,0 bilhões e em 1998, R\$ 13,9 bilhões. Levando-se em conta que de 1995 a 1998 a inflação atingiu 43% e que as demandas da população por saúde aumentaram, é fácil perceber os efeitos devastadores que essa redução do volume de recursos vem provocando na qualidade de vida dos brasileiros. As pessoas precisam deslocar recursos que eram gastos em comida, vestuário, etc. para cobrir necessidades de saúde. Coisa muito diferente não ocorreu na educação: em 1995, os gastos foram de R\$ 11,5 bilhões e, em 1998, caíram para R\$ 10,1 bilhões. Conclui que, se todos esses dados “fossem cruzados com os dados do sistema tributário e fiscal, que é baseado na premissa de que ‘quem tem menos paga mais’, compreenderíamos por que o Brasil é o perverso campeão da concentração de renda e riqueza”.

Assim, verifica-se que a importante questão que diz respeito à falta de equidade na sociedade brasileira está deixando de ser uma bandeira apenas dos intelectuais, das organizações não-governamentais e dos partidos de esquerda. A sociedade brasileira, como um todo, está

chegando a um consenso de que é preciso combater, de forma consistente, a pobreza. Isso porque não basta que o país tenha chegado a um nível importante de desenvolvimento econômico, é preciso ir mais além para deixar de continuar sendo um ponto de referência de casos de extrema desigualdade, em termos de exclusão, pobreza e violência, visto que a democracia é muito mais que eleições livres e que a consolidação de um sistema de liberdades demanda uma sociedade com um grau no mínimo razoável de equidade social. Constata-se, particularmente no caso brasileiro, que o capitalismo sabe produzir, mas não sabe e nem tem nenhum compromisso em distribuir a riqueza.

### 3.2. A dimensão da economia brasileira

O Brasil é a oitava economia do mundo, com uma população superior a 160 milhões de pessoas, cuja população economicamente ativa é de 75 milhões de pessoas (Carta do IBGE, nº 56, maio/99, p. 3). Seu PIB, em 1998, foi de R\$ 901,0 bilhões (em paridade de poder de compra, o PIB brasileiro é superior a US\$ 1 trilhão). A renda *per capita* foi de R\$ 5.569,0 (essa renda ajustada pelo poder de compra é de US\$ 6.480,0 ao ano). Esse importante país da América Latina se prepara para ingressar no século XXI (e nos 500 anos do descobrimento), enfrentando uma preocupante crise econômica e tendo a sociedade brasileira como maior desafio promover uma reforma no seu modelo econômico, em particular na sua política fiscal. Veja a esse respeito os dados apresentados nas tabelas 2,3 e 4 a seguir:

Tabela 2. PIB E PIB *PER CAPITA* DO BRASIL – 1998

	PIB apm		PIB per capita	
	Variação anual %		Variação anual %	
	R\$ 1	98/97	R\$ 1	98/97
BRASIL	901.0(*)	0,15	5.569,0	-1,1

(\*) R\$ bilhões.  
Fonte: IBGE/DPE/DECNA

Tabela 3. TAXA MÉDIA DE CRESCIMENTO DO PIB *PER CAPITA* DO BRASIL  
Período 1970/1997

	PIB			PIB per capita		
	70/80	80/90	90/97	70/80	80/90	90/97
BRASIL	8,6	1,6	3,1	6,0	-0,4	1,6

Fonte: IBGE/DPE/DECNA

Tabela 4. PARTICIPAÇÃO % DO PIB SETORIAL NO PIB GLOBAL DO BRASIL – 1998  
Participação %

	Agropecuária	Indústria	Serviços
BRASIL	11,1	35,1	53,8

Fonte: IBGE/DPE/DECNA

Emir Sader, ao analisar os pontos negativos do modelo econômico brasileiro (Revista ABAMEC, ano 18, junho/99, entrevista, “O problema da desregulamentação”, p. 3-6), ressalta que

“centralizaria tudo na questão da desregulamentação da economia. Ou seja, a falta de controle da sociedade sobre o conjunto de processos econômicos e sociais que afetam o país: a especulação financeira, a entrada e saída de capitais, os processos de trabalho, a qualidade dos serviços públicos etc. Quando o Estado deixa de ser responsável pelas questões essenciais é fundamental: garantir serviços públicos, emprego, limites para a circulação de capital – estabelecendo impostos para o capital financeiro especulativo e favorecendo o capital produtivo. Estas seriam maneiras de regulamentar a economia. Mas o Brasil recuou nesse sentido. Ninguém

controla mais nada. O poder público está absolutamente enfraquecido. Sem isso a sociedade não tem capacidade de controlar não só a vida econômica como também a vida social, política. Isto é o que mais tem devastado o direito à cidadania”. (...) “O grosso dos gastos do Estado não é com saúde, educação, etc., mas sim com o pagamento dos juros da dívida, transferindo os recursos financeiros para o capital nacional e internacional”.

É oportuno recordar que, em seu primeiro governo (1995-1998), o presidente Fernando Henrique Cardoso não conseguiu fazer uma reforma fiscal profunda, como havia prometido durante a campanha eleitoral. Por outro lado, a estratégia de elevar os juros para equilibrar os eventuais desajustes da economia foi sistematicamente utilizada em termos de política monetária. Os juros foram elevados após a crise do México em dezembro de 1994

(FHC era ministro da Fazenda do governo Itamar Franco); depois em novembro de 1997, com a crise asiática; em outubro de 1998, com a eclosão da crise russa; e, em fevereiro de 1999, após a crise eco-

nômica (iniciada em janeiro) que obrigou o governo brasileiro a desvalorizar o Real e a mudar o regime cambial do país, conforme se constata na tabela 5, apresentada a seguir.

TABELA 5. COMPORTAMENTO DOS JUROS BÁSICOS	
Período de Setembro de 1997/Junho de 1999 – Taxa Selic(*), % ao ano	
Set/1997	19,80
Nov/1997 (1)	45,84
Ago/1998	19,28
Out/1998 (2)	41,58
Fev/1999 (3)	31,22
Jun/1999 (4)	21,00

Fonte: Banco Central do Brasil  
 (\*) Taxa anual da taxa Selic mensal, calculada com base em 252 dias úteis do ano.  
 (1) Crise asiática.  
 (2) Crise russa.  
 (3) Crise brasileira, após a mudança do regime cambial (sistema de bandas cambiais para o sistema de flutuação cambial), em janeiro de 1999. No início de março a taxa subiu novamente para 45%.  
 (4) Taxa com perspectiva de redução, de forma muito lenta, até o final de 1999.

Os dados divulgados pela Fundação IBGE sobre a economia informal brasileira, no mês de outubro de 1997, por meio de entrevistas realizadas em quase 50 mil domicílios localizados em áreas urbanas de 753 municípios, demonstram que o setor informal movimentava naquele época cerca de R\$ 12,9 bilhões ao ano, envolvendo cerca de 9,5 milhões de empresas, que empregavam mais de 12 milhões de pessoas. Apesar de gerar valores correspondentes a apenas 8% do PIB, a população agregada a esse setor corresponde a cerca de 25% da população economicamente ativa – PEA do país. Decorridos quase dois anos da realização da pesquisa, tudo indica que esse quadro do setor informal agravou-se, considerando os efeitos recessivos a que foi submetida a economia brasileira, especialmente após a crise russa, em agosto de 1998, que levou o governo a utilizar a sua receita clássica de elevação das taxas de juros, e posteriormente com o abandono da defesa da moeda, e a adoção da nova política cambial (que culminou com a maxidesvalorização do Real), no começo de 1999. Assim, pode-se supor que o setor informal

foi ampliado (em termos do seu contingente de trabalhadores), e com isso sofrendo os mesmos problemas da conjuntura econômica que o setor formal sofre, ou seja, a elevação das dificuldades de sobrevivência num mundo que se torna mais competitivo, mais integrado e impõe um mercado de trabalho mais qualificado e restritivo em termos de oferta de emprego formal.

Outro indicador importante sobre a crise econômica e os seus reflexos na sociedade são os dados produzidos pela Centralização de Serviços dos Bancos – Serasa, que demonstram a elevação significativa nos números de falências de empresas no Brasil, num total de 22,7 mil falências, no período de julho de 1994 a junho de 1999. Isso significou um aumento de 168% em relação às 8,5 mil falências decretadas no período de julho de 1989 a junho de 1994.

### 3.3. As metas indicativas de desempenho da economia brasileira

A elevação na taxa de inflação (medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC), que foi de 2,49% em 1998, deverá chegar próximo de 8% em 1999.

Esse aumento da inflação, segundo os indicadores da economia brasileira, não será maior em função da recessão, que está provocando queda no consumo, bem como redução nos investimentos corporativos. As projeções mais recentes indicam que haverá uma queda no PIB brasileiro próxima de 1,0% em 1999.

Previa-se, nas metas indicativas e nos critérios de desempenho da economia do

Brasil, inicialmente acordado com o FMI, que a taxa de inflação para o ano de 1999 seria de 16,8%, com uma expectativa de retração na atividade econômica – queda no PIB – entre 3,5% a 4%. Essas metas estão sendo revistas pelo governo brasileiro e o FMI para 12% de inflação e 1,2% de redução do PIB em 1999. Veja a esse respeito, na tabela 6, o quadro de metas (revisto) do acordo do Brasil com o FMI.

Tabela 6. QUADRO DE METAS DO ACORDO DO BRASIL COM O FMI		
Itens	Acordo anterior	Acordo atual
Crescimento do PIB	Queda de 3,5% a 4%	Queda superior a 1%
Superávit comercial	US\$ 10,8 bilhões	US\$ 3,7 bilhões
Déficit nominal (% do PIB)	10,34%	9%
Déficit primário	R\$ 23,718 bilhões (janeiro a setembro)	R\$ 23,788 bilhões (janeiro a setembro)
Dívida líquida do setor público	R\$ 510,608 bilhões, ou 50,7% do PIB (setembro)	R\$ 513,519 ou 51,0% do PIB (dezembro)
Déficit em transações correntes	US\$ 17,5 bilhões	US\$ 21 bilhões
Investimento direto	US\$ 17 bilhões	US\$ 18 bilhões
Receita de privatização em 1999	R\$ 27,836 bilhões	R\$ 13,211 bilhões
Reservas líquidas em 31.10.99	US\$ 24,726 bilhões	US\$ 26,300 bilhões
Cotação do dólar em dezembro de 1999	R\$ 1,70	R\$ 175

Por sua vez, as previsões feitas pela Confederação Nacional da Indústria – CNI, que constam do documento “Economia Brasileira – Desempenho e Perspectivas”, de junho de 1999, indicam que o PIB deverá ter uma queda entre 0,5% e 1%, enquanto a retração da produção industrial, que em 1998 foi de 2,3%, deverá ficar em 1,2%. O balanço comercial brasileiro, por sua vez, deverá contabilizar exportações estimadas em US\$ 50,6 bilhões e importações de US\$ 49,6 bilhões, em 1999. O país deverá obter um superávit de US\$ 1 bilhão, o que ficará bem abaixo dos US\$ 4 bilhões projetados pelo governo na revisão do acordo com o FMI, feita no mês de junho de 1999.

A principal explicação para a estimativa dessa redução no superávit é que o comércio mundial, que teve um crescimento de 10% em 1997, cresceu somente 3,5% em 1998, e as projeções feitas por especialistas do setor indicam que ele deverá crescer cerca de 2% em 1999, o que irá inibir a expansão de muitos mercados importadores. Os preços das *commodities*, importante componente das exportações brasileiras, encontra-se em queda no mercado internacional; a paralisação das linhas de crédito ocorrida após a crise russa e demora no restabelecimento afeta o *timing* das exportações, que não têm respondido adequadamente ao estímulo do câmbio desvalorizado; e o longo período

de valorização da moeda brasileira (o Real) e a ausência de uma estratégia ativa de inserção no mercado externo afastaram as empresas da atividade exportadora. Assim, além da retração das exportações no segmento de produtos manufaturados – como automóveis, autopeças e máquinas –, devido à crise econômica nos países latino-americanos, especialmente na

Argentina, na exportação dos produtos básicos – como soja, minério de ferro, café e carnes – e dos semimanufaturados – celulose, açúcar, alumínio –, em que pese o volume das vendas estarem aumentando em 1999, os preços caíram em média 20% em relação aos preços de 1998. Veja a esse respeito os indicadores das tabelas 7 e 8, apresentadas a seguir.

1994	+5,85
1995	+4,22
1996	+2,76
1997	+3,68
1998	+ 0,12
1999 (*)	-0,99
Fonte: IBGE (*) De janeiro a março	

1994/1999	
1994	4,3
1995	-2,7
1996	-0,2
1997	-1,7
1998	-1,9
1999 (*)	-0,4
Fonte: IBGE (*) De janeiro a maio	

A inflação esperada pela CNI é de 7% este ano, com base na variação do Índice de Preços aos Consumidor – IPCA, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Em nível de desempenho da economia brasileira, as perspectivas para o segundo semestre de 1999 são de uma recuperação gradual da economia nacional, condicionada a continuidade da redução da taxa real de juros (que espera seja reduzida para menos de 10% até o final do ano). Ocorrendo uma recuperação gradual da atividade econômica, espera a CNI que o desemprego feche o ano de 1999 entre 7% e 7,5%.

### 3.4. Taxas de juros, dívida pública e desemprego no Brasil

Com uma dívida pública em títulos que atingiu R\$ 500,7 bilhões em fevereiro de 1999 (cerca de US\$ 300 bilhões), pagando juros bancários muito elevados, que chegaram até 45% ao ano, o Brasil foi um dos países que pagou as maiores taxas de juros do mundo nos últimos cinco anos. Segundo levantamento da Associação Nacional das Instituições do Mercado Aberto – ANDIMA, as grandes quantias que ficaram aplicadas em renda fixa de julho de 1994 (início do plano Real) até maio de 1999 tiveram rendimentos supe-

riores a 357%. Esses ganhos correspondem a quase cinco vezes a inflação de 73%, medida no período pelo Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M), da Fundação Getúlio Vargas. Os juros, nesse período,

foram usados para atrair o dinheiro que estava sobrando no orçamento interno, mas principalmente aquele que estava disponível no mundo. Veja a esse respeito a tabela 9, apresentada a seguir.

Tabela 9. TAXAS DE JUROS PRATICADAS NO BRASIL	
Over/Selic (*) (taxa ao ano) Em %	
1995/1999	
1995	38,92
1996	23,94
1997	42,04
1998	31,24
1999 (**)	21,00
Fonte: Banco Central do Brasil	
(*) Em dezembro	
(**) Em junho	

É um consenso entre os analistas econômicos que a crise econômica que se instalou no Brasil, a partir do final de 1998, não será resolvida a curto prazo. Os indicadores econômicos sinalizam que a retomada do crescimento econômico, em níveis adequados, irá exigir da sociedade pelo menos três anos de enormes sacrifícios. As altas taxas de juros praticadas no início da crise dispararam o valor da dívida das 50 maiores empresas do país para cerca de US\$ 43,1 bilhões, e, com as linhas de créditos fechadas e grande parte dessas dívidas em dólares, cujo valor é na atualidade 50% maior que no final de 1998 (antes da desvalorização cambial), a maioria dessas empresas se viram forçadas a restringir suas atividades, o que provocou efeitos sobre o nível de desemprego.

Nesse cenário descrito, pressionado pelas crises econômicas asiática e russa, o governo brasileiro, que já vinha resolvendo o problema de seu desequilíbrio fiscal elevando as taxas de juros, ao firmar o acordo com o FMI, comprometeu-se a manter essa política, acentuando a queda no nível de atividades das empresas, a recessão da economia, e elevando a taxa de desemprego. Assim, é importante ressaltar que as taxas de desemprego no Brasil, que se mantiveram estáveis no período de 1994 a 1997 (5,06 em 1994, 4,64 em 1995, 5,42 em 1996, 5,66 em 1997), pularam para 7,59 em 1998 e continuam subindo em 1999, alcançando 7,7% no mês de maio, a mais alta dos últimos 15 anos. Veja a esse respeito os dados da tabela 10, apresentada a seguir.

Tabela 10. TAXA DE DESEMPREGO DO BRASIL	
1994/1999	
Em %	
1994	5,06
1995	4,64
1996	5,42
1997	5,66
1998	7,59
1999 (*)	7,84
Fonte: IBGE	
(*) Até junho. A taxa média de desemprego no 1º semestre de 1999 foi de 7,82%.	

Por sua vez, é importante registrar também, como sinalizador das taxas de desemprego no Brasil, o índice de desemprego na Grande São Paulo realizado mediante a pesquisa Seade-Dieese (instituição vinculada ao movimento sindical dos trabalhadores). Os dados elaborados pelo Dieese e pela Fundação Seade registraram que a taxa média de desocupação na grande São Paulo em 1998 foi de 18,3%. Os dados de desocupação, referentes ao mês de junho de 1999, situavam-se em 19,9%, de uma população economicamente ativa estimada em 8,967 milhões de trabalhadores.

### 3.5. *A política de juros e o combate à inflação no Brasil*

Sabe-se que o combate à inflação é o principal objetivo da política de juros. Antes a preocupação era atrair dólares ao país e assegurar uma baixa cotação da moeda norte-americana. O Banco Central do Brasil – BC, desde 4 de março de 1999, quando o Comitê de Política Monetária – Copom elevou as taxas de juros para 45% ao ano, vem reduzindo de maneira cada vez menos freqüente e com menor intensidade os juros básicos da economia. A prática de taxas de juros tão elevadas estava relacionada à possível necessidade de conter as pressões inflacionárias que poderiam advir da desvalorização do Real. Como a alta da cotação do dólar não provocou disparada da inflação, o governo vem anunciando seguidas reduções das taxas, que continuam acima dos 19% de juros anuais vigentes, até pouco antes da moratória russa, em agosto de 1998.

Com a crise econômica que provocou a desvalorização do Real, o governo decidiu substituir a âncora cambial que vinha sendo utilizada desde junho de 1994 para dar estabilidade ao plano Real (na qual adotava o sistema de bandas cambiais) pelo sistema de metas para a inflação, que, argumenta, é mais compatível com o regime de câmbio flutuante.

Assim, a partir de 1º de julho de 1999, o governo adotou uma nova política de controle de inflação, a denominada “política de metas de inflação”, que obriga o Banco Central do Brasil a conduzir a política monetária para alcançar as taxas definidas pelo Conselho Monetário Nacional – CMN. Para 1999, o governo fixou em 8% o Índice de Preços ao Consumidor, medido pelo IBGE. Existe, porém, uma faixa de dois pontos percentuais dentro da qual esse índice poderá oscilar para cima ou para baixo, isto é, se no fim de 1999 o IPCA ficar entre 6% e 10%, o governo considera ter cumprido a meta. O índice que o governo pretende alcançar em 2000 é uma taxa de 6%, e de 4% em 2001, em termos de metas de inflação.

### 3.6. *O sistema de metas de inflação*

Com a busca da maximização da eficácia da política monetária, que tem como objetivo prioritário a estabilidade de preços, torna-se relevante debater as seguintes questões: quais devem ser os princípios inspiradores da formulação da estratégia monetária? Como se deve comunicar aos agentes privados as ações em que se efetiva a política monetária? Em síntese, resulta decisiva a forma pela qual a autoridade monetária se aproxima dos demais agentes econômicos para concretizar a sua estratégia monetária.

A literatura acadêmica sustenta que os bancos centrais, para serem eficazes, devem-se manter fora do alcance das interferências oriundas da esfera política, bem como aponta a fixação de um objetivo direto de inflação como solução ao risco inflacionário inerente à instrumentação de uma política monetária por parte do banco central, que não se sujeita a uma regra explícita na condução da mesma.

Assim, o estabelecimento de um objetivo direto de inflação (*inflation targeting*) é procedente tendo como base um regime

monetário no qual o banco central adota o compromisso formal e explícito de alcançar um objetivo de inflação quantificado com precisão, com liberdade para eleger os meios para conseguir o referido objetivo e sendo responsável pelo seu sucesso. Dessa forma, os riscos distintos de um esquema de instrumentação monetária baseado no controle direto da inflação são a eleição de um objetivo explícito para a inflação e o compromisso de alcançá-lo em um período de tempo determinado, período que normalmente envolve vários anos.

Entre os diversos especialistas que trataram do sistema de metas inflacionárias (*inflation targeting*), destaca-se o trabalho de autoria de Ben S. Bernanke e outros, que, em seu livro “*Inflation Targeting, Lessons from the international Experience*” (Princeton University Press), defende esse sistema como a melhor maneira de enfrentar pressões políticas contra as políticas de juros dos bancos centrais e de permitir que o governo reduza as taxas sem perder o controle da inflação. A base de sustentação para a adoção de um objetivo direto de inflação se encontra na crença amplamente compartilhada pelos economistas de que a longo prazo não existe *trade-off* entre inflação e desemprego. As taxas de inflação elevadas implicam maiores custos (perda de eficiência na alocação de recursos, efeitos redistributivos, etc.) e nenhum benefício em termos de emprego; daí nasce a prescrição de eleger um objetivo que implique uma taxa de inflação reduzida.

A esse respeito, observa J. B. Taylor (1996: 31) que fixar um objetivo explícito de inflação não significa que este seja um ponto máximo, porque, se a inflação cai para um nível abaixo da taxa fixada como objetivo, as conseqüências serão tão desfavoráveis para a economia como aquela taxa que se situa acima daquela.

O governo brasileiro, além da escolha de um índice de preços do IBGE, o INPC,

para aferir o comportamento da inflação, decidiu adotar também, a partir de julho de 1999, um sistema de metas de inflação (*inflation targeting*). Essa mudança é considerada pelo governo como a mais importante inovação no plano Real, desde a mudança do sistema cambial, que passou a adotar a flutuação do real, frente ao dólar, em janeiro deste ano. Por outro lado, vem sendo considerada temerária por alguns analistas econômicos, entre outros motivos, por representar um risco o estabelecimento de uma taxa esperada de inflação futura para balizar medidas monetárias de caráter restritivo sobre a atividade econômica, em face da economia brasileira não ter recebido ainda todos os efeitos do aumento de custos decorrente do realinhamento cambial e do recente aumento da carga fiscal. Esse sistema de metas inflacionárias já vem sendo utilizado por diversos países com economias estáveis, entre os quais: Nova Zelândia (1990), Canadá (1991) e Reino Unido (1992).

É preciso alertar que a adoção das taxas de juros como instrumento orientado para garantir a estabilidade de preços é utilizada em ambientes em que predominam crescimento econômico regular, taxas de inflação baixas e inexistência de choques de custos de maior intensidade; além de que as taxas de curtíssimo prazo não afetam o estoque de títulos de dívida pública ou os saldos dos empréstimos (de médio e longo prazo) destinados a financiamentos para investimentos de empresas e de imóveis. Nesse sentido, a ação do governo, por meio de uma política monetária clássica, irá utilizar as taxas de juros apenas como indicador para o mercado e estará direcionada para garantir a estabilidade dos preços, evitando que qualquer instabilidade na economia, capaz de gerar desequilíbrios entre a oferta e a demanda, possa vir a criar as condições básicas para elevação de preços não justificados por elevação de custos.

Esse sistema de metas não tem o objetivo de acertar a inflação, mas de influenciar no processo de formação da expectativa de inflação. O inconveniente dessa política de metas, caso as metas fixadas sejam altas (diante da possibilidade de vir a induzir os formadores de preços a convergir para esse percentual estabelecido), é estimular o retorno da reindexação da economia.

Pode-se prever que o principal obstáculo com que irá se deparar o governo brasileiro, para evitar que os limites máximo e mínimo estabelecidos sejam ultrapassados, é o problema fiscal estrutural do país. Sem a questão fiscal resolvida, o BC terá dificuldades de baixar as taxas de juros. Caso o teto ou o piso de juros fixado pelo governo sejam rompidos impunemente, essa política de metas de inflação se tornará inócua. Isso obrigará a necessidade de assegurar superávits primários (arrecadação maior que despesas, sem incluir o pagamento de juros) permanentes, que só serão alcançados com a aprovação pelo Congresso Nacional da Lei de responsabilidade Fiscal, dos complementos da reforma administrativa e da Previdência e da reforma tributária.

### *3.7. A fixação das taxas de juros no Brasil*

A taxa de juros definida pelo Copom, para orientar as ações do Banco Central (e que doravante tem o propósito de atingir metas de inflação), foi reduzida de 45% em março para 21% ao ano em junho de 1999. Nesse sentido, o Banco Central determina a trajetória dos juros básicos fixando metas para a chamada taxa Selic (média dos empréstimos de um dia entre bancos, garantidos por títulos federais). Por ser o maior participante desse mercado, é o BC que, na prática, define a taxa Selic.

As perspectivas, a curto e médio prazo, do ponto de vista social e político, são

preocupantes, considerando que a prática de altas taxas de juros como instrumento de combate da inflação, na forma recomendada pelo FMI, não será alterada, o que significa dizer que os seus efeitos recessivos irão continuar inibindo o crescimento da economia brasileira. Sem embargo, esse quadro de turbulências descrito permite entender e prever a possibilidade de riscos de instabilidade política pela qual poderá passar o Brasil nesta virada de século.

Questiona-se, portanto, se os três vértices de economistas que estão definindo a política econômica do país – os do governo brasileiro, os do FMI e BIRD e os funcionários do governo dos EUA – atuaram de forma adequada do ponto de vista da política.

### *4. Brasil: uma crise econômica anunciada*

Era previsível que a economia brasileira, desde o segundo semestre de 1998, estava rumando para uma profunda crise econômica, que a levaria para a recessão. Essa previsão pode ser constatada a partir da análise dos indicadores econômicos contidos nas tabelas 11, 12, 13 e 14, apresentadas a seguir. Os elevados juros fizeram com que o déficit público aumentasse vertiginosamente, visto que o governo brasileiro mantinha grandes dívidas de curto prazo e os custos de financiamento eram bastante elevados. Entre 1994 e 1998, a dívida líquida total do setor público cresceu 154%, passando de R\$ 153,1 bilhões para R\$ 388,6 bilhões (o que representou 42,6% do PIB). O déficit público nominal passou de 3,9% da renda nacional em 1997 para 8,02% do PIB em 1998. Diante desses desequilíbrios, os investidores e os bancos internacionais, em particular os bancos norte-americanos, começaram a retirar o dinheiro, obrigando o governo brasileiro, por meio do Banco Central do Brasil, a desfazer-se das reservas, vendendo dólares.

Tabela 11. DÍVIDA LÍQUIDA DO SETOR PÚBLICO DO BRASIL US\$ milhões								
	1996		1997		1998		(fev.) 1999	
	Saldos	% PIB	Saldos	% PIB	Saldos	% PIB	Saldos	% PIB
Governo federal e BC	128.413	16	167.742	19	231.258	25	317.368	33
Governos estaduais	–	–	100.257	11	113.160	12	124.295	13
Governos municipais	–	–	15.635	2	17.745	2	18.992	2
Empresas estatais	500.788	6	24.793	3	26.504	3	40.132	4
Federais	20.468	3	8.906	1	7.377	1	15.571	2
Estaduais	26.445	3	15.077	2	17.836	2	23.256	2
Municipais	529	0	810	0	1.291	0	1.305	0
Dívida líquida total	269.194	33	308.425	34	388.667	43	500.788	52

Fonte: Banco Central do Brasil

Tabela 12. DÉFICIT PÚBLICO DO BRASIL	
Em US\$ bilhões	
1994 / 1999	
1994	236,9
1995	48,6
1996	47,1
1997	54,3
1998	72,7
1999 (*)	117,9

Fonte: Banco Central do Brasil  
(\*) Estimativa

Tabela 13. DÉFICIT EM TRANSAÇÕES CORRENTES DO BRASIL (*)		
1994/1999		
	Em US\$ bilhões	Em % do PIB
1994	1,6	- 0,31
1995	17,9	-2,47
1996	23,1	-3,27
1997	33,4	-4,16
1998	35,1	-4,33
1999 (**)	32,0	-4,66

Fonte: IBGE e Banco Central do Brasil  
(\*) O crescimento do déficit em transações correntes significa que o país está mais dependente de capitais externos.  
(\*\*) Até maio. Deve-se registrar que o déficit em dólares caiu, mas sua relação com o PIB aumentou, porque o valor do PIB bruto do país caiu de US\$ 707 bilhões, em abril, para US\$ 688 bilhões, em maio.

Tabela 14. FONTES DE PRESSÃO DO GASTO PRIMÁRIO FEDERAL  
NA DÍVIDA PÚBLICA DO BRASIL

	em R\$ bilhões			
	1995	1996	1997	1998
Déficit do INSS	0,6	0,2	3,3	7,4
Déficit do Seguro Desemprego	-3,8	-4,2	-3,2	-2,2
Benefícios Assistenciais	0,0	0,2	0,8	1,1
Déficit do Sistema de Aposentadorias e Pensões dos Servidores	17,4	16,8	16,5	19,0
Programas setoriais (outros custeios e capital, inclusive saúde)	29,2	26,9	39,5	36,5
<b>Total</b>	<b>43,4</b>	<b>39,9</b>	<b>56,9</b>	<b>61,8</b>

(\*) Valores de 1998, deflacionados pelo PIB nominal  
(\*\*) Os valores negativos representam superávit  
Fonte: Raul Velloso. Revista Rumos, maio/1999, p. 9.

## 5. Os termos do acordo do FMI com o Brasil

### 5.1. Antecedentes do acordo Brasil-FMI

Para melhor compreender como o Brasil foi levado a assinar o atual acordo de empréstimo com o FMI, deve-se recordar que, desde o segundo semestre de 1998, o governo brasileiro (frente ao agravamento da crise mundial, que gradativamente aumentava a desconfiança dos investidores internacionais nos chamados *países emergentes*) vinha mantendo a sua política de elevação de taxas de juros, para enfrentar o que dizia ser uma “crise sistêmica”. Mesmo assim, continuava a perder, de forma acelerada, as suas reservas internacionais (registrando que em abril de 1998 o país tinha um saldo de US\$ 74 bilhões de reservas). Era previsível, nesse cenário, que o Brasil se encaminhava para uma crise econômica sem precedentes na sua história e que certamente, pela dimensão da economia brasileira, iria produzir reflexos sobre a economia do continente americano e mundial.

O governo brasileiro, mesmo consciente de que a moeda nacional poderia sofrer um ataque especulativo, diante dos indicadores negativos da economia, manteve-se irredutível ao longo de 1998, negando-se a reduzir as taxas de juros e permitir que o Real alcançasse uma cotação realista (visto que os estudos econômicos indicavam que a moeda se encontrava sobrevalorizada). No segundo semestre de 1998, a Rússia, ao deixar de honrar os seus compromissos com os credores externos, declarando uma moratória unilateral, deflagrou um sinal de alerta no mundo, fazendo com que os investidores comessem a fugir dos mercados denominados “emergentes”. Os efeitos desse pânico mundial provocou sensíveis perdas nas reservas internacionais do país (estima-se que somente em janeiro de 1999 as perdas foram de cerca de US\$ 22 bilhões). Foi nesse contexto que o FMI e os países do G-7, especialmente os Estados Unidos, decidiram fazer um empréstimo ao Brasil, no valor de US\$ 41,5 bilhões, para permitir a defesa da moeda brasileira.

A decisão de emprestar dinheiro ao Brasil pelo FMI, para evitar que a economia brasileira fosse arrastada pelo turbilhão da crise econômica internacional (que já havia afetado vários países da Ásia e a Rússia), foi adotada num contexto em que estavam em jogo grandes interesses econômicos, especialmente dos bancos internacionais que detinham grandes investimentos no Brasil. É perceptível que os grandes beneficiários do empréstimo do FMI ao Brasil foram os banqueiros internacionais com inversões no país, especialmente os banqueiros norte-americanos, pois, diante da crise, queriam que o país mantivesse o seu tipo de câmbio, considerando que isso lhes daria tempo para retirar o seu dinheiro.

Com a eminência de uma crise econômica que poderia vir a criar instabilidade em nível global (e que tinha chegado ao Brasil, em setembro de 1998), realizou-se em Washington, EUA, em outubro de 1998, a assembléia anual conjunta do FMI, BIRD e BID, além dos representantes dos países ricos (G-7), que tinha como principais itens da pauta: a busca de solução de emergência para a crise que ameaçava a economia mundial e o início dos debates para encontrar uma solução de longo prazo para resolver o problema. O Brasil teria prioridade nesse esforço, conduzido pelo FMI, para evitar o agravamento da crise. Saiu desse encontro de cúpula a promessa de que o país receberia um

empréstimo do FMI, na forma de fundo emergencial. Ficou estabelecido, na ocasião, como uma decisão da equipe econômica, que o governo brasileiro não faria uma desvalorização do Real.

Em que pese o Brasil ter recebido o sinal positivo de que receberia um pacote de ajuda do FMI, para enfrentar o ataque especulativo contra o Real, e que não iria desvalorizar a sua moeda, a pressão no final de 1998 tornou-se insustentável, provocada pela perda de reservas, que colocava em risco a possibilidade de o país continuar honrando seus compromissos no exterior. Isso forçou o governo brasileiro a mudar a política cambial, desvalorizando a moeda (anunciada pelo Banco Central do Brasil no dia 12 de janeiro de 1999). A crise especulativa foi tão forte que somente no dia 29 de janeiro o Real chegou a se desvalorizar 79%, num clima de insegurança e de rumores sobre o risco de um confisco, o que provocou uma corrida aos bancos.

A fuga acelerada de capitais e o nervosismo nos mercados obrigaram o governo brasileiro, que possuía em abril de 1998 um saldo de US\$ 74 bilhões em reservas, a gastar, daquele período até junho de 1999, cerca de US\$ 54 bilhões de suas reservas internacionais (considerando o empréstimo de US\$ 20 bilhões obtido junto ao FMI), o que reduziu o seu total para US\$ 40,4 bilhões em maio de 1999, conforme demonstra a tabela 15, apresentada a seguir.

Tabela 15. COMPORTAMENTO DAS RESERVAS CAMBIAIS DO BRASIL - 1994/1999	
Em US\$ bilhões	
Conceito de caixa (*)	
1994	36,4
1995	50,4
1996	59,0
1997	51,3
1998	43,6
1999(**)	40,4

Fonte: Banco Central do Brasil  
 (\*) No fim do período  
 (\*\*) Em junho

Nos termos do acordo firmado pelo Brasil com o FMI (organizado num pacto de ajuda internacional), que proporcionou ao país um empréstimo no valor de US\$ 41,5 bilhões, a ser liberado em parcelas, estabeleceram-se diversas metas indicativas e os critérios de desempenho da economia brasileira, como: crescimento do PIB, superávit comercial, déficit nominal (% do PIB), déficit primário, dívida líquida do setor público, déficit em transações correntes, investimento direto, receita de privatização, reservas líquidas e cotação do dólar em dezembro de 1999.

Entre as exigências do acordo do Brasil com o FMI, uma das metas mais difícil de ser alcançada pelo governo brasileiro em 1999 é a redução do déficit em transações correntes do Balanço de Pagamentos. A diminuição da vulnerabilidade nas contas em dólares, é importante alertar, é uma condição para o refinanciamento da dívida externa e o restabelecimento de linhas de crédito comercial do país.

É importante ressaltar que esses tipos de empréstimos feitos pelo FMI são usados para poder pagar os investidores estrangeiros, ou seja, mediante um mecanismo direto ou indireto. Ocorre indiretamente quando o Banco Central vende dólares no mercado de divisas. Diante de uma situação como essa, são os contribuintes brasileiros que mais terão a perder, visto que nos termos desses acordos são definidas metas e critérios de desempenho para a economia do país, como corte de fundos sociais e outros gastos essenciais ao desenvolvimento, para garantir o pagamento do crédito concedido pelo FMI.

Assim, o governo brasileiro, depois de ter conduzido a economia rumo a uma forte recessão e de haver incorrido em enormes dívidas, em função do pagamento de taxas de juros muito elevadas, diante da pressão dos especuladores monetários internacionais, e após consultar o FMI, abandonou a defesa de sua moeda, em janeiro de 1999. Dessa forma, foi alterado o sistema cambial do país, que

deixou de ser o de bandas cambiais, passando para o sistema de flutuação cambial (flutuação suja).

## *5.2. Principais compromissos do governo brasileiro no acordo com o FMI*

Entre os compromissos firmados pelo governo brasileiro no acordo com o FMI (veja a esse respeito a íntegra da terceira avaliação do acordo com o FMI, Brasília, Ministério da Fazenda, 5-6-99), deve-se destacar os seguintes:

1. Reduzir o gasto com a folha salarial do funcionalismo. Novas medidas para enxugar o número de funcionários públicos na administração federal;

2. Manter os preços dos derivados do petróleo alinhados com o mercado internacional e com a cotação do dólar no mercado interno;

3. Implementar as medidas autorizadas pela Reforma da Previdência para compensar o menor crescimento dos benefícios pagos pela população;

4. Conter despesas com programas remanescentes de subsídios parciais e impor novos limites para gastos correntes e investimentos conforme disponibilidade de recursos;

5. Dar seqüência à reforma do sistema previdenciário, com apresentação de projetos de lei para alterar os regimes de aposentadorias dos autônomos, trabalhadores rurais e militares.

Dessas metas do acordo firmado com o FMI, a mais preocupante, do ponto de vista social e político, é a que trata da eliminação do déficit público e a exigência de apresentação de superávit nas contas públicas no período de 1999/2001. Os efeitos desse acordo do Brasil com o FMI estão provocando reflexos perversos sobre a sociedade como um todo, em decorrência da queda na atividade econômica e elevação do nível de desemprego, aumentando assim a exclusão, pobreza e violência no país, além de causar desgaste, desarticulação política e queda na popularidade do governo.

## 6. Críticas à instituição FMI

As críticas à instituição FMI, amplamente compartilhadas pela maioria dos analistas da economia mundial, coincidem nos seguintes pontos:

a) O FMI, como o Banco Mundial, foi concebido para proporcionar aos Estados Unidos um controle completo de suas intervenções. Ao rechaçar a opção de um banco central mundial defendida por Keynes, os EUA preferiram uma instituição mais débil, em situação de dependência, a uma que pudesse ser mais eficaz, na qual os EUA tivessem, porém, que compartilhar a responsabilidade com outros países.

b) Apesar da lógica contida claramente em seu mandato inicial, o FMI não tem sido capaz de obrigar as grandes potências capitalistas (especialmente os Estados Unidos), ainda que evidenciassem superávits ou déficits, a realizarem ajustes estruturais tão duros como os que impõe aos países subdesenvolvidos. A explicação se encontra no que foi afirmado no parágrafo anterior;

c) Em suas relações com os países subdesenvolvidos, o FMI não tem perseguido o objetivo de prevenir níveis demasiado altos de endividamento, como os dos anos setenta, ou, em consequência, reduzir a dívida. Sua tarefa consiste em gerir a dívida impondo ajustes estruturais desenhados com esse único propósito, pagar o serviço da dívida, mesmo quando esses ajustes possam ser prejudiciais para o crescimento econômico.

A crítica que se faz à atuação dos dirigentes dos citados órgãos supranacionais – FMI e BIRD – e governo dos EUA, traduzida pela hegemonia de suas decisões e interferências, é bastante clara em relação ao caso da crise econômica do Brasil na atualidade. É evidente que os autoritários tecnocratas dessas instituições tomam como base a premissa de que aqueles que ocupam altos cargos oficiais sabem mais que o resto da sociedade e, portanto, não só têm o direito mas a obrigação de impor seus superiores conhecimentos.

Por recomendação do FMI, BIRD e governo dos EUA, a política econômica que está sendo adotada pelo governo do Brasil está impregnada de erros no campo da política, na medida em que está sendo implementada de forma desvinculada da política social. A implementação simultânea dessas duas políticas é uma condição, necessária para a manutenção da governabilidade do país. Na medida em que essa preocupação com o social não é levada em consideração, a democracia começa a ficar ameaçada. E, nesse caso, pergunta-se: estamos frente à segunda forma de morte da democracia, observada por O'Donnell, ou seja, o método mais sutil e seguro para os inimigos da democracia, que é terminá-la lentamente, mediante o agravamento dos problemas sociais e da exclusão, que permitirá a erosão gradual das liberdades, garantias e processos que são vitais para a sobrevivência da democracia?

## 7. A eficácia, legitimidade e efetividade de um sistema político

Os mecanismos existentes no Brasil, em termos de informações, são deficientes e, portanto, não se pode perceber qual é o grau da situação dos setores afetados (o que, muitas vezes, leva a uma situação insuportável para a sociedade, em setores vitais como a seguridade social, educação, comunicações, reforma agrária, etc.). Nesse ponto, três dimensões que caracterizam um sistema político cobram importância: sua eficácia, sua legitimidade e sua efetividade. Dessa forma, o governo do Brasil está frente à questão examinada por Lipset (1959) e complementada por Linz (1987), de que a estabilidade de um sistema democrático depende de sua eficácia, de sua legitimidade e de sua efetividade.

Assim, diante do agravamento da crise econômica, o Brasil se depara com um cenário de queda na atividade econômica, com elevada taxa de desemprego, com

grandes incertezas no setor externo e a popularidade do presidente do país no seu nível mais baixo desde o lançamento do plano Real, em 1º de julho de 1994. O governo está enfrentando sério desgaste e desarticulação política em sua base de partidos aliados, o que dificulta os avanços que o programa de estabilização exige.

Assim, torna-se importante questionar: a crise econômica que afeta o Brasil, na atualidade, representa uma ameaça à governabilidade e, portanto, à estabilidade da democracia brasileira? Os decisores que se ocupam da crise econômica do Brasil (FMI, BIRD e governos dos EUA e do Brasil) estão preparados para encontrar solução para a crise política?

#### *8. A aplicação da receita do FMI no Brasil*

O Brasil vem suportando, desde a assinatura do acordo com o FMI, em novembro de 1998, a orientação clássica do FMI para sair de uma crise econômica e financeira, que se traduz pela aplicação de políticas e medidas de máxima austeridade. Para garantir que o organismo continue desembolsando as ajudas financeiras acordadas de US\$ 41,5 bilhões, o governo brasileiro se comprometeu a obter um superávit primário (receitas menos gastos, exceto os juros da dívida pública) de 2,6% do PIB em 1999. Com a revisão do acordo com o FMI, o governo brasileiro está prometendo aumentar esse superávit para 3,1% do PIB em 1999, 3,3% no ano 2000 e 3,4%, em 2001. Isso representa uma redução no orçamento de 1999 de R\$ 30,018 bilhões.

A receita clássica do FMI, independente das especificidades e peculiaridades sociais, políticas e econômicas de cada país, é aplicada mediante a redução drástica das despesas orçamentárias. Dessa forma, busca garantir a estabilidade econômica e a taxa de inflação do país relativamente baixa, com vista a sinalizar para os investidores que o país pode honrar seus compromissos. Não leva em

consideração, no entanto, que as exigências impostas aos países sob a sua tutela causam enormes sacrifícios sociais para garantir que o país permaneça integrado à economia mundial.

Para uma corrente significativa de economistas brasileiros, é possível promover o desenvolvimento mesmo com as contas públicas em desequilíbrio. Reis Velloso (Forúm Nacional debate rumos da economia brasileira, entrevista, revista ABAMEC, julho de 1999, p. 3-6), ao levantar a questão de como acertar as contas públicas e, ao mesmo tempo, promover o desenvolvimento brasileiro, afirma que é possível, enquanto se faz

“o ajuste fiscal, acerta-se o câmbio, mantém a austeridade monetária, além de ter de cuidar de todos os outros elementos básicos para poder, progressivamente, aumentar o nível de atividade e, mais adiante, ter um novo ciclo de crescimento sustentado”.

Os elementos básicos são: aumento de exportações para ficar com um déficit na conta corrente que seja sustentável; reduzir progressivamente a taxa de juros; cuidar do problema da poupança e adotar políticas estruturais adequadas para que o desenvolvimento industrial se realize com competitividade e se possa fazer substituições de importações; criar novas linhas de produtos para diversificar a pauta de exportação e atender a expansão da demanda interna. Tudo isso dentro de uma estratégia bem definida, visando inclusive dar à sociedade uma idéia de para onde o país está-se direcionando.

O FMI, ao estabelecer superávits primários, como os impostos ao Brasil, no período de 1999/2001, sinaliza para os mercados que o país pode honrar o serviço da dívida pública. Dessa forma, ao aceitar os termos do acordo do FMI, o Brasil voltou a recuperar o crédito internacional, que, entre outros indicadores econômicos negativos, vinha sendo afetado pela elevação da dívida em relação ao PIB até 1998. Com o aumento da credibilidade do

país, esperava-se que, a curto prazo, fossem reduzidas as taxas de juros, com vistas a estimular os investimentos privados a voltarem a contribuir para o crescimento econômico. Isso não vem ocorrendo, por imposição do FMI, o que está agravando o quadro social do país, em termos de exclusão, pobreza e violência.

As metas estabelecidas no acordo do Brasil com o FMI contêm algumas diretrizes clássicas de como fazê-lo, em particular a que obriga o governo a subir as taxas de juros e reduzir ao máximo o gasto. Só assim, acreditam os decisores dessa instituição, lograr-se-á a tão ansiada estabilização do Real e a volta da normalidade do mercado. Porém, é importante não esquecer que a recessão da atividade econômica, em função da aplicação da receita do FMI, tem provocado efeitos perversos sobre as populações nos diversos países asiáticos em que foi aplicada, pela redução drástica do gasto e as elevadas taxas de juros. Esses efeitos negativos advindos das imposições do acordo com o FMI começam também a ser sentidos pela sociedade brasileira.

Emir Sader (1999: 6), ao tratar do tema dos efeitos da globalização, afirma que

“se vamos virar o milênio na recessão, no desemprego, não é pela globalização mas principalmente pelo acordo assinado com o Fundo Monetário Internacional. Agora, o que se pode fazer para enfrentar o desafio é impedir que seja apenas uma globalização financeira, das grandes corporações. Isto porque ela se dá em função dos grandes agentes da globalização que são os megamercados mundiais no hemisfério Norte (Ásia, Europa e Estados Unidos). Cabe ao hemisfério Sul ganhar força para negociar coletivamente e abrir outros espaços – do tipo livre circulação da força de trabalho pelo mundo afora – para que seja uma internacionalização de mão dupla”.

É importante observar que o aumento acelerado da recessão e do desemprego, em meio à deterioração dos serviços públicos, criou as condições básicas que favorecem e estimulam a prática de violações massivas de direitos. É muito estreita a fronteira que existe entre o descumprimento de direitos sociais e o desrespeito aos direitos humanos. Assim, onde existem altos níveis de desemprego, a violência também está presente em níveis intoleráveis, visto que são fenômenos que se interligam.

A preservação de uma rede de proteção social, garantindo o atendimento das necessidades básicas dos grupos mais vulneráveis, como crianças, adolescentes, indígenas, desempregados, incapacitados, atendidos por meio de políticas de seguro desemprego, programa de renda mínima, bolsa escola, entre outros, é medida de fundamental importância para a governabilidade do país. A sobrevivência da democracia brasileira está vinculada à preservação dos direitos sociais, mediante implementação de políticas econômicas estruturais, orientadas para resolver as causas das desigualdades e da miséria, bem como para assegurar a assistência às populações que estão sendo excluídas em virtude dos efeitos das políticas ajustadas aos interesses econômicos vigentes no mundo.

### *8.1. Déficit primário, taxas de juros real e variação cambial no Brasil*

Os efeitos da elevação das taxas de juros, conforme demonstra a tabela 16, apresentada a seguir, estão-se refletindo muito forte no crescimento da dívida pública no Brasil. Essa política, adotada para resolver riscos sistêmicos, e que foi adotada de forma irrestrita após a implementação do plano Real, chega ao final de 1998 no patamar de 43% em relação ao PIB. A continuidade do crescimento dessa dívida, conjugada com o seu prazo de vencimento (que é muito curto), é uma questão muito preocupante para o futuro

da sociedade brasileira. O indesejável agravamento da crise no futuro (com uma perda de confiança na economia brasileira) levaria o governo a perder a capacidade de gerir a dívida, na medida em que os investidores passem a recusar a rolar os

títulos que o governo coloca no mercado para se financiar. A única saída que o governo teria seria a sua monetização, o que provocaria uma enorme desorganização da economia, com a hiperinflação que ocorreria a seguir.

Tabela 16. DÍVIDA LÍQUIDA DO SETOR PÚBLICO (Síntese)	
Período 1994/1999	
	Em R\$ bilhões
1994	153,1
1995	208,4
1996	269,1
1997	308,4
1998	388,6
1999 (*)	500,7

Fonte: Banco Central do Brasil  
(\*) Em fevereiro

O crescimento exponencial da dívida pública brasileira, conforme indica a tabela 17, a seguir, está relacionado a três variáveis, das quais a dívida pública depende: déficit primário, taxa de juros real e variação cambial real. Analisando as previsões para essas três variáveis, levando-se

em consideração as metas estabelecidas no acordo com o FMI, pode-se prever os sacrifícios que serão exigidos da sociedade para o seu cumprimento, pois não existe nenhuma possibilidade de se obter um superávit primário que seja capaz de arrefecer os efeitos que os juros têm sobre a dívida.

Tabela 17. FATORES QUE COMPÕEM A DÍVIDA PÚBLICA DO BRASIL				
Evolução – Período de 1995/1998				
	1995	1996	1997	1998
Déficit primário (% do PIB)	-0,4(*)	0,1	0,9	0,0
Taxa de juros interna Selic (**)	33,1	16,6	16,0	26,9
Variação cambial (**)	0,2	-2,2	-0,1	5,9

(\*) Os valores negativos representam superávit.  
(\*\*) Média percentual anual deflacionada pelo IGP.

Fonte: Banco Central do Brasil

Diante desse cenário preocupante, em que o Estado vem fazendo nos últimos anos o ajuste mais precário possível (especialmente após o plano Real, e mais recentemente com as exigências do acordo com o FMI), constata-se que está sendo gerado um excedente de recursos, mas em contrapartida estão sendo comprometidos outros

setores importantes para o país. Dessa forma, para alcançar a estabilidade da economia, que depende da confiança dos investidores externos no país, que tendem a tomar as suas decisões em função da melhoria e da sustentabilidade do resultado primário da dívida pública, a saída é a continuidade das reformas estruturais do país.

## 8.2. As reformas estruturais: tributária, da previdência e administrativa

É um consenso entre os especialistas na matéria que a crise que vem atravessando o Brasil é decorrente, em grande parte, de um desequilíbrio das contas públicas, causado por uma dicotomia entre receitas e despesas, o que leva o governo a promover, a cada ano, constantes ajustes fiscais de natureza causuística, por meio de aumento de alíquotas ou criação de novos impostos, impondo uma carga tributária crescente, onerando demasiadamente a produção (o que dificulta a geração de empregos), o que reflete no desenvolvimento econômico e social do país. Assim, constata-se que a deformação do sistema tributário brasileiro é decorrente, entre outras razões, da aprovação de matérias tributárias isoladas que são impostas sempre que há crises de financiamento nas contas públicas.

A título de comparação, deve-se registrar que a carga tributária brasileira em 1998 atingiu 29,84% do PIB, o que coloca o país numa posição próxima dos países desenvolvidos, conforme a tabela 18, apresentada a seguir, como os EUA, com 29,7% do PIB; Alemanha, com 44,2% do PIB; França, com 45,3% do PIB; Espanha, com 36,2%; e Japão, com uma relação de 21,0% do PIB. A contrapartida dessa carga tributária cobrada pelo Estado brasileiro, quando comparado com os países do primeiro mundo, é a baixa qualidade dos serviços públicos que retorna, em termos de bens e serviços públicos que são ofertados à população. Por sua vez, o sistema tributário brasileiro é demasiadamente complexo, ineficiente, injusto e aberto a todo tipo de sonegação, fraude e de corrupção. É perceptível, também, que a administração fiscal brasileira é muito onerosa para o governo e o contribuinte.

TABELA 18. CARGA TRIBUTÁRIA E RENDA PER CAPITA (\*)

Países	Carga tributária efetiva	
	(% do PIB)	Renda per capita (US\$)
Hungria	49,5	3.176
Polônia	46,7	1.957
Brasil (*)	29,8	4.776
África do Sul	27,9	3.077
Alemanha	44,2	19.948
França	45,3	23.084
Espanha	36,2	14.773
Chile	19,9	3.730
Índia	17,	306
Estados Unidos	29,7	24.325
Coréia do Sul	17,9	8.540
Argentina	15,3	4.343
Gana	12,7	367
Japão	21,0	22.857

Fonte: Confederação Nacional da Indústria – CNI  
(\*) Os dados referentes ao Brasil são de 1998; para os demais países, os dados são de 1996.

Deve-se registrar que a carga tributária indica quanto as pessoas físicas e as empresas pagam para a União, estados e municípios por meio de impostos e contribuições, incluindo despesas com o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço – FGTS e a contribuição para o salário-educação. As receitas arrecadadas em 1998 (dados da Secretaria da Receita Federal – SRF) pela União, estados e municípios foram de R\$ 269,04 bilhões, ou seja, 29,84% do PIB. As informações da SRF indicam que houve

um pequeno aumento de carga tributária em 1998 em comparação com 1997, quando ela ficou em 29% do PIB. Deve-se ressaltar que os tributos arrecadados pela União em 1998 corresponderam a uma carga tributária de 20,69% do PIB. A carga tributária dos estados foi de R\$ 70,99 bilhões, equivalente a 7,87% do PIB; e a dos municípios, R\$ 11,49 bilhões, que correspondeu a 1,28% do PIB. Veja, na tabela 19, a seguir, o comportamento da carga tributária do Brasil no período de 1994–1998.

	Em % do PIB
1994	29,46
1995	29,74
1996	28,96
1997	29,00
1998	29,84
1999(*)	29,50

Fonte: Secretaria da Receita Federal – SRF, do Ministério da Fazenda.  
(\*) Estimativa

Por sua vez, o quadro de ineficiência do sistema tributário brasileiro pode ser avaliado pela composição atual da receita de Imposto de Renda do país, em que 40% desse imposto é recolhido por pessoas jurídicas, num total de R\$ 11,9 bilhões, e 48% por pessoas físicas (assalariados), que representa R\$ 14,65 bilhões. Conforme os dados divulgados pela Secretaria da Receita Federal, circulam no país anualmente cerca de R\$ 825 bilhões sem pagar imposto, a partir de brechas da lei ou em decorrência de sonegação. Verificou ainda a SRF, em relação a 1998, que cerca de 50% das 530 maiores empresas (industriais ou comerciais) não recolheram nenhum valor de imposto, agravado pelo fato de que 43% das maiores empresas financeiras do país foram isentas de pagar imposto de renda.

Nesse sentido, o que a sociedade brasileira espera é que a reforma fiscal se materialize sob a forma de eficiência e

eficácia nos gastos públicos (do lado da redução das despesas) e em incentivo à produção e à geração de empregos (do lado do sistema de tributação), visto que o sistema de arrecadação de impostos no Brasil contribui de forma significativa para emperrar a competitividade do setor produtivo do país.

Assim, reconhece-se que, das reformas estruturais em discussão no Congresso Nacional, a mais significativa é a reforma tributária, que tem como objetivo principal viabilizar a modernidade da economia, por meio da busca da eficiência tributária e fiscal do país. Nesse sentido, é importante que o setor privado seja desonerado, eliminando impostos em cascata e optando por tributos mais racionais, de forma que se reduza a carga tributária e promova correções das distorções setoriais, que impedem que a economia brasileira seja mais competitiva. A busca do aumento da

eficiência do sistema, que representa uma medida importante, no longo prazo, torna os setores mais competitivos, refletindo no crescimento e na geração de mais empregos.

No contexto da discussão da reforma tributária, torna-se necessário melhor explicitar alguns dos princípios básicos mencionados, tais como:

1. *substituir, quando possível, os impostos declaratórios pelos impostos não declaratórios, consagrando os impostos seletivos (que são mais fáceis de arrecadar e difíceis de sonegar), incidentes sobre a mais ampla base tributária, inclusive a economia informal;*

2. *eliminar os tributos em cascata, que oneram os produtos de maior valor agregado e distorcem os cálculos econômicos da produção;*

3. *desonerar as exportações de produtos primários, semi-elaborados ou manufaturados e de serviços, assim como as transações relativas a investimentos fixos produtivos;*

4. *aperfeiçoar os mecanismos da arrecadação dos tributos com base no valor agregado, mediante simplificação do sistema de compensação e de crédito fiscal;*

5. *simplificar ou mesmo eliminar os tributos interestaduais que criam barreiras nas divisas entre os Estados da Federação e complicam o sistema de crédito fiscal; e*

6. *submeter à legislação e à disciplina federal as normas tributárias, a fim de impor limites às alíquotas e de impedir a desagregação do sistema e as guerras fiscais entre os Estados.*

Dessa reforma tributária, é importante que venha surgir um novo pacto federativo, no qual seja concedida maior autonomia aos estados e municípios, tanto em relação aos impostos de sua competência, quanto à autoridade para arrecadá-lo. Por outro lado, o equilíbrio financeiro do setor público exige o fim dos sistemáticos empréstimos da União aos estados e municípios para cobrir déficits fiscais, de forma que as três esferas de governo passem a sobreviver às custas de seus próprios recursos.

### 8.3. *As medidas utilizadas para assegurar a regeneração fiscal*

Quando se discute qual o conjunto de medidas que devem ser utilizadas para assegurar que o país possa vir a obter superávit nas suas contas primárias (o que se denomina regeneração fiscal), constata-se que a ênfase, na atualidade, está centrada mais do lado da despesa e menos no aumento da receita (visto que uma reforma tributária, no seu período de transição, pode provocar perda de arrecadação e com isso vir a criar dificuldades para o atingimento da meta de superávit primário).

É perceptível que a sociedade brasileira não está disposta a pagar mais tributos. Por outro lado, exige que o Estado amplie e melhore os serviços públicos ofertados. O Estado, por sua vez, está consciente de que precisa melhorar os serviços, planejar melhor as suas atividades, usar melhor os recursos disponíveis, estabelecendo prioridades, bem como aumentar os recursos para as ações finalísticas. Nesse sentido, deve-se registrar que o orçamento brasileiro para 1999 é de cerca de R\$ 200 bilhões, dos quais R\$ 60 bilhões são para pagar benefícios previdenciários, R\$ 52 bilhões para pessoal e cerca de R\$ 40 bilhões são transferências constitucionais. Essa rigidez do orçamento, em termos de vinculação das receitas, associada à necessidade de atingir uma meta fiscal, faz com que os recursos que sobram para as ações finalísticas sejam muito reduzidos. O total de investimentos previstos para 1999 é de apenas R\$ 6 bilhões.

Assim, diante da necessidade de diminuir as despesas públicas, tem o governo a necessidade de aprofundar as reformas administrativas e da Previdência. O desequilíbrio nos sistemas previdenciários dos servidores da União, estados e municípios é um dos principais obstáculos ao ajuste das contas públicas e à sustentabilidade da política fiscal. Os estudos que tratam da matéria para o ano de 1998

indicam uma necessidade de financiamento consolidada para as três esferas de governo da ordem de R\$ 34,4 bilhões, que, acrescidos do déficit do Regime Geral de Previdência Social, chegam a um total de cerca de R\$ 41,6 bilhões. Deve-se registrar que o governo dispõe de instrumentos legais aprovados pelo Congresso Nacional que permitem colocar em disponibilidade e demitir servidores públicos. Essa medida, em tese, poderia vir a resolver o problema, sob o enfoque da política de redução de gastos (nos termos do acordo do FMI). Numa economia em recessão, como é o caso da brasileira, os efeitos dessas medidas irão contribuir para aumentar ainda mais a instabilidade social.

#### *8.4. Os fundamentos da lei de responsabilidade fiscal do Brasil*

Como decorrência da aprovação pelo Congresso Nacional da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que tratou da reforma administrativa do Estado brasileiro, está sendo regulamentado em parte o art. 163 da Constituição Federal, mediante projeto de Lei Complementar, na qual estão sendo estabelecidos princípios fundamentais e normas gerais de gestão fiscal ditas responsáveis, aplicáveis aos três Poderes das três esferas da administração, incluindo entidades estatais custeadas pelos Tesouros. Regula, ainda, o art. 169 da CF, que trata de despesas de pessoal.

Busca o governo brasileiro, com a aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal, introduzir na administração pública conceitos novos, entre os quais os de responsabilidade e de transparência, e consolidar normas e regras de austeridade nas finanças públicas já contidas em dispositivos constitucionais, leis e resoluções do Senado Federal. O projeto de lei define conceitos e critérios para o atendimento de limites a serem observados para as principais variáveis fiscais e cria mecanismos que oferecem as condições

para o cumprimento dos objetivos e metas fiscais, assim como formas de correção de eventuais desvios. As principais variáveis são o endividamento público, o aumento dos gastos com seguridade e com as demais ações de duração continuada e os gastos de pessoal. Para tornar efetiva a lei, estão previstas sanções e penalidades institucionais e responsabilidades pessoais (em projeto de lei ordinária que se encontra em tramitação no Parlamento) para governantes e administradores, quando forem desobedecidas as normas e os limites previstos na lei.

É necessário ressaltar que a adoção de um código de condução de política fiscal semelhante aos existentes em outros países ou regiões do mundo, como os EUA, União Européia, Nova Zelândia, é a justificativa contida na proposta do governo para solicitar ao Parlamento a aprovação de uma Lei de Responsabilidade Fiscal para o país, a qual o governo espera ver aprovada no Congresso Nacional até o final da atual legislatura. A adoção dessa Lei integra os termos do acordo firmado pelo Brasil com o FMI, no sentido de atender à determinação de redução das despesas públicas.

Armínio Fraga, presidente do Banco Central do Brasil (Correio Braziliense, 20.07.99, p. 14), ao defender a importância da aprovação da lei de responsabilidade fiscal pelo Congresso Nacional, observou que “é a lei necessária para que o país tenha um verdadeiro orçamento, pela primeira vez. No Brasil, as coisas ocorrem de maneira pouco transparente. É preciso reverter essa situação”.

Assim, pretende o governo brasileiro normatizar as finanças públicas em função da geração de saldos primários positivos, num contexto em que estão sendo considerados apenas os aspectos que buscam dar estabilidade à economia e, dessa forma, dar credibilidade ao plano Real, demonstrando aos investidores internacionais que o país dispõe dos meios necessários para promover o ajuste fiscal,

reduzir os gastos e gerar superávits, bem como conter o endividamento público. Nesses ajustes, em que não estão sendo consideradas as políticas sociais, está o disciplinamento dos estados e municípios e dos poderes executivo e legislativo das três esferas de governo, bem como a fixação de subteto para os gastos de seguridade social.

#### 8.5. As distorções na execução orçamentária de projetos da área social

Deve-se registrar que a não-execução orçamentária de projetos da área social e em outros setores essenciais para o desenvolvimento foi a forma encontrada pelo governo para obter o superávit primário no primeiro quadrimestre de 1999, para atender os termos do acordo firmado com o FMI. A Execução orçamentária da União, no período de janeiro a 15 de maio de 1999, conforme os dados da Secretaria do Tesouro Nacional, quando observada pelo Grau de Natureza de Despesa, indica um superávit primário (menos juros e encargos da Dívida) no valor de R\$ 9,57 bilhões (período de janeiro/abril de 1999), que é superior ao acordado com o FMI nestes

meses do ano. Quando comparados os gastos com investimentos com o pagamento de juros e encargos da dívida pública, verifica-se que, enquanto para investimentos foram liberados apenas R\$ 360,6 milhões, ou seja, 4,13% do total de R\$ 8,73 bilhões previstos no orçamento aprovado pelo Congresso Nacional, para o pagamento de Juros e Encargos da Dívida Pública, do total previsto de R\$ 50,17 bilhões, já foram pagos R\$ 21,06 bilhões, o que representa 41,98 % do que foi previsto no orçamento para 1999.

Os estados e o municípios brasileiros foram significativamente sacrificados com os cortes nos investimentos da União no primeiro semestre de 1999. Quando feita uma comparação entre as aplicações diretas da União, transferência a estados e municípios para investimentos no primeiro semestre de 1999, com igual período de 1998, constata-se uma redução que varia de -48% a -95% dos recursos. As maiores perdas ocorreram nas aplicações diretas da União, em que os estados receberam 255,3 milhões a menos e os municípios R\$ 112,9 milhões a menos, conforme se comprova da leitura da tabela 20.

Tabela 20. DESPESAS COM INVESTIMENTOS NO BRASIL

(Aplicações diretas da União, transferências a estados e a municípios)  
Comparação: 1º semestre 98/1º semestre 99

Em R\$ milhões

	1º semestre de 1998	1º semestre de 1999	Variação
Aplicações diretas da União	1.100,0	567,8	-48
Transferências a Estados e Distrito Federal	341,2	85,9	-75
Transferências a Municípios	118,3	5,4	-95

Fonte: Siafi

Com base nos citados dados que informam a execução financeira do orçamento, sob a responsabilidade da STN, constata-se que, nos primeiros quatro meses de

1999, apenas 4,13% dos investimentos destinados a promover o crescimento econômico do país previstos no orçamento foram executados. É previsível, caso se

mantenha a tendência dos cortes orçamentários, por recomendação do FMI, no período de 1999/2001, que os seus efeitos serão danosos para a sociedade, no curto e médio prazo.

Em relação às expectativas de alocação de recursos orçamentários para investimentos em políticas sociais para o ano 2000, deve-se registrar que a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, aprovada pelo Congresso Nacional em junho de 1999, estabelece, no seu art. 18, uma meta de superávit primário de 2,7% do PIB, visando atender às exigências do acordo com o FMI. Esse superávit primário de 2,7% do PIB representa um valor entre R\$ 25 e R\$ 28 bilhões, que teriam de ser extraídos de um montante de cerca de R\$ 60 bilhões, aí incluídas as receitas vinculadas à educação e às ações de saúde e ao benefício assistencial de um salário mínimo para idosos e pessoas portadoras de deficiência física. O impacto da realização desses elevados cortes irá recair nas despesas públicas que mais diretamente atendem à população carente, a pretexto de assegurar a estabilidade dos níveis inflacionários para, num futuro indefinido, promover o crescimento econômico do país.

### *9. A nova ordem internacional*

É perceptível por todos – políticos, empresários, intelectuais e sociedade – que os fatos decorrentes do fenômeno da globalização induzem mudanças na ordem econômica internacional e que essas mudanças nem sempre são boas para a sociedade. Frente a essa realidade, pergunta-se: para que a democracia sobreviva na economia globalizada, requer-se uma nova ordem internacional?

Essa questão está baseada especialmente nos reflexos que a crise econômica mundial tem provocado nos Estados-Nação neste final de século. A crise instalada na economia mundial, que ameaça provocar uma recessão generalizada, exceto nos EUA, põe em discussão o

fenômeno e os efeitos da globalização, (cujos dados mais recentes revelam que a recessão afeta atualmente 30% da economia mundial e que a região latino-americana crescerá em 1999 menos de 1,5%). A crise asiática se somou à crise da Rússia, provocando a propagação de efeitos indesejáveis sobre os países latino-americanos, sendo que no Brasil os efeitos dessa crise estão evidentes desde o último trimestre de 1998, refletidos na necessidade de elevação das taxas de juros, na desvalorização do Real, na queda da atividade econômica, que está refletindo no aumento da exclusão, da pobreza e da violência.

Sobre a globalização assimétrica que vem sendo imposta ao planeta, o relatório sobre o Desenvolvimento Humano divulgado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, edição de 1999, observa que

“os mercados não são nem a primeira nem a última palavra no desenvolvimento humano. Muitas atividades e bens essenciais ao desenvolvimento são fornecidos fora dos mercados, mas estão sendo gradualmente eliminados pela pressão da concorrência internacional”.

Verifica-se, a partir da constatação das conclusões dos diversos fóruns de debate sobre o tema, que existe um quadro de apreensão mundial sobre a natureza e as conseqüências do atual modelo de capitalismo global, fundado na liberalização dos mercados, na desregulamentação da economia e na privatização. A principal conclusão do debate dessa matéria, por parte dos estudiosos que se opõem a esse modelo de globalização, é de que esse sistema é insustentável do ponto de vista econômico, político, social, cultural e ambiental, o que o desqualifica como opção de futuro para as sociedades mundiais.

Para Noam Chomsky, o grande perigo que ronda a humanidade na atualidade é representado pelo poder privado, por entender que, na medida em que o Estado

for diminuído, é esse poder que crescerá. Por sua vez, Antony Giddens, em defesa da *terceira via*, na qual rechaça as duas filosofias políticas do pós-guerra: a velha social-democracia keynesiana e o fundamentalismo neoliberal (que gerou a globalização da economia), argumenta que a saída é a modernização da social-democracia, com a participação da sociedade civil e das comunidades em projetos integrados para resolver o grave problema das desigualdades estruturais. Em que pese demonstrar simpatia por parte da teoria keynesiana (criação do Estado de Bem-Estar), Giddens é contrário à fórmula proposta por Keynes de aumentar despesas dos governos para aumentar a demanda. Nesse sentido, repudia o assistencialismo dos governos, mas defende uma redistribuição de renda para reincorporar os excluídos na sociedade.

Na esfera política, a avaliação é de que os efeitos desorganizadores desse modelo de economia de mercado se propagam por meio de três vetores principais:

1. o deslocamento das funções de regulação da economia do Estado para os mercados financeiros;
2. o deslocamento dos organismos de representação da cidadania, em especial dos parlamentos, pelas empresas privadas; e
3. o descrédito da política e de suas instituições e a marginalização dos cidadãos dos processos de decisão econômica e social.

Nesse sentido, argumenta essa corrente de pensamento que a preservação e o aperfeiçoamento da democracia requerem a reversão desse processo de esvaziamento institucional das instâncias de representação política da população. A construção do futuro e das prioridades sociais deveria pertencer aos cidadãos do mundo e não ao mercado, com suas corporações multinacionais e o capital financeiro. Defendem a implantação de normas reguladoras e controles sobre o capital financeiro que permitam restabelecer a primazia do

político e do cidadão sobre os critérios de rentabilidade do capital e de eficiência privada com que se avaliam, dentro do atual modelo, a utilidade, a eficiência e o próprio direito à vida das pessoas. Para eles, esse enfoque das relações entre a economia e o desenvolvimento democrático e sustentável exige, entre outras providências, um amplo desarmamento financeiro (que só será eficaz se produzido por uma iniciativa ampla e coordenada em nível global).

A revista britânica *The Economist*, de meados de julho de 1999, iniciou uma série de reportagens que visa responder à inquietante pergunta: “há uma crise da democracia”? Os resultados da pesquisa indicam que sim. Em um grupo de 18 países ricos, a confiança nos políticos (e nas instituições de modo geral) está declinando de forma acelerada. Como exemplo, nos EUA, até os anos 50 e 60, cerca de 75% dos pesquisados diziam que podiam confiar no governo a maior parte do tempo. Hoje pouco mais de 10% continuam confiantes a maior parte do tempo. É importante observar, em que pese esses dados, que a revista conclui que não é pessimista a respeito da democracia, por entender que “ela pode estar sendo apenas vítima de seu próprio sucesso”. Como a democracia e a prosperidade andam juntas, no mundo rico, teria crescido a demanda por respostas do Estado, assim como a elevação dos padrões educacionais teria produzido um saudável ceticismo. Sem contar o fato de que, na democracia, o foco da mídia vai para as “falhas do governo que, anteriormente, eram mantidas no escuro”.

Em relação à América Latina, e em particular o Brasil, é perceptível, conforme demonstram os indicadores econômicos e sociais, que a descrença nas instituições é semelhante à dos países ricos, sem que se possa usar como explicação o sucesso da democracia em promover uma prosperidade generalizada e seus saudáveis efeitos colaterais.

### 9.1. Os efeitos da globalização nos países da América Latina

Os indicadores do desempenho da economia latino-americana alertam para o temor de que os riscos que a globalização tende a gerar são maiores que as oportunidades que oferece e suscitam dúvidas sobre a eficácia de políticas econômicas abertas empreendidas com grande esforço pela maioria dos países da América Latina. São tempos de incerteza que traçam as previsões econômicas para a América Latina neste final de século XX, refletem a natureza do processo em andamento e indicam a necessidade de analisar as falhas do modelo da economia mundial e a urgência de introduzir correções mediante ações acordadas em nível mundial.

Celso Furtado observa que

“o processo atual de globalização a que assistimos desarticula a ação sincrônica dessas forças que garantiram no passado o dinamismo dos sistemas econômicos nacionais. Quanto mais as empresas se globalizam, quanto mais escapam da ação reguladora do Estado, mais tendem a se apoiar nos mercados externos para crescer. Ao mesmo tempo, as iniciativas dos empresários tendem a fugir do controle das instâncias políticas. Voltamos assim ao modelo do capitalismo original, cuja dinâmica se baseava nas exportações e nos investimentos no estrangeiro (...) Em suma, o tripé que sustentou o sistema de poder dos Estados nacionais está evidentemente abalado, em prejuízo das massas de trabalhadores organizadas e em proveito das empresas que controlam as inovações tecnológicas. Já não existe o equilíbrio garantido no passado pela ação reguladora do poder público. Disso resulta a baixa participação dos assalariados na renda nacional

de todos os países, independentemente das taxas de crescimento”.

(Furtado, 1998, p. 31)

Ricardo Ffrench-Davis (1998:198), ao tratar do tema *políticas públicas e a globalização econômica*, observa que

*“la globalización, en el sentido de profundización de las corrientes comerciales, de inversión y tecnológicas, ha contribuido a la modernización de los sectores exportadores. El comercio de bienes y servicios y la inversión extranjera crecen rápido. Los países de crecimiento más acelerado, en los años recientes, han tenido un dinámico desarrollo exportador. (...) Pero, saltar de ahí a la conclusión de ‘fin de geografía’ es errado y riesgoso. La globalización es intensa, pero parcial, heterogénea y desbalanceada; excesiva en algunos aspectos e insuficiente en otras. El comercio internacional y la inversión extranjera directa (IED), aun son notablemente menores que el comercio interno y la inversión nacional en el mundo, y en América Latina”.*

O fenômeno da globalização expressa no econômico a internacionalização da produção, das finanças e dos serviços, impulsionada pela revolução da informática, das comunicações, e reflete no político a erosão da idéia do Estado-nação pela perda de grande parcela de suas atribuições tradicionais, na disputa com novos atores e instituições internacionais. A humanidade vive, portanto, uma alteração em sua forma de organização, ou seja, uma mudança de paradigma na forma de organizar-se. Observa R. Munch (1998), na introdução do seu livro “Dinâmica Global e Universos de Vida Local”, que

“a questão primordial hoje é saber se, para além dos Estados nacionais, num plano supranacional e global, o poder destrutivo ecológico – bem como o social e cultural – do capitalismo planetário pode ser novamente posto sob controle. Isto porque, em que pese ser incontroversa a

função de pionerismo e liderança dos mercados, eles se orientam apenas pelas informações codificadas na linguagem de preços, o que os torna insensíveis a efeitos externos que eles produzem em outros campos”.

Por sua vez, percebe-se um processo generalizado de desagregação nos distintos níveis, que vai desde a formação de grandes blocos regionais e grupos sub-regionais até o fortalecimento das autônias locais. Essas transformações aceleradas e profundas indicam que a globalização é um fato consumado e irreversível. A saída, portanto, não é opor-se à globalização, por meio do fechamento das economias, mas, ao contrário, deve-se promover ações concertadas, de maneira a fortalecer os processos integracionistas no plano mundial, para que possam atuar como forças que se contrapõem aos desequilíbrios e distorções geradas pela globalização. Para tornar isso viável, é necessário a instituição de uma nova ordem mundial, que deve ter como prioridade, sem desconsiderar a importância do mercado, a preservação e o aperfeiçoamento da democracia.

#### *10. A lógica do sistema capitalista no contexto da atual ordem internacional*

Diante desse cenário inquietante, considera-se relevante questionar qual é a lógica do sistema capitalista no contexto da instável ordem internacional conduzida pelos órgãos supranacionais – como o FMI e BIRD – e os países ricos do G-7, e porque se requer centrar-se na “gestão” da crise mais do que acabar com ela. As políticas de ajuste unilateralmente impostas aos países mais débeis, como é o caso do Brasil, satisfazem esse requisito para gerir a crise? A lógica de ajuste que se aplica na atualidade requer que prevaleça a livre circulação de capitais, ainda que isso suponha uma regressão das possibilidades de desenvolvimento, tal como agora ocorre no Brasil?

Verifica-se, no entanto, que não existe nenhuma preocupação, por parte dos decisores dessas instituições, em compatibilizar a estratégia de controle do déficit público proposta pelo FMI e o programa social do governo do Brasil. A incompatibilidade que atualmente se apresenta entre a política fiscal e a política social é perigosa, já que eficiência econômica e progresso social são duas coisas interdependentes, que se complementam.

Fica evidente que o déficit financeiro do setor público é mais fácil de identificar quantitativamente (em termos relativos) e, portanto, percebe-se mais facilmente a sua evolução e gravidade. A medição do déficit “produtivo” do setor público é mais difícil de quantificar, pois não é possível ter uma percepção imediata desse tipo de déficit. Não existem índices oficiais que, de maneira sistemática, ofereçam uma visão clara do déficit de infra-estrutura de serviços coletivos. Ambos, porém, são interdependentes, pois um déficit em setores sociais como educação e saúde tem uma repercussão muito negativa na economia do setor privado, que a médio prazo afeta não só o volume de ingressos do Estado, mas também o aumento de gasto público.

A tendência do governo do Brasil, frente à pressão descrita por parte dos órgãos supranacionais – FMI e BIRD – e o governo dos EUA, é de tentar freiar o gasto público até o infinito para reduzir o déficit público e assim diminuir o impacto não desejado deste no financiamento do setor privado. Essa política orçamentária restritiva, adotada por longo período, com cortes nos gastos para investimento, tem um efeito imediato sobre o déficit público financeiro, simultaneamente, supõe um gradual pioramento dos serviços públicos. Um pioramento gradual e persistente pode chegar a ser irreversível, do ponto de vista social, político e econômico, se não existem mecanismos de reação que atuem antes que o processo se complete.

## 11. A democracia e a nova ordem internacional

### 11.1. Ameaça à democracia na América Latina

Apesar de as regras democráticas prevalecerem na atualidade em quase todos os países da América Latina, e em particular no Brasil, isso não significa que as democracias da região estão consolidadas. Pelo contrário, a quebra do sistema democrático no Peru (Fujimori, 1992), a denominada “revolução democrática” liderada por Hugo Chávez na Venezuela (eleito em 1998), que, após a vitória de seu partido nas eleições de julho de 1999, caminha para uma constituinte “soberana” com aprovação popular e militar, que levará ao fechamento do atual Congresso e da Corte Suprema de Justiça, além da recente crise política vivida pelo Paraguai (início de 1999) demonstram que as democracias latino-americanas ainda correm sério risco e estão ameaçadas de serem substituídas por regimes autoritários. Entre as causas desse risco de ameaça à democracia na América Latina, as mais significativas são as seguintes:

1. agravamento da desigualdade e da miséria, que atinge progressivamente camadas cada vez mais amplas da população;

2. tráfico de drogas e movimentos terroristas, que atuam intensamente na região;

3. desmoralização dos poderes públicos executivo, legislativo e judiciário – e dos partidos políticos, em decorrência da freqüente denúncia e divulgação de casos de corrupção e tráfico de influência;

4. reduzida participação da população nos acontecimentos políticos e no processo de desenvolvimento do país.

### 11.2. Estado-nação e democracia

Afirma Jürgen Habermas (1999: 5) que as tendências evolutivas que hoje atraem

a atenção sob a rubrica “globalização” modificam uma constelação histórica que se distinguiu pelo fato de o Estado, a sociedade e a economia estenderem-se, de certa maneira, de forma coextensiva dentro das mesmas fronteiras nacionais. O sistema econômico internacional, no qual os Estados traçam as fronteiras entre a economia interna e as relações de comércio exterior, transforma-se, na esteira da globalização dos mercados, numa economia transnacional. (“Nos limites do Estado”, publicado no caderno “mais”, Folha de São Paulo, de 18.07.99, p. 5 ss).

Para Habermas, são relevantes, em primeiro lugar,

“a aceleração dos movimentos universais de capital e a avaliação imperativa das posições nacionais por meio dos mercados financeiros, ligados globalmente em rede. Esses fatos explicam por que os atores estatais hoje não constituem mais os nós que emprestavam à rede global de relações de troca a estrutura de relações interestatais ou internacionais. Hoje são antes os Estados que se acham incorporados aos mercados, e não a economia política às fronteiras estatais”.

Veja, ainda, a esse respeito, no anexo II, a síntese da visão de Habermas sobre os aspectos da privação de poder do Estado nacional.

Sobre esse tema é importante citar o trabalho de David Held (1995: 503-520), no qual trata da democracia no âmbito internacional, em que quer sugerir que as causas últimas devem ser buscadas nas formas de democracia moderna e mesmo no sistema do Estado-nação. Em primeiro lugar, propõe a pergunta: até que ponto teremos razão para nos entusiasmos com a democracia? Após examinar algumas das relações-chaves existentes entre estados e sociedades, propõe-se a oferecer uma agenda nova para impulsar a teoria

e a prática democráticas. Observa que, se não podemos refazer a democracia, o certo é que, em sua forma tradicional, está cada vez mais defasada e precisa de reformas urgentes, tanto a curto prazo como a longo prazo. No referente à nova ordem internacional, propugna uma “democracia internacional cosmopolita” (*cosmopolitan democracy. An agenda for a new world order*), que resulta indispensável para a manutenção e desenvolvimento da democracia, tanto no âmbito das fronteiras nacionais como fora delas.

É visível que a comunidade internacional, especialmente os países ocidentais, encontra-se diante de um dilema. A suposição que o fim da guerra fria poderia permitir a criação de uma “nova ordem internacional” sobre a base da extensão da democracia ao longo do globo, acompanhada de um novo espírito de cooperação e paz, frustrou-se. O entusiasmo com que se admitiu essa possibilidade esfriou-se frente às crises políticas e econômicas que estão ocorrendo em diversos países, como é o caso do Brasil, comprovando que a nova ordem mundial é uma perigosa ilusão.

## 12. O Brasil caminha para uma morte lenta?

Quando examinamos o processo democrático mundial em curso e as idéias de David Held (1995: 503) sobre *democracia e a nova ordem internacional*, é importante não esquecermos que, dadas as muitas ambigüidades que rodeiam a definição de democracia, assim como a escassez de estudiosos que tratem a democratização como processo “político”, não é fácil dizer quando uma democracia deixou de existir. Na América Latina, tem-se os exemplos do Peru (Fujimori, 1992) e mais recentemente da Venezuela (Chávez, 1998). Apesar dessas limitações, não se pode deixar de compartilhar com o entendimento de O’Donnell de que as demo-

cracias perecem: por uma morte súbita ou por uma morte lenta.

No caso da morte súbita da democracia, o fenômeno é claramente perceptível, pois ocorre quando há uma guerra civil, um golpe de estado ou algum outro processo espetacular que de imediato capta a atenção internacional e dá uma data precisa para a morte da democracia. Não é o caso, porém, da morte lenta da democracia. Nesse caso, que se apresenta como o método mais sutil e seguro para os inimigos da democracia (que é terminá-la lentamente), ele ocorre mediante a erosão gradual das liberdades, garantias e processos que são vitais para a democracia. Aqui não se tem uma data precisa em que possa declarar morta a democracia. A morte lenta é insidiosa, enquanto a violência e repressão que a acompanham podem ser tão grandes como no caso da morte súbita. Quando uma democracia está morrendo lentamente, pode amparar-se em reclamos de legitimidade doméstica e internacional que dificultam a implementação de respostas oportunas e adequadas. Isso será particularmente certo se alguns países poderosos têm razões pragmáticas para não querer antagonizar com quem está suprimindo a democracia.

É importante não desviar a atenção daquelas democracias recentes que ainda estão livres dessas ameaças dramáticas, mas estão sujeitas a uma morte lenta ou a retrocessos em determinadas áreas, em que algumas características se misturam com fortes indícios de um autoritarismo sobrevivente ou ressurgido. Detectar esses riscos, descrever sua evolução, conceitualizar as entidades políticas que surgem por trás da pouco convincente afirmação de que são “híbridas” e mobilizar, de forma tempestiva, os esforços locais e internacionais para contrapor-se a essas tendências antidemocráticas são atividades essenciais para a consolidação da democracia no mundo nos próximos anos.

### *13. As distorções na gestão da crise econômica pelo FMI*

A preocupação com a implementação de políticas sociais não está demonstrada nos termos do acordo imposto pelo FMI ao Brasil. A imposição dos decisores do FMI – respaldado pelo BIRD, pelos países do G-7 e, em particular, o governo dos EUA – é bastante clara em relação ao Brasil, onde se aplicam imposições muito duras, especialmente de cortes orçamentários na área social e em outros setores importantes para o desenvolvimento, como contrapartida para ajudar o país a sair da crise econômica que está vivenciando. Aplica-se, portanto, ao caso brasileiro a percepção de Guilherme O'Donnell (1995), quando afirma que tanto os autoritários da velha geração como os novos tecnocratas dessas instituições tomam como base a premissa de que aqueles que ocupam altos cargos oficiais sabem mais que o resto da sociedade e, dessa forma, não só têm o direito como a obrigação de impor a ela (sociedade) os seus conhecimentos superiores. É por essa razão que os politólogos com opiniões democráticas ficaram pouco seguros e refutaram a lógica de a “única política melhor”, passando a recomendar o “isolamento” dos fazedores de política econômica da política. Está claro que, nesse ponto, a democracia para os decisores do FMI (com respaldo do BIRD e do governo dos EUA) apresenta-se como uma questão de menor importância.

Portanto, a lógica do sistema capitalista conduzido pelos decisores do FMI, BIRD e países ricos (G-7), especialmente os EUA, que está centrada na “gestão” da crise mais que em acabar com ela e que impõe as políticas de ajuste unilateralmente aos países mais débeis, inclusive ao Brasil, satisfaz esse requisito de gerir a crise. A lógica de ajuste que se aplica na atualidade, e que ameaça a democracia brasileira, requer que prevaleça a livre circulação de capitais, mesmo que essa orien-

tação implique as reduções de salários e gasto social, a liberação dos preços e a eliminação de subsídios, desvalorizações, ou seja, ainda que isso suponha uma regressão das possibilidades de desenvolvimento, com isso provocando a exclusão, a pobreza e a violência.

A forma de interferência demonstra que a preocupação dos decisores desses órgãos supranacionais com a legitimidade, eficácia e efetividade, e, por consequência, com a governabilidade e a democracia desses países em crise econômica é uma questão secundária. Diante desse cenário instável, não é possível, ainda, compartilhar com o otimismo de Held de que se poderia tentar avançar rumo à criação de uma nova cultura internacional e democrática. O caso brasileiro, é importante refletir, pode estar, de forma consciente ou não, direcionando-se para a segunda forma de morte da democracia, observada por O'Donnell, ou seja, nas imposições do acordo do FMI, encontram-se mecanismos que podem abalar a governabilidade e enfraquecer a democracia no Brasil, mediante o agravamento dos problemas sociais, refletidos no aumento da exclusão, da pobreza e da violência, que levará à erosão gradual das liberdades, garantias individuais e processos, que são vitais para a sua sobrevivência.

### *14. Conclusões*

A crise econômica que está afetando o Brasil, cujos efeitos econômicos, políticos e sociais ainda não são possíveis de prever, revelou algo significativo: que o Brasil é um país importante, decisivo e perigoso ao mesmo tempo, tanto para o continente americano, como para o mundo. Essa importância recomenda, portanto, que seja repensada pelo governo brasileiro a forma de implementação do ajuste fiscal, que tem como prioridade apenas a estabilidade macroeconômica, em especial o controle das contas públicas, que está sendo feita com significativos cortes

orçamentários na área social e de investimentos em setores importantes para o desenvolvimento. Essa medida torna-se necessária para evitar riscos de instabilidade política no país, visto que o ajuste fiscal, na forma proposta pelo FMI, desconsidera que a implementação de políticas econômicas e sociais deve ser feita de forma integrada, com vistas a reduzir a exclusão, a pobreza e a violência.

Deve-se ressaltar que o Brasil, com uma estrutura distributiva reconhecida muito desigual, agravada pelos problemas das dívidas interna e externa e pelos efeitos da liberalização da economia e da globalização, não está sendo capaz de resolver a questão das disparidades, em termos de distribuição da riqueza. Verifica-se, assim, que o novo modelo de desenvolvimento implementado no país é incompatível com a correção gradual das grandes desigualdades econômicas e sociais existentes, o que vem provocando o aumento das tensões sociais nas áreas urbanas e no campo. O agravamento dessas tensões é perceptível; podem vir afetar a governabilidade e enfraquecer as bases dos consensos políticos que têm permitido o fortalecimento da democracia no Brasil.

Os indicadores da economia brasileira, conforme demonstrado, comprovam que a receita clássica do FMI de redução do déficit público, a qualquer custo, vem contribuindo decisivamente para a elevação do desemprego, para o aumento da recessão econômica e agravamento dos problemas sociais. A desvalorização da moeda deixou o país mais pobre, os trabalhadores foram sacrificados com o aumento dos preços e das tarifas públicas, além de afetar as empresas que estavam endividadas em dólar ou que importam matérias-primas. O Estado, com a política de juros elevados, teve a sua dívida pública aumentada para meio trilhão de reais (R\$ 500 bilhões). Foram feitas fortes privatizações para reduzir o endividamento da União, mas, como os juros se manteve-

ram em nível extremamente elevado, o efeito final foi nulo. A desvalorização da moeda na forma como foi conduzida resultou em brutal transferência de renda para o setor financeiro. Assim, frente a esse cenário de dificuldades, o país não deve esperar, no curto e médio prazos, mudanças que levem a uma elevação do desempenho da economia, na redução do desemprego e à melhoria na redistribuição da renda.

É perceptível, assim, a falta de autonomia e o elevado grau de subordinação do Brasil aos órgãos supranacionais – FMI e BIRD, num contexto em que prevalecem os interesses dos grandes capitais e das empresas transnacionais. Nesse sentido, é importante que se reduza a vulnerabilidade e a dependência da economia brasileira no atual cenário internacional. Por isso, torna-se necessário que se sobreponha ao ajuste fiscal em curso, cujo caráter é emergencial (na medida em que busca adequar-se às exigências do FMI, com cortes severos nos gastos públicos para efeito de adequar-se às exigências dos investidores internacionais), um ajuste fiscal consistente, advindo de reformas estruturais na economia, em especial da reformulação do sistema tributário.

Conclui-se, assim, que a política econômica em vigor, que tem como propósito promover um ajuste fiscal, a qualquer custo, com o objetivo de alcançar o equilíbrio macroeconômico, acordada entre o governo brasileiro e o FMI – com o respaldo do BIRD e dos países do G-7, sob a liderança dos EUA –, está impregnada de erros no campo da política. O temor, quando isso não é levado em consideração, é que a democracia começa a correr perigo. Os termos do acordo para tirar o Brasil da crise econômica têm um custo social muito elevado, no qual o FMI relega a um plano secundário a questão da política social e dos investimentos necessários ao desenvolvimento, reduzindo assim a capacidade de governabilidade do país. Ao ignorar que a estabilidade do sistema democrático

depende de sua eficácia, de sua legitimidade e de sua efetividade, deixa a descoberto, a médio prazo, a possibilidade de surgir uma nova porta para aventuras antidemocráticas no Brasil.

## 15. Anexos

### Anexo I

#### *Os pilares da governança global*

O relatório das Nações Unidas, edição de 1999, divulgado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – Pnud, pede a ampliação do papel das organizações do gênero supranacional. A defesa de organizações supranacionais vem amparada em dados que procuram demonstrar que os Estados nacionais têm crescentes dificuldades em implantar políticas que respondam a desafios que superam suas fronteiras. E assim define “governança global”: “Governança não significa mero governo. Significa um quadro legal, instituições e práticas estabelecidas que imponham limites e dêem incentivos ao comportamento dos indivíduos, organizações e empresas”.

Os pilares da “governança global” estariam baseados nas seguintes instituições:

1. Uma ONU mais forte e mais coerente, que constitua um fórum com liderança mundial, voltada para preocupações humanas e de equidade;

2. Um Banco Central mundial;

3. Uma Organização Mundial do Comércio “que assegure ao mesmo tempo o comércio internacional livre e justo, com mandato extensivo à política de concorrência global”.

Para o Pnud,

“os perigos de conflitos mundiais podem ser uma realidade no século 21: guerras comerciais para promover interesses nacionais e empresariais; volatilidade financeira sem controle, provocando conflitos civis; crime mundial fora de controle,

contaminando comunidades seguras e criminalizando política, negócios e política”.

As principais propostas formuladas pelas Nações Unidas (Pnud) para a implementação de uma “globalização com face humana” são as seguintes:

1. *Banco Central mundial* – o relatório propõe a criação de um Banco Central mundial, capaz de funcionar como prestador de última instância para países em dificuldades. Propõe, ainda, a criação de um prestador de última instância para indivíduos, como complemento dos pacotes financeiros de ajuda a países.

2. *Imposto “bit”* – propõe o Pnud a cobrança de um imposto sobre comunicações *on line*, cujo produto financiará maior acesso dos mais pobres às modernas tecnologias.

3. *Código de condutas das multinacionais* – o objetivo da proposta é “salvaguardar os direitos dos trabalhadores”.

4. *Criação de um G-20* – o relatório defende a criação de um grupo de trabalho para estudar a governabilidade econômica global, com, “talvez, dez países industrializados e dez em desenvolvimento, mas também com representantes da sociedade civil e de atores privados financeiros e empresariais”.

5. *Meio ambiente* – o relatório propõe vincular “negociações sobre os direitos de propriedade intelectual aos direitos de emissão de carbono na atmosfera – e que liguem os ativos ambientais, como as florestas tropicais, às negociações sobre comércio, dívida e investimento”.

### Anexo II

#### *Aspectos da privação de poder do Estado nacional*

O filósofo Jürgen Habermas, ao discutir a organização política da Europa sob o impacto da globalização econômica (“Nos limites do Estado”, Folha de São Paulo, Caderno *mais*, 18-7-99, p. 4-6), observa que as tendências descritas sob a rubrica

“globalização” não ameaçam somente no campo interno uma composição homogênea da população – ou seja, o fundamento pré-político da integração dos cidadãos – por intermédio da imigração e da segmentação cultural. Ainda mais contundente é a circunstância de um Estado cada vez mais *enredado* na interdependência entre economia e sociedade mundiais perder autonomia e capacidade de ação, bem como *substância democrática*(\*).

Nesse sentido, abstraí Habermas dos prejuízos de fato da soberania dos Estados, a qual subsiste formalmente, e limita-se a três aspectos da privação de poder do Estado nacional:

a) a perda da capacidade de controle estatal;

b) a crescentes déficits de legitimação no processo decisório; e

c) a progressiva incapacidade de dar provas, com efeito legitimador, de ações de comando e de organização.

a) A perda de autonomia significa, entre outras coisas, que o Estado isolado não é mais suficientemente capaz, com suas próprias forças, de defender seus cidadãos contra efeitos externos de decisões de outros atores ou contra os efeitos em cadeia de tais processos, que têm origem fora de suas fronteiras. Trata-se, por um lado, de “transposições espontâneas de fronteira”, como ônus ambientais, crime organizado, riscos de segurança da alta tecnologia, tráfico de armas, epidemias etc., e, por outro lado, de conseqüências calculadas (mas a serem suportadas) por políticas de outros Estados, de cujo advento os envolvidos não tomaram parte – pense-se, por exemplo, nos riscos dos reatores atômicos, construídos para além das fronteiras e que não correspondem aos padrões de segurança do próprio governo.

b) Em vista da carência democrática de legitimação, sempre surgem déficits quando o círculo daqueles que tomam parte nas decisões democráticas não coincide com o círculo daqueles que são

afetados por essas decisões. Menos evidente, embora mais duradouro, é o prejuízo causado à legitimação democrática quando se logra cobrir a crescente falta de coordenação, interdependências, com alianças interestatais.

A integração institucional do Estado nacional numa rede de alianças e regimes transnacionais cria em alguns campos políticos, é verdade, equivalentes para as competências perdidas no plano nacional. Porém, quanto mais graves e numerosas são as matérias reguladas no curso das negociações interestatais, tanto mais decisões políticas são subtraídas à formação democrática da opinião e da vontade, formação essa ancorada unicamente nas arenas nacionais.

Na União Européia, o processo decisório, em boa parte burocrático, dos especialistas de Bruxelas é um exemplo de tal déficit democrático, que surge com o deslocamento das agremiações nacionais de decisão para as comissões interestatais, compostas de representantes do governo.

c) No centro do debate, no entanto, surge a restrição da capacidade interventiva, que o Estado nacional utilizou até agora como política social legitimadora. Com a justaposição, por um lado, do espaço de ação territorialmente restrito dos atores nacionais do Estado e, por outro, dos mercados globalmente ilimitados e dos fluxos acelerados de capital, desaparece a “integridade funcional da economia nacional”.

Sobre o tema, conclui Habermas(\*\*) que os

“governos nacionais perdem, assim, a capacidade de esgotar os recursos tributários da economia interna, de estimular o crescimento e, com isso, de assegurar bases fundamentais de sua legitimação (...) Em vários países europeus, a repressão da política por parte do mercado exprime-se no círculo vicioso de desemprego crescente, sistemas previdenciários de

benefícios excessivos e contribuições minguantes. O Estado depara-se com o seguinte dilema: o aumento da tributação sobre a propriedade móvel e medidas de estímulo ao crescimento são tanto mais urgentes para as contas públicas quanto menos viáveis se mostram no interior das fronteiras nacionais”.

### Notas

(\*) Veja a esse respeito L. Brick (1998): “Die Grenzen der Demokratie: Selbstbestimmung im Kontext des Globalen Strukturwandels”. In: B. Kohler-Koch, “Regieren in Entgrenzten Räumen”. PVS, Sonderheft, 29, p. 271-292.

(\*\*) Jürgen Harbemas é autor, entre outros, de “Consciência moral e o agir comunicativo” e “Direito e democracia”, publicados no Brasil pela Edições Tempo Brasileiro.

### Bibliografia

- AGUERO, F., TORCAL, M. Elites, factores estructurales y democratización. In: *Revista de Estudios Políticos*. [s.l. : s.n.], n. 80, 1994.
- AGUERO, Felipe. *Militares, civiles y democracia*. Madrid : Alianza, 1995. p. 359-399.
- ALCÁNTARA, Manuel, CRESPO, Ismael (ed.). Los límites de la consolidación democrática en América Latina. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1995. Organização das Nações Unidas – Unicef (1999): *Relatório sobre o Progresso das Nações*. [s.l. : s.n.], 1999.
- ALCÁNTARA, Manuel. Democracia y valores democráticos en la clase política latinoamericana. Una segunda aproximación. In: *Revista Mexicana de Sociología*. [s.l. : s.n.], n. 2, 1998.
- ALESINA, A., PEROTTI, R. *The political economy of budget deficits*. IMF Staff papers, v. 42, n. 1, 1995b. p. 1-31.
- AVELINO, G., FILGUEIRA, F. Democracia, ciudadanía y políticas sociales en el Cono Sur Latinoamericano. In: M. Alcántara e I. Crespo. *Los límites de la consolidación democrática*, eds. Salamanca : Universidad de Salamanca, 1996.
- BID. Progreso económico y social en América Latina, Washington: [s.n.], 1997.
- BIRDSALL, Nancy, LONDONO, Juan Luis (1996): *Assent Inequality does Matter: Lessons from Latin-América*. Washigton : Banco Interamericano de Desarrollo, working paper n. 344, 1996.

- BOTELLA, J. En tomo al concepto de cultura política: dificultades y recursos. In: P. Del Castillo e I. Crespo (ed.). *La cultura política*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- BRESSER PEREIRA, L. C. Reformas económicas y crecimiento económico: eficiencia y política en América Latina. In: L. C. Bresser, J. M. Maravalla y A. Preworski. *Las reformas económicas en las nuevas democracias*. Madrid : Alianza, 1995. **AQUIII**
- BRICK, L. *Die Grenzen der Demokratie: Selbstbestimmung im Kontext des Globalen Strukturwandels*. In: B. Kohler-Koch (Regieren in Entgrenzten Räumen). Sonderheft : PVS, 29, 1998. p. 271-292.
- BUCHANAN, J. M., WAGNER, R. *Democracy in deficit: the political legacy of Lord Keynes*. Nueva York : Academic Press, 1977.
- CEPAL (1990): *Transformación productiva con equidad*. Santiago: [s.n.], 1990.
- CEPAL. *El pacto fiscal: fortalezas, debilidades e desafios*. Santiago: [s.n.], 1998b.
- CEPAL: *La inversión extranjera en América Latina*, Santiago : [s.n.], 1997.
- CEPAL: *Panorama Social de América Latina*, Santiago : [s.n.]
- COX, R. Economic globalization and the limits to liberal democracy. In: A. McGrew (ed.), *The transformation of democracy?* [s.l.]: Polity Press, 1997. p. 49-72.
- CRESPO, Ismael, FILGUEIRA, F. La intervención de las fuerzas armadas en la política latinoamericana”. In: *Revista de Estudios Políticos*. [s.l. : s.n.], n. 80, 1993. p. 297-311.
- DAHL, R. La Poliarquía. Madrid : Tecnos, cap. 7, 1989.
- DAHL, R. *Los dilemas del pluralismo democrático*. México : Alianza, cap. 6, 1991.
- FFRENCH-DAVIS, Ricardo, y Reisen, Helmet (ed.) *Flujos de capital e inversión productiva: lecciones para América Latina*, Santiago : McGraw Hill – Cepal-OECD, 1997.
- FFRENCH-DAVIS, Ricardo. Políticas públicas e a globalização econômica. In: *seminário internacional: modelos e políticas de desenvolvimento*, BID / BNDS, jun. 1998, p. 198-207.
- FURTADO, Celso. Visão histórico-estrutural do desenvolvimento. In: *Seminário internacional: Modelos e políticas de desenvolvimento*. Rio de Janeiro : BID / BNDS, jun. 1998, p. 29-33.
- GARRETON, M. A. La democratización política en América Latina y la crisis de paradigmas. In: *Leviatán*. [s.l. : s.n.], n 43, 1991.
- GUIDENS, A. *The Third Way, Policy Press*. Publicado no Brasil, sob o título “*A terceira via*”, [s.l.]: Record, 1998.
- HABERMAS, J. *Die Postnationale Konstellation*, Frankfurt: M., 1998.
- \_\_\_\_\_. *Direito e Democracia*. [s.l.]: Tempo Brasileiro, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Nos limites do Estado*. In: Caderno Mais, Folha de São Paulo, 1999. p. 4 -6.

- HELD, D. *Democracy and the global order*. [s.l.] : Polity Press, 1995. p. 99 ss.
- HUNTINGTON, S. P. El orden político en las sociedades en cambio. Buenos Aires: Paidós, cap. 7, 1990.
- HUNTINGTON, Samuel P. *El orden político en las sociedades en cambio*. Buenos Aires: Paidós, 1990. p.175-235.
- INGLEHART, R. Cultura política y democracia estable. In: *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*. [s.l. : s.n.], n. 42, 1988.
- \_\_\_\_\_. Modernización y post-modernización: la cambiante relación entre el desarrollo económico, cambio cultural y político. In: *Tendencias mundiales de cambio en los valores sociales y políticos*, Madrid: [s.n.], 1997.
- KARL, Terry, SCHMITTER, Phillippe C. Modos de transición en América Latina, Europa del Sur y Europa del Este. In: *Revista Internacional de Ciencias Sociales*. [s.l. : s.n.], nº 128, 1991. p. 283-300.
- LERDA, J. C. *Globalización de la economía y pérdida de autonomía de las autoridades fiscales, bancarias y monetarias*. VIII Seminario de Política Fiscal. Santiago de Chile : CEPAL, 22-25 de enero de 1996.
- LINZ, Juan J. *La quiebra de las democracias*. Madrid : Alianza, 1987. p. 39-92 (Lectura obligatoria).
- LINZ, Juan J., VALENZUELA, Arturo (ed.). Perspectivas comparadas. In: *Las crisis del presidencialismo*. Madrid : Alianza, v. 1, 1997.
- \_\_\_\_\_. El caso latinoamericano. In: *Las crisis del presidencialismo*. Madrid : Alianza, v.2, 1998.
- LIPSET, S. M. Algunos requisitos sociales de la democracia: desarrollo económico y legitimidad política. In: *Diez textos básicos de Ciencia Política*. Barcelona : Ariel, 1992.
- \_\_\_\_\_. Repensando los requisitos sociales de la democracia. In: *Agora*. Buenos Aires : [s.n.], n. 5, 1996.
- LIPSET, S. M., ROKKAN, S. El partido político: agente de conflicto e instrumento de integración. In: *Diez textos básicos de ciencia política*. Barcelona : Ariel, 1992.
- LIPSET, S. M., ROKKAN, S. Estructuras de división, sistemas de partidos y alineamientos electorales. In: *Diez textos básicos de ciencia política*. Barcelona : Ariel, 1992.
- MAINWARING, S. La democracia en Brasil y en el Cono Sur: éxitos y problemas. In: *Agora*. Buenos Aires : [s.n.], n. 5, 1996.
- MARTÍNEZ, A. Élités parlamentarias y cultura política en América Latina. In: P. Del Castillo et al (ed.). *Cultura Política* Valencia : Tirant lo Blanch, 1996.
- MATIAS PEREIRA, J. *Finanças Públicas: a política orçamentária no Brasil*. São Paulo : Atlas, 1999.
- MORLINO, Leonardo. *Cómo cambian los regímenes políticos*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 30-104.
- MÜNCH, R. *Globale Dynamik, Lokale Lebenswelten*. Frankfurt : M., 1998.
- NOHLEN, Dieter, BAEZA, Mario Fernández (ed.). *El presidencialismo renovado*. Caracas : Nueva Sociedad, 1997.
- O'DONNELL, G. Los economistas saben más? In: *Crónica Legislativa*. México : [s.n.], n. 1, 1995.
- O'DONNELL, Guillermo, SCHMITTER, Phillippe C. *Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas*. Buenos Aires : Paidós, 1988. (Lectura obligatoria).
- Organização das Nações Unidas, Cepal (1996): *Relatório sobre o Panorama Social da América Latina*. [s.l. : s.n.], 1996.
- Organização das Nações Unidas, Pnud (1999): *Relatório sobre o Desenvolvimento Humano*. [s.l. : s.n.], 1999.
- PRZEWORSKI, A. Algunos problemas en el estudio de la democracia. In: G. O'Donnell et al. *Transiciones desde un gobierno autoritario*. Buenos Aires : Paidós, 1988.
- PRZEWORSKI, A. et al. Las condiciones económicas e institucionales de la durabilidad de las democracias. In: *Agora*. Buenos Aires : [s.n.], 1996.
- REMMER, K. Nuevas perspectivas teóricas sobre la democratización. In: *Agora*. Buenos Aires : [s.n.], n. 5, 1996.
- REY, A. E., SÁNCHEZ, J. M. *Política monetaria y política fiscal*. Madrid : Pirámide, 1998.
- RUSTOW, D. Transiciones a la democracia. Hacia un modelo dinámico. In: *Cultura y gobernabilidad*. México: Colegio de Ciencias Políticas y Administración, 1995.
- SADER, E. O problema da desregulamentação (entrevista). In: *Revista ABAMEC*. [s.l.] : [s.n.], jun. 1999. p. 3-6.
- STEPAN, Alfred. Las prerrogativas militares en los nuevos regímenes democráticos. *Síntesis*. [s.l. : s.n.], n. 11, 1990. p. 51-76.
- UNCTAD. *Trade and development report*, Ginebra: [s.n.], 1997.

# **Ampla liberdade de imprensa: o direito de informar e de opinar pela mídia impressa e eletrônica**

Gladston Mamede

## Sumário

1. Introdução. 2. Breve nota histórica. 3. A limitação do poder de expressão impressa. 4. Inconstitucionalidade da exigência. 5. Conclusão.

### *1. Introdução*

Para a caracterização de uma sociedade, em qualquer espécie animal, a comunicação é um fator essencial, como demonstra Deag (1981, p. 32-33). Entre os humanos, essa essencialidade foi levada a determinados extremos: constituiu-se, em movimentos bem desenhados ao longo da história, uma sociedade na qual a informação possui uma importância inconteste; mais: uma sociedade em que a informação predomina sobre outros elementos da vida, suplantando até mesmo a realidade em circunstâncias bem específicas: no grande cadinho das notícias, das imagens, das opiniões, dos comentários, das teorias, dos boatos, a versão pode passar-se pelo real, pode suplantá-lo, pode efetivar-se desprezando por completo a faticidade. Entre nós, mais importante do que a existência tornou-se a notícia correspondente, que pode transformar o existente em inexistente, ou transmutá-lo, invertê-lo, metamorfoseá-lo, criando, a partir do fato ou do nada, considerados na efetividade histórica (no real físico, concreto), um fato ou um nada, nem sempre isomórficos àqueles, considerados estes úl-

Gladston Mamede é Doutor em Filosofia do Direito e Professor dos cursos de Direito do Unicentro Newton Paiva e da Fundação Mineira de Educação e Cultura.

timos na efetividade historiográfica (no real humano, ideológico).

Essa particularidade de nossa sociedade não pode passar despercebida ao Direito e ao jurista, a quem cumpre a espinhosa, porém vital, tarefa de dispor regras para a convivência dos indivíduos em sociedade. Destarte, se a informação possui tamanha importância, deve ser alçada à condição de bem jurídico e, como tal, ser objeto de proteção específica. Atente-se para as íntimas ligações que existem entre uma situação “democrática de Direito” e o amplo acesso às informações (de recebê-las ou de prestá-las), o que justifica uma preocupação cada vez maior do legislador no sentido de valorar o acesso à informação (de interesse pessoal ou coletivo) como um direito, ou melhor, como um bem juridicamente protegido. Essa é uma tendência do Direito brasileiro, que em épocas não muito distantes, durante a Ditadura Militar, viveu tempos terríveis, quando o silêncio era a regra; tempo em que qualquer cidadão poderia misteriosamente “desaparecer” sem que qualquer informação se pudesse obter a respeito. Mas essa nova orientação segue um movimento que é global. Confirma-se, a respeito, o art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948:

“Todos têm o direito à liberdade de opinião e de expressão; este direito inclui a liberdade de sustentar opiniões sem interferência e procurar, receber e transmitir informações e idéias mediante quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

Torna-se, portanto, indispensável questionar os limites do direito de informar utilizando-se dos grandes meios de comunicação, atingindo o nível da chamada *mass media*, postulando o cidadão nos meios de imprensa; ademais, é fundamental questionar sobre as restrições que legitimamente se pode impor-lhe, sem criar uma

lesão à cidadania ampla que deve caracterizar o Estado em um contexto de Democracia e Direito. Marcondes (1989, p. 12) delinea bem os efeitos do acesso à mídia, da possibilidade de amplamente exercer o direito de informar: refere-se, por um lado, à “voz abafada, sufocada, explosiva da esfera pública popular” (as multidões organizadas ou não), “que não encontra veículos institucionalizados” onde possa mostrar a “outra face da realidade”; contrasta-a com uma “voz tecnológica, sofisticada e falsa da esfera pública do poder, encobrindo, silenciando, negando a outra”. Reduzir o acesso daqueles que podem dizer é reduzir o alcance da cidadania plena. Como bem posiciona o mesmo Marcondes (1989, p. 14), “a possibilidade de possuir a verdade é falsa e tende ao discurso dogmático; a objetividade é impossível”. A ampla licença à expressão jornalística a todo e qualquer cidadão simplesmente pluraliza os enfoques e as versões, tornando a discussão sobre a verdade mais aparente em face da multiplicidade de olhares, muitos dos quais inovadores por não estarem viciados em rotinas costumeiras.

Esse é o enredo do presente trabalho, que procura demonstrar que uma interpretação equivocada da Constituição Federal está permitindo uma agressão aos direitos civis dos cidadãos brasileiros.

## 2. Breve nota histórica

Sobre a história da imprensa no Brasil, Bahia (1990, v. 1) faz um apanhado, afirmando seu *princípio oficial* em 1808, com a chegada de D. João VI ao país e a inauguração da *Impressão Régia*, responsável pela *Gazeta do Rio de Janeiro*; até então, a administração colonial impedira a tipografia e o jornalismo na colônia. Mas o período que antecede à permissão de uma imprensa de cunho oficial, liberada a poucos, conta uma história de resistência na busca da ampla liberdade de divulgação das idéias. Essa história inclui *gazetins* manuscritos e falados (pelos “novidadei-

ros” de rua e de café), divulgados nos séculos XVII e XVIII, bem como panfletos com poesia satírica, como em Gregório de Matos (preso e degredado para Angola em razão dos manuscritos intitulados “Juízo anatômico dos achaques que padece o corpo da república em todos os seus membros, e inteira definição do que em todos os tempos é a cidade da Bahia”), ou prosa política, como nas *Cartas Chilenas* escritas por Tomás Antônio Gonzaga.

No plano da tipografia, registra-se uma tentativa, em Pernambuco, de fazer funcionar um prelo em 1706; no Rio de Janeiro, a tipografia Antônio Isidora da Fonseca, aberta em 1746, é fechada no ano seguinte por uma Carta Régia, sendo seu proprietário preso e severamente punido, destruindo-se o prelo. Deve-se registrar, ainda, o *Correio Brasiliense* ou *Armazém Literário*, que Hipólito da Costa, exilado, editava em Londres (de 1808 até 1822), mas cuja leitura, no Brasil e em Portugal, é proibida, seguindo-se tentativas de denegrir a imagem de seu editor, quer por meio de panfletos, quer pela criação de jornais oficiosos que o torpedeavam, além do esforço para suborná-lo, pressões diplomáticas para expulsá-lo da Inglaterra, bem como processos criminais que buscavam intimidá-lo.

“O domínio português, de 1500 até o desembarque da comitiva de D. João VI, exerce-se para asfixiar toda e qualquer manifestação livre de pensamento. A palavra impressa é considerada crime. [...] São razões de Estado – garantir o colonialismo, conservar incólume o despótico controle de seus interesses políticos e econômicos, deter pela força as aspirações de liberdade e justiça – e não de outra natureza que fazem Portugal insensível, até 1808, à tipografia e ao jornal num Brasil escravocrata e monocultor.” (*idem*, p. 10-11).

Mas, ainda segundo Bahia, a *Gazeta* inicia a imprensa prendendo-se a um

discurso oficial, concentrando suas matérias na resistência de portugueses e espanhóis às tropas de Napoleão. Ademais, as matérias submetem-se ao controle prévio de uma *Junta Diretora*, a quem cabia examinar papéis e livros que se mandassem publicar, fiscalizando que nada se imprimisse contra a religião, o governo e os bons costumes. Esse controle rígido da expressão jornalística faz com que, até 1821, apenas a Imprensa Régia editasse periódicos por aqui (a *Gazeta* e, depois, *Idade d’Ouro do Brasil*, além da Revista *O Patriota*, cuja leitura agrada a D. João VI); nesse ano, surge o *Diário do Rio de Janeiro* (aproveitando-se uma certa liberdade auferida sob o comando do Príncipe-Regente D. Pedro).

A independência constitui fator que estimula a proliferação de órgãos de imprensa, ampliando a liberdade de os cidadãos expressarem suas opiniões e noticiarem fatos; surgem o *Jornal das Senhoras*, *O Olindense*, o *Jornal do Commercio*, *Diário de Pernambuco*, o *Spectador Brasileiro*, *Astréa*, *Gazeta do Brasil*, *O Farol Paulistano*, *O Paulista*, *O Compilador* e *O Precursor das Eleições* (ambos editados em Minas Gerais), entre outros. Mas não é absoluto; segundo Bahia (*idem*, p. 43), os jornais enfrentam dificuldades, como “a tutela do poder político, que limita a liberdade de iniciativa e impõe pressões econômicas para aliviar ou calar opiniões contrárias.” Isso leva a um clima de exaltação e luta, tônica, aliás, do *Aurora Fluminense*, jornal de maior tiragem no Rio de Janeiro entre 1831 e 1833, além de episódios lamentáveis como o ataque a Luís Augusto May, editor de *A Malagueta*, surrado a golpes de porrete e de “espada nua”, deixando-o aleijado da mão esquerda. Narre-se, ainda, a saga de Cipriano Barata, editor de *A Sentinela da Liberdade*, quem Bahia acredita ter sido “o jornalista brasileiro que mais prisões militares conheceu” (*idem*, p. 101).

Curiosamente, esse esforço para conter a grande imprensa convive com a proliferação de pequenos jornais, que somen-

te se tornaram possíveis em face da ausência de limites à que fossem postos em circulação. Assim, o humorístico *O Buscapé*, advertindo em seu artigo de abertura: “Esta folha aparecerá à luz quando o seu redator quiser, que é um sujeito muito presunçoso e de bom-tom. O seu preço varia segundo o contrapeso, e vende-se naqueles lugares que foram anunciados.” Na mesma linha, o *Doutor Tirateimas*, *O Narciso*, o *Novo Conciliador* e *O Enfermeiro dos Doidos* são exemplos dignos de nota. Isso apesar de a importação dos prelos e caracteres estar sujeita a embaraços burocráticos, além de esbarrar em dificuldades financeiras (*idem*, p. 59). Depois, nos alvares da República, circularam até 1908, no Rio de Janeiro e em São Paulo, pequenos jornais chistosos como *Bandalheira Eleitoral*, *O Diabo da Meia-Noite*, *O Pândego*, *A Metralha*, *O Sociocrata* (*idem*, p. 113).

Também é a ampla liberdade de escrever e publicar periódicos (e em periódicos) um fator essencial à constituição da República. Nessa senda, registra-se o surgimento de *A República*, em 1870, ou *O País*, em 1884, bem como diversos pequenos jornais abolicionistas, a exemplo de *A Nação* e de *O Abolicionista*. Entre os imigrantes, também a ausência de obstáculos à expressão jornalística leva à criação de periódicos como *Germânia* e o *Corrieri d'Italia*, este todo escrito em italiano (*idem*). Por certo, essa mesma ampla liberdade de manifestação e publicação permite o fenômeno descrito por Travancas (1993, p. 19):

“Entre o fim do século XIX e começo do XX, uma imprensa especial ganha terreno e destaque: a imprensa operária. São muitas publicações, várias delas em italiano, espanhol e alemão, algumas com tiragem de 4.000 exemplares. É uma imprensa característica de uma época específica para um tipo de público, que não se reconhecia na grande imprensa.”

É interessantíssimo observar nota de Bahia atestando um componente interes-

sante dessa liberdade de escrever e ser lido. Afirma, sobre esse período que vai de 1808 a 1880, que

“a influência de um jornal não é medida pelo seu tamanho, pela sua qualidade ou pelo seu prestígio. O que faz a medida é a força da opinião, e esta tanto pode aparecer em uma página como em várias páginas. Não é o título o que conta. Tampouco a tradição, o peso econômico. Prevalece a idéia. O que se imprime é o que vale.” (1990, v. 1, p. 84)

A história do cerceamento da expressão livre no Brasil prosseguiu com a República, tendo os governos militares de Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto fechado vários jornais, a exemplo da *Tribuna Liberal* e de *A Platéia*, acusados de buscar a desestabilização do Estado. Quando esse primeiro momento da República é encerrado com a Revolução de 1930, que vem, em muito, atender a anseios da sociedade, como a adoção do voto livre, secreto e universal, a realidade não se altera; em um primeiro momento, jornais identificados com as idéias da República Velha são invadidos e depredados;

“anos depois de 30, a censura se abate sobre o país no contexto de um Estado policial, totalitário. Não só a imprensa é vítima, mas também toda a nação é ofendida pela ditadura” (*idem*, p. 208).

Travancas ilustra tal referência, lembrando que Vargas atuava por meio de seu Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP), em cuja vigência “mais de 420 jornais não tiveram registro e 61 foram obrigados a suspender sua circulação” (1993, p. 19). Medina (1988, p. 64) não discorda, afirmando que o DIP “cerceava a voz da imprensa impedindo-a de manifestar-se livremente”, enquanto o governo “usava o próprio jornalismo como instrumento de controle, financiando novos veículos e corrompendo jornalistas”.

Essa intolerância do Estado Novo voltará a repetir-se após a *quartelada* de 1964, durando até 1985. Para Medina,

“ambos os sistemas, embora abrigados sob uma legalidade formal, derivam da violação constitucional pelas armas e, desta forma, operam institucionalmente como poderes ditatoriais.” (1990, v. 1, p. 234)

### 3. A limitação do poder de expressão impressa

É justamente no período autoritário da história brasileira, narra Bahia, que surge o Decreto-Lei nº 972/69, assinado pela Junta Militar e o ministro do Trabalho e Previdência Social.

“É nessa legislação autoritária que se consagra a reserva de mercado para quem é portador do diploma de jornalismo, uma providência que até a Constituinte de 1987 divide os profissionais numa polêmica que só tem fim com a Constituição de 1988. Por ela, o diploma de jornalismo é a condição para obter o registro profissional, como previa a legislação de 1969.” (*idem*, p. 414)

O autor lamenta tal opção, afinando-se mais com a alternativa de exigir-se apenas o diploma universitário.

“Essa tendência predomina nos países em que o jornalismo configura padrões profissionais avançados<sup>1</sup>. O jornalista teria na formação universitária a necessária referência de qualificação enquanto o diploma deixaria de ser obrigatório, permitindo-se na redação a convivência de variadas experiências, desde o autodidata a disciplinas afins como a sociologia, história, direito, economia, ciência política etc. [...] Esta fórmula elimina a exclusividade do diploma e valoriza a formação universitária, criando uma emulação útil ao jornalismo, como se tem revelado nas experiências dos Estados Unidos

e de países europeus. Por ela a escola de jornalismo assume um papel fundamentalmente formativo, e não de mera supridora de diplomas, dando-se ao jornalista a única obrigatoriedade de provar seu talento e vocação. [...] Não se condena o diploma, e sim a sua obrigatoriedade. E nem tampouco se dispensa a contribuição que cabe à escola assegurar, negando-se porém ao diploma a condição *sine qua non* para habilitação profissional.” (*idem*, p. 415)

O referido ato normativo, Decreto-Lei nº 972 de 17 de outubro de 1969, repugna já por seu preâmbulo, registrando a marca histórica de um tempo odioso da vida nacional:

“Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes confere o artigo 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, decretam:

Art. 1º. O exercício da profissão de Jornalista é livre em todo o território nacional, aos que satisfizerem as condições estabelecidas neste Decreto-lei.

[...]

Art. 4º. O exercício da profissão de Jornalista requer prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social que se fará mediante apresentação de:

I – prova de nacionalidade brasileira;

II – folha corrida;

III – carteira profissional

IV – [revogado pela Lei 6.612/78]

V – diploma de curso superior de Jornalismo, oficial ou reconhecido, registrado no Ministério da Educação e Cultura ou em instituição por este credenciada, para as funções relacionadas de *a a g*, no art. 6º.”

Porém, esse ato de agressão à cidadania, essa restrição imposta por um regime de exceção, constituído a partir de um golpe militar, e que tinha em vista justamente o cerceamento do acesso à mídia de massa, bem como o controle daqueles que nela atuavam, é defendida até hoje por muitos. E, como já previra o art. 13 desse mesmo ato legislativo de abuso cometido pela Junta Militar<sup>2</sup>, calçada em absurdos “atos institucionais”, os Sindicatos de Jornalistas converteram-se em *Cérberos*, impedindo que os não-diplomados abandonassem o *Hades* do silêncio institucional, mantendo-os afastados do mundo dos únicos que poderiam possuir uma vida em mundo de informações: os jornalistas.

Note-se que esse entendimento restritivo do acesso à expressão nos meios de comunicação de massa não se justifica sequer como proteção técnica da atividade, certo que a tendência comercial de tais atividades seria, justamente, a preferência por profissionais formados em instituições de ensino. Nesse sentido aponta Medina (1988, p. 19):

“a formação da grande indústria da informação, cujo símbolo são as Agências de Notícias e as cadeias jornalísticas (fins do século passado e primeira metade deste), exige a profissionalização dos técnicos que processam esse produto. Muito natural o surgimento, então, de uma corrente de pensamento para disciplinar a aprendizagem do ‘ofício’ até aí acessório de jornalista.”

Vale dizer, as próprias demandas da atividade econômica jornalística apontariam para uma preferência por profissionais com educação específica para o meio, não se justificando, em nada, cercear o direito à expressão aos demais cidadãos (não-graduados em jornalismo), cujo posicionamento nesse *mercado* seria mais custoso, exigindo-se extrema competência para aproveitar oportunidades raras.

Essa referência, no entanto, não prevaleceu. Os sindicatos de jornalistas entregaram-se a um *lobby* obstinado, não confiando nas razões de mercado para que houvesse uma busca de profissionalização da informação (e, via de conseqüência, do “informante”, ou seja, do jornalista). Essa atuação *delenda Carthago*, porém, não soluciona (ao contrário, acirra) o problema sob o prisma do direito de toda sociedade – e de cada cidadão – de participar daquilo que Ortega Costalles, citado pelo mesmo Medina (1988, p. 19), denomina “a preciosa oportunidade de participar muito mais intensa e extensamente na História”, que Medina aborda a partir do “conceito de *estar/participar* numa realidade social por meio da informação.” Park, ainda no texto de Medina (1988, p. 21), calibra a dimensão desse aspecto da informação: *construção* da história.

“A História se interessa tanto pelo acontecimento como pelas conexões do mesmo. O repórter procura registrar cada acontecimento isolado, à proporção que ocorre, e só se interessa pelo passado e pelo futuro na medida em que estes projetam luz sobre o real e o presente”.

Assim, prossegue, “publicada e reconhecida a sua significação, o que era notícia se transforma em História”. Ora, pretender dar o monopólio sobre a oportunidade de construir a história a um grupo delimitado por sua condição de formação acadêmica, afastando dele especialistas em outras áreas, ou mesmo o vulgo que acredita ter condições de se postar nesse diálogo de grande dimensões que é a *mass media*, é desrespeitar as bases constitucionais sobre as quais se assenta a República Federativa do Brasil, que se autodefine como Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da Constituição); afinal, legaria aos não-diplomados em jornalismo a posição (passiva) de “indivíduo-massa”, aproveitando-se a definição de Lohisse, transcrita por Medina (1988, p. 36): inse-

rido numa sociedade *pós-industrial*, em que se está, como nunca antes, “tão perto e tão longe dos outros homens”; e, nesse contexto, “esses indivíduos distanciados de fato e aproximados pelos recursos tecnológicos da comunicação passam a ter um comportamento de *linhas convergentes*”, isto é, como “as idéias, os acontecimentos, os objetos que polarizam a atenção dos indivíduos formando a massa são de qualquer maneira exteriores aos grupos locais e à sua cultura particular”, abandona-se “a oposição existencial do indivíduo na sociedade tradicional – *quem sou?* – para o indivíduo-massa – *sou como os outros.*”

O amplo direito de informar é resistência jurídica a essa tendência, na medida em que a democratização da notícia alarga as mensagens disponíveis, multiplicando as oportunidades de identificação de cada cidadão com os então diversos emissores de enunciados nos meios de comunicação.

Como se garimpa nas letras de Bahia (1990, v. 1, p. 219-220), “em uma sociedade democrática a liberdade de imprensa é uma das garantias constitucionais prioritárias”, sendo que, “para funcionar livremente, é essencial que a imprensa não esteja submetida a nenhum controle ou a qualquer autoridade restritiva”. O autor chega a referir-se a uma “condição que dispensa a licença para publicar alguma coisa”. Tal lição prossegue à frente: as funções informativa e formativa

“devem ser assumidas voluntariamente, num clima de liberdade e oportunidade para todos, sem exceção. Isto quer dizer que, numa sociedade aberta, de livre competição, toda e qualquer forma de comunicação controlada estabelece uma coerção incompatível com a democracia, seja ela ocasional ou permanente.”

Por tais sendas, engendra-se um suicídio da cultura política brasileira. A partir

de uma idéia de profissionalismo, tornando toda atuação (expressão) nos meios de imprensa como mera transcrição de fatos, narração de notícias<sup>3</sup>, como ação técnica, reservada a técnicos, retira do vulgo um universo de participação social e política que contribui para uma alienação coletiva. Medina (1988, p. 49-51), ainda que partindo de bases distintas e trafegando por outras análises, acaba por reconhecer a existência de um fenômeno de “concentração jornalística” (mormente no pólo Rio-São Paulo), com órgãos de imprensa manifestadores de valores de consumo e de uma “cultura de massa”, mas que não conseguem “de pouco mais de 100 mil exemplares; isso em virtude de uma contradição: “comportamento e conteúdos de nível massa para consumidores muito restritos”. Ora, questiono precisamente qual o papel exercido pela restrição do poder de informar (o que ocasiona, como fenômeno complementar, uma restrição no poder de ser informado, pois retira determinados “informantes” do cenário do grande debate, isso apenas por não possuírem um diploma que os autorize a noticiar pelas vias da *mass media*).

Essa redução do universo do jornalismo a profissionais com formação técnica na comunicação, impedindo que profissionais com outras formações e histórias de vida também ofereçam a sua contribuição ao grande debate pela imprensa, talvez explique o “dado alarmante” denunciado por Medina (1988, p. 142):

“assim como o brasileiro alfabetizado médio, também o produtor de informação não pesquisa a história de sua cultura, a história de seu povo, a história da sociedade em que está inscrito como canal e agente de comunicação”;

e, se indivíduo há que possua tal virtude, de nada lhe adiantará a mesma para comunicar-se na grande mídia se não possuir um diploma em jornalismo, como a um rito *iniciático* de uma corporação de

ofício, fazendo com que os interesses de alguns firam os direitos da coletividade.

Nesse contexto, chega a ser desalentador observar que, antes de vigorar a exigência de um diploma de jornalismo, antes da busca desenfreada de uma mesquinha preservação de mercado, obtida à custa de lesões aos direitos constitucionais, muitos atingiram posições elevadas nos meios de informação demonstrando um talento para o qual os cursos técnicos em nada contribuíram. Por exemplo, Dines (1986, p. 151) narra:

“a aspiração de extinguir o diploma data do fim dos anos 70 e fez parte da plataforma da SIP, *Sociedad Interamericana de Prensa*, com sede em Miami, e foi uma das prioridades na constituição da ANJ logo depois da greve dos jornalistas de São Paulo em 1979. O primeiro jornalista a defender publicamente o fim do diploma foi o então diretor da Folha, Boris Casoy.”

Travancas (1993, p. 57 e ss), ainda que não se proponha a tanto, acaba por ilustrar tal situação quando, traçando o perfil de sete jornalistas consagrados, exhibe entre estes vários que não possuíram formação universitária para o jornalismo. Principia por Sérgio Augusto, repórter especial da *Folha de São Paulo*, que, segundo o autor, dá a impressão de já ter nascido jornalista, “tal é o seu vínculo e entusiasmo com a profissão”; porém, “não fez curso de jornalismo, fez outra coisa, talvez alguns anos de direito, e é autodidata”; algum tempo depois, “fez Faculdade de Filosofia”. Jânio de Freitas, responsável por uma revolução no jornalismo brasileiro, operado à frente do *Jornal do Brasil*, tornou-se repórter quando teve que largar a aviação em razão de problemas no joelho. Zuenir Ventura, professor de letras neolatinas, começou a trabalhar na imprensa “meio por acaso”, pois um professor de letras recomendou que praticasse a redação; somente anos depois, quando traba-

lhando na França, fez “curso de aperfeiçoamento em jornalismo”. Luís Paulo Horta, editorialista do *Jornal do Brasil*, principiou nas redações enquanto cursava Direito. Lista, também, Newton Carlos, que “não se formou em faculdade nenhuma e afirma que é jornalista desde ‘criancinha’”. Moacyr Werneck de Castro, que “se formou em direito, embora afirme que sua vocação sempre foi o jornalismo”<sup>4</sup>. Entre todos os entrevistados, Cícero Sandroni, colaborador de *A Tribuna*, “é o único que chegou a fazer Faculdade de Jornalismo, na PUC-RJ”.

Curiosamente, qualquer um pode expressar-se por meio de um livro, de panfletos, em praça pública, por peças de teatro, romances ou poesia. Pode-se mesmo fazer comícios, mas não se pode ocupar a posição de jornalista, não é amplamente lícita a expressão por jornais, revistas, pelo rádio ou pela TV. Pode-se até mesmo escrever um livro sobre a alta sociedade mineira, mas não se pode escrever uma coluna semanal ou diária sobre o tema, a não ser que se esteja escorado em um diploma de jornalista, fator limitador da liberdade de expressão e informação.

Então, por que apenas manifestação jornalística profissional? E por que profissão obrigatoriamente calçada em formação acadêmica específica? Quais os conhecimentos indispensáveis a um jornalista que lhe sejam dados apenas no ambiente universitário? Qual o risco da expressão jornalista desprovida de formação acadêmica específica? Qual o risco que oferece à sociedade, qual o bem jurídico que se protege?

Situações como a brasileira certamente ratificam a afirmação de Vázquez Montalbán (*apud* MEDINA, *op. cit.* p. 30), “O poder informativo é a triste história da virgem que acabou no prostíbulo.”

#### 4. Inconstitucionalidade da exigência

O grande equívoco no debate em torno da restrição do direito de acesso à im-

prensa é colocá-lo em termos de mera regulamentação profissional. Trata-se de um deslocamento do eixo temático, tomando a discussão como se estivesse posicionada em torno de um aspecto meramente acidental, e, portanto, secundário. Dessa forma, foge-se do verdadeiro problema que está presente no quadro. Com efeito, focar a manifestação pela imprensa como uma questão de trabalho implica chegar a uma solução aparentemente tranqüila: profissionais devem ter formação adequada para o bom desempenho de suas funções.

No entanto, tratar da imprensa como uma profissão é um grande equívoco. Mais do que profissão, a imprensa é um meio para uma atuação social, como visto acima. A expressão habitual pelos meios de transmissão de informação, quer se faça graciosamente, quer se faça em troca de remuneração, implica manuseio de um vetor de conformação social, numa situação privilegiada de influência sobre leitores e espectadores, de busca de espaço na confecção da história.

Nessas searas, é preciso Marcondes (1989, p. 11) quando destaca que “criar jornais é encontrar uma forma de elevar a uma alta potência o interesse que têm indivíduos e grupos em afirmar publicamente suas opiniões e informações”, vale dizer, “uma maneira de dar eco às posições pessoais, de classe ou de nações”. Isso se dá mediante mecanismos psicológicos específicos, já que a narração do fato pela imprensa possui uma aura de verdade aparente. Não sem razão, Wisnik (1992, p. 321), apoiando-se em Balzac<sup>5</sup>, trata o jornalismo como uma “paraliteratura de mercado”, composta por “negociantes de frases” e “espadachins das idéias e das reputações”, na expressão daquele romancista francês; isso porque, no romance *Ilusões Perdidas*, Balzac identifica no jornalismo “um processo difuso de tráfico de influência e de produtos”; em fato,

“os poderes do jornalismo são objeto de uma anatomia virulenta: para

Balzac a imprensa parece concentrar o mal do mundo consumado na mercantilização, dissipando o lastro do valor universal e pulverizando todo compromisso ético” (*idem*, p. 322).

Balzac, melhor do que ninguém, percebe a importância da narração dada no âmbito do que Wisnik (*idem*, p. 322) chama de “maquina de representar o mundo: o jornal diário e de massa”, abrangendo a discussão do “destino problemático da cultura diante da indústria da cultura”. Tratando sob alguns aspectos desse fenômeno da expressão de massa, pode-se, por exemplo, contemplar Marcondes (1989, p. 20-21), que, analisando o leitor, refere-se a uma dialética da preocupação e do alívio (resultado do “sentimento de ‘saber das coisas’, a aparência do estar informado”), fazendo

“com que o jornalismo colabore efetivamente, junto com o processo de trabalho e a vinculação com as instituições normativas da sociedade, as unidades de reprodução simbólica, para a reformulação e a confirmação de opiniões e de atitudes políticas e sociais”.

Como não se perceber, portanto, que a expressão jornalística constitui poder dentro do âmbito das relações sociais modernas<sup>6</sup>. Destarte, a limitação desse direito implica cerceamento dos princípios constitucionais maiores que orientam a existência e a situação jurídica e política da República Federativa do Brasil, autodefinita como *Estado Democrático de Direito*. Leia-se, oportuno, Karam (1997, p. 15-16):

“a defesa do direito social à informação implica argumentar que a informação, ao construir simbolicamente o mundo, deve expressar a diversidade conceitual com que ele se forma quotidianamente. Isso envolve o reconhecimento de que, na própria informação, é necessário que as diversas concepções, versões, culturas e comportamentos estejam

presentes. [...] Mundos com significados diferenciados necessitam de uma ponte entre as várias particularidades, para que possam revelar, em seu interior, a universalidade humana potencialmente constituinte, a maneira pela qual é possível manter uma relação ética particular e universal ao mesmo tempo. [...] O direito social à informação inclui a diversidade de significação do mundo, e dele fazem parte a palavra e a imagem, o jornalismo escrito e a imagem jornalística. E o direito social à informação só tem sentido se for conectado a conceitos e valores, como Liberdade.”

Prossegue:

“nesse sentido, é possível falar em direito social à informação como direito de *todos*, e o jornalismo como forma pela qual, cotidiana e *potencialmente* – ressaltamos –, é possível o acesso imediato ao todo – plural e diverso – que está sendo produzido no espaço social da humanidade e no tempo presente, ao qual se agarra o passado e sobre o qual se projeta o futuro humano, cuja maior ousadia é precisamente construir aquilo que *ainda não é* e sobre o qual não há nada que possa garantir que um dia seja”.

O reconhecimento desse direito à informação, compreendido tanto passiva (o direito de informar-se), quanto ativamente (o direito de informar), tornou-se imperativo na sociedade moderna. É o que demonstra Fischer, (1984, p. 14), dizendo do “aparecimento de novas e urgentes preocupações sobre liberdades de comunicação. Na ausência da liberdade e da capacidade de comunicar, como pode o gênero humano, em nível individual e comunitário, desenvolver a plenitude de seu potencial?” Afinal, destaca (*idem*, p. 18), “a comunicação é também a base da sociedade. Os

indivíduos precisam dela para viverem juntos. Sem ela não poderá haver cooperação, paz. A comunidade depende de comunicações”. Justamente por isso, completa (*idem*, p. 19), “fortes são aqueles que possuem a informação e controlam os mecanismos pelos quais a informação é transferida, os canais de comunicação”. Nesse contexto, posiciona (*idem*, p. 19):

“A evolução gradual da democracia faz um paralelo, e discutivelmente é na essência o resultado de, a desmitificação do processo de comunicação e a conseqüente disseminação mais ampla do poder conferido pela posse da informação e dos meios de comunicá-la. Quanto mais pessoas tiverem informação e quanto mais informação as pessoas tiverem, melhor será a sociedade e mais forte sua base democrática”.

Insofismavelmente, conclui-se, entender o direito de informar e ser informado (inclusive por meio dos meios de comunicação de massa, de transmissão gráfica ou eletrônica) como um simples problema profissional é aniquilar a grande questão subjacente, qual seja a indevida submissão da liberdade de comunicação e de participação (de um *agir comunicativo*, dir-se-ia hoje) na construção do meio ideológico (e, via de conseqüência, da história) a ritos que criam injustificado cerceamento de tais faculdades políticas. Esse esforço, contudo, não encontra alojamento nos princípios constitucionais maiores que orientam todo o fenômeno jurídico e político que é o Estado brasileiro.

Em fato, pesquisando-se a Constituição da República brasileira, detecta-se a expressa definição da liberdade de expressão como direito fundamental, garantido a todo e qualquer cidadão; assim, diz o art. 5º, inciso IX, ser “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. A sabedoria do instituto está justamente na percepção de que a

informação não constitui uma mercadoria (ainda que possa ser mercantilizada) ou um serviço remunerado (ainda que possa ser prestado profissionalmente). Nas palavras de Dotti (1995, p. 11):

“na outra face da mesma moeda do conhecimento, aparece a liberdade de informação. Na correta observação de Auby e Ducos-Aber, a informação tem como um de seus objetivos a abertura de conhecimentos, instruindo, portanto, os processos de educação e ensino. Essa é também a colocação doutrinária de Matheau, referida pelo jurista Aldo Loiodice, acentuando a liberdade de informação como pré-requisito para a própria opinião, de modo a constituir um prolongamento natural do direito à educação.”

Outra não será a posição de Pinto Ferreira (1998, p. 122):

“a liberdade humana não se concretizaria na prática se não fosse dado ao homem o direito de liberdade de expressão. *Essa liberdade abrange os direitos de manifestação da opinião, de discurso e de imprensa. Abarca ainda a manifestação do pensamento pelo rádio e pela televisão.*”<sup>7</sup>

Da história jurídica mundial, narra o autor que

“a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 afirma que a liberdade de expressão ‘é um dos grandes baluartes da liberdade e jamais poderá ser restringida senão por um governo despótico’. Também a Declaração de Direitos da França de 1789 (art. 11) a reputava como ‘um dos direitos mais preciosos do homem’. A Constituição Federal norte-americana tratou-a na primeira emenda com o título *Freedom of Speech, or of the Press.*”

Poder-se-ia objetar que o art. 220, § 1º, da mesma Constituição reafirma que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa

constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer meio de comunicação social”, mas faz remissão ao dispositivo anotado no inciso XIII do art. 5º, ou seja, reconhece que a liberdade para o exercício de trabalho, ofício ou profissão está diretamente relacionada à atenção às “qualificações profissionais que a lei estabelecer”, o que ratificaria as limitações anotadas no Decreto-Lei nº 972/69. Destarte, ter-se-ia uma aceitação constitucional de tais exigências.

A exegese assim concretizada, contudo, não me parece adequada, pois se baseia numa triangulação hermenêutica que, mediante um indevido refracionamento de disposições, acaba por anular a vigência de um princípio constitucional, o que é de todo inaceitável. Explico-me: insofismavelmente, há diversas formas de se interpretar uma norma jurídica; algumas dessas formas conduzem o exegeta à própria negação da norma, ou normas, que contém uma inovação jurídica, à anulação de seus fins e efeitos. Já tive ocasião de cuidar do tema (1997, p. 224), aludindo a uma “endêmica resistência” em “concretizar os avanços sócio-políticos”, insistindo-se “em posturas (inclusive hermenêutica) excessivamente conservadoras, formalistas”; citei, então, Menelick de Carvalho Netto (1992, p. 207), a denunciar uma “subversão efetiva dos significados possíveis, originais e primeiros dos textos legais que, ao serem atualizados por práticas tradicionais inerentes à ordem anterior, asseguram a continuidade desta”.

Em oposição a tais tendências, deve o exegeta estar atento aos princípios maiores inscritos no texto constitucional, pois são estes as balizas que devem orientar seu trabalho de interpretação. Celso Antônio Bandeira de Mello (1980, p. 230) brindanos com uma magistral explanação que merece ser aqui transcrita:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição

fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.

Ouçã-se, ainda, Raquel Discacciatti Bello (1996, p. 314):

“Toda ciência é construída sobre princípios que fornecem a base para a sua evolução. De acordo com conceito de Cretella Junior, os ‘princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam toda as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência’. [...] Os princípios, assim como as regras, integram o ordenamento jurídico. Mas, como idéias primordiais e nucleares de um sistema, estão em posição hierárquica superior a elas. Segundo Sundfeld, isso ocorre porque o princípio jurídico ‘determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico. Deve haver coerência entre os princípios e as regras, no sentido que vai daqueles para estas’. Mais adiante, afirma que ‘aquele que só conhece as regras ignora a parcela mais importante do direito – justamente a que faz delas um todo coerente, lógico e ordenado. Logo, aplica o direito pela metade”.

Pois bem, se examinarmos detidamente a situação aqui presente, verificaremos que o princípio que deve orientar todo o trabalho exegético comentado é o princípio do amplo e livre acesso aos meios de comunicação, quer para ser informado,

quer para informar. Disse-o bem Dotti (1995, p. 11):

“a participação de todos na vida pública é uma das exigências inerentes à preservação e ao desenvolvimento dos direitos individuais e sociais. A encíclica *Pacem in Terris* (1963) destacou esse direito como expressão da dignidade pessoal. Nos termos do aludido documento, através da participação na vida pública se abrem aos seres humanos novas e vastas perspectivas de trabalhar em favor do bem.”

Essa participação exige possibilidade de poder noticiar, de retratar, de opinar. Tólhê-la, como visto, é repetir na nova Ordem Constitucional vícios do regime anterior que se quis substituir, superado que fora pela democratização do país.

Essa conclusão coaduna-se com o restante do texto constitucional com maior amplitude do que aquela que se direciona à ratificação do Decreto-Lei nº 972/69, ou seja, que pretende preservar a vigência de um ato de arbítrio<sup>8</sup>. É a única interpretação, aliás, que respeita as diretivas já expostas pelo legislador constituinte no preâmbulo da Carta, deixando expresso o intuito de fundar um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade”, assim como “a igualdade”, como valores supremos de uma “sociedade pluralista”.

Aliás, é preciso não perder de vista, nunca, a orientação normativa que é desenhada pelo preâmbulo da Carta Política, como bem o ensina Pinto Ferreira (1998, p. 71):

“O preâmbulo de uma Constituição nunca deve ser considerado mera fórmula, como disse Barraqueiro. Ele é, ao contrário, parte integrante da Constituição. Tem, assim, o mesmo valor que a Constituição; está acima das leis ordinárias. Nesse sentido afirmou Story em seus Comentários à Constituição Federal

dos Estados Unidos que o preâmbulo revela a intenção do legislador.”

Não é possível, em hipótese alguma, pretender embargar o fim constitucional último pela inserção de uma incidente legal, limitativa do alcance da disposição hierarquicamente superior. Isso equivaleria à permissão para que o princípio constitucional fosse reduzido à condição de letra vazia, sem qualquer efeito prático. Mais: seria a instauração da própria anarquia, fazendo com que a lei (por essência, de mutação mais fácil e, via de regra, carente de conteúdos que reflitam as grandes preocupações da sociedade organizada em Estado) tivesse uma inaceitável predominância sobre a baliza maior, à qual deveria submeter-se. Ora, disse-o bem José Afonso da Silva (1982, p. 44-45):

“as normas ordinárias e mesmo as complementares são legítimas, quando se conformam, formal e substancialmente, com os ditames da constituição. Importa dizer: a legitimidade dessas normas decorre de uma situação hierárquica em que as inferiores recebem sua validade da superior. São legítimas na medida em que sejam constitucionais, segundo um princípio de compatibilidade vertical”.

Ainda que correndo o risco de tornar-me enfadonho pela repetição de referências concordantes, cito também Dalmo de Abreu Dallari:

“é comum ouvir juiz falar ‘eu sou escravo da lei’. Isso é exagero, porque juiz não pode ser escravo de nada nem de ninguém. Mas, se quiser dizer que está subordinado à lei, o juiz deve lembrar que a primeira lei é a Constituição. Muitos juízes ignoram os princípios constitucionais. Fazem uma aplicação formalista do Código Civil e da legislação ordinária, ignorando a Constituição. Grande parte de nossa legislação está claramente em conflito com a rea-

lidade. Nosso Código Civil é de 1917”. (apud *Jornal do Brasil*, 22.set.96, p. 18).

Note-se que nem mesmo Pinto Ferreira, ao ocupar-se do art. 220 e seguintes da Constituição da República, contempla a interpretação que, limitando o acesso às atividades informativas (ou jornalísticas), prefere o Decreto nº 972/69 ao princípio constitucional inscrito no art. 5º, IX, do Texto Normativo Maior. Para ele (1998, p. 541):

“o processo social da comunicação recebeu tratamento especial da Constituição vigente. A manifestação do pensamento, de criação e expressão ou de informação não sofrerá nenhuma restrição, exceto aquela prevista na Lei Magna. É também proibida qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

Curiosamente, todos sabem que o Decreto nº 972/69 alicerçou-se numa postura de censura política; mas se pretende, por uma interpretação triangular, desvirtuar a orientação da Constituição *cidadã* e, assim, buscar dar aparência de conforme ao Direito o que nada mais foi (e é) do que um ato de cerceamento de uma das principais liberdades civis: a de se comunicar, a de se expressar.

Insustentável, portanto, a limitação legal.

### 5. Conclusão

Trabalha-se, ainda, com uma hipótese que esboça um esforço de compatibilização entre o princípio constitucional da ampla liberdade de expressão, erigido na condição de direito fundamental de todo cidadão, e as restrições anotadas no Decreto nº 972/69. Por essa via, propõe-se que o cidadão que não seja graduado em jornalismo e, portanto, que não tenha registro jornalístico, na forma daquela legislação, exerça sua atividade sob a supervisão e assessoria de um jornalista com ha-

bilitação e registro na forma estatuída pela malfadada legislação ditatorial.

A prática, presente em muitos periódicos, revela uma louvável postura conciliatória, mas, a meu ver, de todo desnecessária. Afinal, como abusivamente demonstrado acima, exigir a presença, a supervisão ou a assessoria de um jornalista para o livre de garantia basilar para o exercício da democracia equivale ao próprio amesquinçamento do direito fundamental e, via de consequência, do próprio sistema jurídico.

Por certo, não pratica irregularidade aquele que busca satisfazer o regime de controle técnico das opiniões instituído pela ditadura militar (com vistas a um controle político da circulação das idéias, limitando o universo de sujeitos habilitados à expressão pela *mass media*) por meio do Decreto nº 972/69. Ao fazê-lo, apenas sujeita-se à legislação militar e, destarte, acaba por conseguir compatibilizar seu direito com esta. É legítimo tal esforço de compatibilização: a presença da supervisão de um jornalista com habilitação e registro sana por completo a atuação do cidadão que não as possui, na medida em que empresta a este, por meio da revisão técnica de seus atos, todos os elementos que poderiam, ainda, justificar a sobrevivência das limitações estudadas. Mas desnecessário, parece-me, já que a Ordem Constitucional, em sua melhor interpretação, não lhe exige tal aviltamento.

Parece-me inequívoco, portanto, que não subsiste no sistema legal brasileiro, em face da revolução operada pela Constituição promulgada em 1988, a limitação do poder de expressão por meio da imprensa (em sentido largo, a alcançar a mídia eletrônica), já que, dentro de um Estado Democrático de Direito, não se pode criar barreiras técnicas como forma de cercear direitos de cidadania.

Curiosamente, a exigência de graduação e registro no Conselho sequer se ocorre de razões técnicas, ao contrário do

que ocorre com a Medicina, por exemplo. A faculdade não faz melhor o jornalista, nem mais ético, nem mais noticioso. Apenas exclui levas de brasileiros da possibilidade de expressão plena. A exemplo do que ocorre com autores de poesia e de prosa, dispensados de registro ou graduação (o que permitiu à nossa literatura ter a genialidade de um Guimarães Rosa que, por ser médico, pôde escrever maravilhas mas, hoje, não poderia estar na redação de um jornal), operadores de notícia e informação, diante de um acesso amplo e democrático à mídia, seriam julgados pela sua capacidade de expressão, fazendo lembrar, apenas nisso, Newman (1967, p. 9):

“a sociedade democrática é um mercado, onde, da mesma forma que as mercadorias, as idéias são compradas e vendidas. Trata-se de mercado governado pelo princípio do comércio livre. As idéias têm curso, e são expulsas do mercado apenas se incapazes de despertar prosélitos”.

Não há, portanto, como fazer subsistir a interpretação que as corporações procuram dar ao tema. Importa garantir que todos possam expor-se, expressar-se, participar amplamente da circulação de informações e opiniões. A restrição é ilegítima, nos termos demonstrados acima. Sem livre circulação de idéias, de pontos de vista, de narrativas, jamais haverá um Estado Democrático de Direito.

### Notas

<sup>1</sup> Mesmo Dines (1986: p. 150), que defende a obrigatoriedade do diploma para o exercício da profissão, reconhece que “o problema da regulamentação da profissão de jornalista é questão menor, casuísta, não devendo constar de uma Constituição Moderna, necessariamente sintética e essencial”.

<sup>2</sup> Art. 13, parágrafo único: “Aos Sindicatos de Jornalistas incumbe representar às autoridades competentes acerca do exercício irregular da profissão.”

<sup>3</sup> O que pressupõe a concepção de uma isenção política e, mais amplamente, ideológica, que não encontra sustentação na realidade por motivos que, de tão enunciados, já se tornaram óbvios.

<sup>4</sup> Castro, em sua entrevista a Travancas (*idem*, p. 77), cita como exemplo de jornalista Samuel Wainer, “homem dotado de agudeza e inteligência, que se cercou de gente letrada”; mais: “ele era um autodidata, falava três línguas; tinha uma vivacidade e um gosto fanático por fazer jornal”.

<sup>5</sup> “O escritor foi empresário editorial utopista e fadado, ao mesmo tempo em que jornalista e crítico do jornalismo.” (WISNIK, 1992, p. 322)

<sup>6</sup> Como há muito; basta recordar o contexto historiográfico em que escreve Balzac, a partir de uma “percepção de poderes discursivos” (WISNIK, 1992, p. 323).

<sup>7</sup> Destaquei.

<sup>8</sup> Nunca é demais recordar que o Decreto-Lei nº 972/69 funda-se no poder normativo da Junta Militar que tiranizava o país, baseada na esdrúxula vigência de “atos institucionais”, meras justificativas legislativas à usurpação do poder pelas forças armadas.

### Bibliografia

- BAHIA, Juarez. *Jornal, história e técnica: história da imprensa brasileira*. 4. ed. São Paulo : Ática, 1990.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro : Renovar, 1993.
- BELLO, Raquel Discacciatti. O princípio da igualdade no concurso público. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília : Subsecretaria de Edições Técnicas/Senado Federal, n. 131, jul./set. 1996. p. 313 e ss.
- CARVALHO NETTO, Menelick. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte : Del Rey, 1992.
- DEAG, John Dennis. *Comportamento social dos animais*. São Paulo : EPU/USP, 1981.
- DINES, Alberto. *O papel do jornal*. 5. ed. São Paulo : Summus, 1986.
- DOTTI, René Ariel. Liberdade de informação: os direitos de informar, de se informar e de ser informado. *Boletim Técnico da OAB/MG*. Belo Horizonte : [s.n.], v. 2, n. 1, janeiro de 1995. p. 9-24.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1998.
- FISCHER, Desmond. *O Direito de comunicar: expressão, informação e liberdade*. São Paulo : Brasiliense, 1984.
- KARAM, Francisco José. *Jornalismo, ética e liberdade*. São Paulo : Summus, 1997.
- MAMEDE, Gladston. Hipocrisia: o mito da cidadania no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília : Subsecretaria de Edições Técnicas/Senado Federal. n. 134, abr./jun. 1997. p. 219-229.
- MARCONDES FILHO, Ciro. *O Capital da notícia: jornalismo como produção social da segunda natureza*. 2. ed. São Paulo : Ática, 1989.
- MEDINA, Cremilda. *Notícia, um produto à venda: jornalismo na sociedade urbana e industrial*. 2. ed. São Paulo : Summus, 1988.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980.
- MELO, José Marques. *A opinião no jornalismo brasileiro*. Petrópolis : Vozes, 1994.
- NEWMAN, Edwin S. *Liberdades e direitos civis*. Trad. por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro : Forense, 1967.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982.
- TRAVANCAS, Isabel Siqueira. *O mundo dos jornalistas*. São Paulo : Summus, 1993.
- WISNIK, José Miguel. *Ilusões Perdidas*. In: NOVAES, Adauto (org.). *Ética*. São Paulo : Companhia das Letras/Secretaria Municipal da Cultura, 1992.

# O conceito de direito real

Dilvanir José da Costa

## Sumário

1. Introdução. 2. Caracteres do direito real e do direito obrigacional. 3. Efeitos do direito real. 3.1. Obrigações com eficácia real. 4. Requisitos do direito real. 5. Sistemas de constituição dos direitos reais. 6. Funções do registro imobiliário. 7. Classificação dos direitos reais. 8. Evolução do direito de propriedade. 9. Fundamentos do direito de propriedade. 10. Limitações ao direito de propriedade.

### 1. Introdução

Henri Capitant considera a distinção entre direito real e direito obrigacional “a espinha dorsal do direito privado”. Por isso, a melhor técnica para se conceituar o direito real é compará-lo e distingui-lo do direito obrigacional. O conceito objetivo e didático desse instituto pode ser obtido por meio de sua análise sob três aspectos: *caracteres, efeitos e requisitos*.

### 2. Caracteres do direito real e do direito obrigacional

O que mais caracteriza o direito real é o *jus in re* ou poder direto do titular sobre a coisa. Mestre Orozimbo Nonato afirmou, em sua linguagem exuberante, que “o traço conspícuo do direito real é a senhoria direta”. No relatório do projeto do Código Civil alemão, lê-se que “a essência da realidade reside no poder imediato da pessoa sobre a coisa”. Isso significa que,

Dilvanir José da Costa é Professor de Direito Civil nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Direito Civil. Advogado.

na relação real, o titular se acha vinculado diretamente à coisa, podendo exercer imediatamente o seu direito real sem dependência da prestação de outra pessoa. É por isso uma relação atual e indubitosa e uma situação tranqüila para o titular, que já domina a coisa e pode exclamar: tenho *jus in re!*

Diferente é a situação do credor de uma obrigação que tem por objeto a prestação de um direito real sobre a mesma coisa. Ele tem apenas um *jus ad rem* ou direito à coisa ou direito de crédito sobre a mesma. Sendo mero credor de uma prestação de transferência do domínio ou de constituição de outro direito real, ele apenas crê ou confia na honestidade e solvabilidade do devedor, que poderá decepcioná-lo, descumprindo a obrigação e frustrando-lhe a expectativa de atingir o direito real. Por isso se diz que o poder do credor da coisa é indireto ou mediato, porque se exerce por intermédio do devedor, que se obrigou a constituir o direito real em favor daquele. E assim o direito do credor encerra uma esperança, uma dúvida ou interrogação até que se transforme em direito real.

Outro caráter típico do direito real é o poder absoluto do titular sobre a coisa, porque se exerce *erga omnes* ou contra toda a coletividade, que deve-se abster de perturbar essa relação (dever geral de abstenção ou obrigação passiva universal). O poder indireto ou mediato do credor de uma prestação se exerce apenas contra ou relativamente ao devedor da mesma, em razão do princípio milenar de que a sentença e o contrato só vigoram entre as partes, em regra.

Enquanto a obrigação típica tem por objeto uma prestação positiva ou negativa determinada (dar, fazer, não fazer, indenizar), a cargo de um sujeito passivo determinado, a qual somente dele e de eventual co-obrigado pode ser exigida, o direito subjetivo real do titular corresponde a uma obrigação negativa ou abstenção (dever geral de não perturbar o direito real

do titular), a cargo de sujeitos passivos indeterminados na sociedade, os quais se determinam eventualmente, à medida que descumprem o dever de abstenção e se sujeitam às ações reais do titular.

### 3. Efeitos do direito real

Os caracteres de um instituto jurídico produzem o seu visual, enquanto os seus efeitos estão ligados ao seu poder, à sua capacidade e utilidade.

O poder direto sobre a coisa, caráter básico do direito real, conduz ao primeiro efeito ou vantagem desse direito: o poder de extrair do seu objeto os benefícios ou proveitos inerentes – usar diretamente ou por meio de terceiro (emprestar), fruir (alugar) e dispor (alienar, alterar, destruir, consumir).

O poder absoluto ou *erga omnes* tem como efeito prático ou vantagem o direito de seqüela ou de seguir, perseguir o objeto de seu direito onde quer que esteja e reivindicá-lo do poder de quem injustamente o possui. Os romanos já proclamavam: “*ubicunque sit res, domino suo clamat*” – *a coisa clama por seu dono*.

A seqüela, que decorre do poder absoluto, constitui efeito típico do direito real, de par com o *jus utendi, fruendi et abutendi*, que decorre do poder direto sobre a coisa.

Tão relevantes são esses dois efeitos do direito real que o Código Civil, no artigo 524, define o direito de propriedade (síntese dos direitos reais) sob tais aspectos, decorrentes do poder direto (uso, fruição e alienação) e do poder absoluto (seqüela ou reivindicação), como se pode conferir:

“A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.”

A obrigação típica não é dotada de seqüela. Assim, se alguém contrata a aquisição de um objeto móvel e não o recebe do alienante por meio da tradição, só dispõe de um crédito sobre o mesmo. Se o alienante vem a dispor do objeto novamente e o

entrega a terceiro, este se torna dono. O primeiro adquirente não pode voltar-se contra o terceiro para exigir o objeto, por falta de seqüela. Só pode postular resolução do contrato contra o alienante inadimplente, com perdas e danos. O mesmo ocorre com o contrato de aquisição de imóvel ou constituição de direito real imobiliário, antes da sua transcrição no Registro Público.

Outro efeito do direito real é a preferência, inerente aos direitos reais de garantia. Por ser duvidosa e vulnerável, a obrigação recorre ao direito real para se garantir e assegurar a sua realização. Recorre aos subsídios da seqüela e da preferência. Para tanto, as partes numa obrigação vinculam uma coisa móvel ou imóvel do devedor ou de terceiro (que adere ao pacto) ao cumprimento da mesma. Tal vínculo acessório de garantia real faz com que o credor não só tenha seqüela sobre a coisa oferecida em garantia como exerça preferência para receber seu crédito com o produto da sua penhora e venda em execução. A obrigação simples ou típica não dispõe dessas vantagens: tem todo o patrimônio do devedor como garantia, mas este pode dispor de tudo livremente e se tornar insolvente à época da execução. No direito real de garantia ou obrigação com garantia real, o credor exerce seqüela e preferência sobre bens destacados do patrimônio do devedor ou de terceiro, os quais não podem escapar à execução da obrigação.

### 3.1. Obrigações com eficácia real

A vantagem da seqüela no direito real ou poder de perseguir o seu objeto *erga omnes* é tão importante que certas obrigações se distinguem das comuns ou típicas, por serem dotadas de eficácia real ou direito de seqüela *ex vi legis* ou por sua própria natureza. Um exemplo está no artigo 1.197 do Código Civil, em que um contrato de locação por prazo certo, com cláusula de vigência no caso de alienação do imóvel, inscrita no registro público, será respeitado ou cumprido até o seu final pelo eventual adquirente do

mesmo (advertido pelo registro do pacto). Há um princípio segundo o qual a alienação rompe a locação. No entanto, a cláusula *supra* passa a conter eficácia real, ou seja, o locatário se vincula ao uso do imóvel com o mesmo poder de seqüela inerente ao direito real.

Outro exemplo é a denominada obrigação real ou *propter rem* (que nasce não da vontade das partes, mas em decorrência mesma da vinculação de alguém a certa coisa polêmica, como no condomínio e nos tapumes divisórios). A obrigação de pagar taxas de administração do condomínio ou despesas com tapumes divisórios constitui uma necessidade imperiosa, exigida pela própria coisa, que por isso deve responder, em última hipótese, pela sua solução, seja quem for o respectivo proprietário. O credor pode penhorar a coisa que gerou os gastos, em poder de quem esteja ou *erga omnes*. Por isso se diz que tal obrigação é ambulatória ou *ambulat cum domino* ou acompanha o novo dono da coisa.

### 4. Requisitos do direito real

Cerca de noventa por cento dos direitos reais são constituídos por meio da compra e venda, da permuta, da doação e da dação em pagamento (inclusive em hasta pública e desapropriação ou venda compulsória). Os demais o são por acessão, usucapião, sucessão hereditária e outros restritos modos de aquisição. Daí a importância da *tradição* como modo de aquisição dos móveis e da *transcrição* do título no registro imobiliário para a constituição dos direitos reais sobre os imóveis. Em nosso direito civil, não basta o *consentimento* das partes nos contratos para se adquirir o domínio ou outro direito real. O efeito constitutivo decorre da *tradição* ou entrega real ou simbólica ou formal dos móveis e da *transcrição* do contrato ou título respectivo no registro imobiliário da situação do imóvel. Numa palavra, o requisito do direito real é a *publicidade*, por meio da tradição e da transcrição. Se o direito real é dotado de

eficácia *erga omnes*, tal como a lei, é imperioso que seja conhecido de todos, assim como ocorre com a publicidade das leis.

Quanto aos móveis em geral, não há forma de publicidade mais prática e eficiente do que a tradição ou movimentação dos objetos. Certos móveis de maior valor e importância, assim como os direitos reais mobiliários de garantia, dispõem de registros especiais de títulos e documentos, registros administrativos etc.

### 5. *Sistemas de constituição dos direitos reais*

Adotamos o sistema romano-germânico de constituição dos direitos reais ou sistema da duplicidade formal (contrato ou título causal seguido da tradição ou da transcrição no registro público). Os romanos o resumiram nesta fórmula: “*traditionibus vel usucapionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur*”. O domínio das coisas se transfere pela tradição (e hoje pela transcrição, quanto aos imóveis), e não pelos contratos apenas. Os alemães aperfeiçoaram esse sistema instituindo o registro ou cadastro imobiliário com eficácia absoluta ou *juris et de jure*, inicialmente para garantir os créditos hipotecários.

O outro sistema é o da unidade formal, em que basta, em princípio, o contrato ou título para gerar direito real, pelo menos entre as partes. É adotado pelo Código Civil francês: “por efeito das obrigações” (art. 711) e “independente da tradição”(art. 1138), seguido pelo italiano e pelo português (arts. 408, 879, 1.316).

Segundo Mazeaud, o sistema francês seria a evolução da tradição no sentido da desmaterialização até a sua eliminação, a fim de dinamizar as transações. Mas, diante dos riscos das transmissões ocultas, com prejuízos para terceiros, o sistema vem sendo atenuado e aproximado do nosso, por meio do princípio “em relação aos móveis a posse equivale ao título” e do preceito que veio atribuir prioridade “ao primeiro que publicar a aquisição do imóvel” (Lei de 4.1.55).

Em nosso código, foi consagrado o sistema romano da duplicidade formal – contrato mais tradição (art. 620) e contrato mais transcrição (art. 530, I), em relação aos móveis e aos imóveis, respectivamente.

Ainda não adotamos o sistema alemão da presunção absoluta do direito real por meio da inscrição no cadastro imobiliário, com a garantia do Estado. Nosso sistema é o da presunção relativa, admitindo-se a anulação tanto do contrato ou título causal como do registro, mediante ação judicial.

### 6. *Funções do registro imobiliário*

Tema correlato é o das funções atribuídas ao registro imobiliário, que são as seguintes:

a) *publicidade*: tal como a lei, o direito real, com eficácia *erga omnes*, deve ser divulgado para conhecimento e segurança de terceiros, os quais têm livre acesso ao cadastro por meio de certidões com fé pública;

b) *constitutiva do direito real*: se a publicidade é a segurança de terceiros, a função constitutiva do direito real é a segurança do titular, que vê nascer o seu direito por meio do registro do título ou contrato. É o que ocorre na hipótese do artigo 530, I, do Código Civil;

c) *função declaratória*: atua nas hipóteses do artigo 530, II, III e IV, do Código Civil – aquisição pelos modos autônomos da acessão, do usucapião e do direito hereditário, os quais independem de transcrição para *constituir* o direito real. O registro se faz com efeito declaratório apenas, a fim de aperfeiçoar um direito real já constituído por outro modo autônomo. Serve inclusive para valorizar o direito real, ensejando a sua alienação e constituição de outros direitos reais (hipoteca, servidão);

d) *continuidade ou seqüência*: é a função histórica do registro, vinculando os títulos causais e facilitando o acesso à evolução dos direitos reais sobre determinado imóvel;

e) *função probatória*: o registro imobiliário, mediante certidões expedidas livremente, constitui prova do direito real, aceita sem

contestação enquanto não for alterado o registro pelos meios legais.

### 7. Classificação dos direitos reais

#### A) Direitos reais na coisa própria:

I – domínio pleno ou *plena in re potestas* ou síntese de todos os direitos reais;

II – domínio direto, nua propriedade, propriedade limitada, gravada ou onerada: substância jurídica da propriedade esvaziada do conteúdo econômico ou limitada por um ônus ou gravame.

#### B) Direitos reais na coisa alheia:

I – *de gozo ou fruição*: enfiteuse, usufruto, uso, habitação, servidão predial, concessão de uso;

II – *de garantia*: penhor, hipoteca, anticrese, alienação fiduciária e constituição de renda imobiliária;

III – *de aquisição*: promessa de compra e venda irrevogável e sua cessão, inscritas no registro imobiliário (arts. 5º, 16 e 22 do DL 58/37); compra e venda com cláusula de retrovenda (art. 1.140 do CCB); direito de preferência do condômino na venda de coisa indivisível (arts. 632, 1.139 e 1.777 do CCB); direito de preferência do locatário e do arrendatário rural (art. 33 da Lei 8.245/91 e art. 92, §§ 3º e 4º, da Lei 4.504/64; direito de preferência na enfiteuse (arts. 685 e 689 CCB).

C) *Posse*: a posse está mais para o direito real do que para o direito obrigacional, embora seja condição da utilização das coisas em ambos esses direitos. A posse pura ou natural, independente de contrato e de direito real, é um fato juridicamente relevante e, portanto, um direito amparado pelos interditos e capaz de se transformar em domínio, se atendidos os demais requisitos do usucapião. A posse contratual, objeto de direito obrigacional, é protegida pelos interditos, inclusive contra o dono, embora não seja objeto de usucapião. Mas sobretudo os direitos reais de gozo dependem da posse, como instrumento indispensável ao uso direto ou à fruição da coisa. Por isso o nosso código a incluiu no Livro do Direito das Coisas, embora não prevista

no artigo 674 como direito real típico. Seria direito real especial.

### 8. Evolução do direito de propriedade

Segundo o renomado jurista português Luiz da Cunha Gonçalves, dois equívocos levaram os socialistas a negar a existência do direito de propriedade nos primórdios da civilização. O primeiro foi tratar da história do direito de propriedade em geral como se estivessem encarando apenas a história da propriedade da terra. Esta foi bastante posterior ao domínio dos bens de uso pessoal, por várias razões e circunstâncias óbvias. No início da civilização, havia mais terra do que os pretendentes ao seu uso, posse e domínio. Não havia cobiça nem disputa da terra. Os homens primitivos eram nômades e viviam da caça e da pesca ou mesmo do pastoreio em grandes áreas disponíveis. A agricultura, que exige o contato maior com a terra, surgiu em fase posterior, com o povoamento e maior necessidade de alimentos. Também, por problemas climáticos e geográficos, muitas áreas, mesmo agora, deixam de ser interessantes ou cobiçadas, em razão das dificuldades ou impossibilidade mesma do cultivo: os desertos, as regiões polares e até mesmo as terras áridas como certas partes do nordeste brasileiro. Onde o segundo equívoco: não houve, como alegam, um comunismo ou coletivismo da terra no início. O que houve foi a desnecessidade e o desinteresse pela sua apropriação individual.

Quanto ao primeiro equívoco, de confundir a propriedade em geral com o domínio da terra, o grande civilista conclui, categórico, que a propriedade individual dos bens ou objetos de uso pessoal – alimentos, vestuário ou agasalho, habitação e objetos de caça e pesca – sempre existiu, por ser um sentimento inato e instintivo tanto no homem adulto como na criança e até nos irracionais. Ninguém ousaria subtrair-lhes o alimento ou a moradia sem sujeitar-se a violenta reação.

Já a disputa da terra somente veio muito depois, com a multiplicação da espécie humana e a necessidade da agricultura em maior escala. Nessa nova fase, sempre existiu a divisão e a posse da terra em faixas determinadas, para cultivo por uma classe especial de pessoas estabelecidas ou fixas em um território, por razões óbvias: a agricultura é atividade não só técnica como árdua e dependente de qualidades e dotes especiais para o seu manejo, inclusive muita dedicação e paciência. Nem todos são aptos para esses misteres laboriosos e cansativos. Por isso, muitos desistem e repassam suas propriedades.

A História dá o testemunho da existência da propriedade individual da terra em todas as civilizações conhecidas, por meio de suas respectivas legislações: o Código de Hamurabi na Babilônia, o Código de Manú na Índia, a Lei Mosaica, as leis gregas e as XII Tábuas em Roma. Consagrando a experiência de milênios, os romanos aprovaram o primeiro grande código civil, o *Corpus Juris Civilis*, no século VI de nossa era, reconhecendo e disciplinando o direito de propriedade privada tal como veio a ser adotado por todas as nações modernas, com as limitações exigidas pelas circunstâncias. Foi consagrado o *jus utendi, fruendi, abutendi et reivindicandi*, que encerram os poderes do proprietário em relação à coisa, de forma exclusiva e absoluta.

Não demorou muito e veio a ser implantado na Europa um novo modelo de propriedade, em consequência das ameaças de invasões de terras pelos povos conquistadores. Primeiro foram os bárbaros germanos, que invadiram e dominaram o Império Romano do ocidente e trataram de estabelecer um regime político e jurídico de propriedade que assegurasse a sua defesa e preservação: a propriedade feudal, cindida ou dividida entre dois titulares, sendo um o usuário, feudatário ou vassalo, titular do domínio útil, perpétuo e alienável, inclusive por sucessão hereditária, e o outro o senhor feudal ou concessionário real da terra para

exploração, titular do domínio direto ou substância jurídica da propriedade. Além da contribuição econômica ou foro periódico e do laudêmio pela transferência da gleba a terceiro, o vassalo ainda se obrigava a ser fiel ao senhor da terra, para juntos defenderem-na contra eventuais invasores.

Esse regime econômico-político da propriedade perdurou por toda a Idade Média, beneficiando os senhores feudais ou nobreza e a Igreja, como titulares do domínio sobre vastas áreas de terras. O regime se transformou em forma de exploração dos usuários pelos senhores da terra, gerando movimentos de revolta que culminaram com a Revolução Francesa de 1789, quando se proclamou a liberação dos ônus feudais, passando a propriedade a ser plena e exclusiva em favor dos usuários.

Logo em seguida, o Código Civil francês – Código de Napoleão (1804) –, primeiro grande código civil da era moderna, definiu o direito de propriedade nos moldes do Direito Romano, como direito de usar, gozar e dispor da coisa de forma absoluta, no que foi seguido pelas demais nações da Europa e de todo o mundo civilizado.

Não demorou, porém, a surgir a reação dos socialistas contra a propriedade individual e absoluta, a partir do Manifesto comunista de 1848 na França, liderado por Marx e Engels, pregando a propriedade coletiva dos bens de produção. Essas idéias deflagraram a Revolução Soviética de 1917, que implantou ali o novo regime de propriedade.

Na mesma época, a Constituição alemã de Weimar deu um grande passo para a socialização do direito de propriedade, proclamando o imperativo da sua função social. Esse novo conceito teve grande repercussão, inclusive em nosso país, em que as Constituições, a partir de 1934, passaram a assegurar o direito de propriedade como regra, mas estabeleceram, como exceção ao princípio, a sua função social, sintetizando todo o complexo de restrições e limitações à propriedade privada.

A despeito de todas as idéias e movimentos contrários a essa instituição, ela continua sendo, tal como o instinto de conservação da vida, um imperativo das necessidades e do egoísmo do homem, seu caráter fundamental, na expressão de Cunha Gonçalves, com esta citação de Ihering: “egoísmo que só conhece a si próprio, só quer para si mesmo, e contudo ele construiu o mundo.” E conclui que o próprio Proudhon, que afirmou “*la propriété c’est le vol*”, veio a reconhecer que “*la propriété c’est la liberté*.”

### 9. Fundamentos do direito de propriedade

Existem quatro teorias principais sobre o tema:

a) *Teoria da ocupação*. O fundamento do direito de propriedade seria a ocupação ou apropriação das coisas pela anterioridade na sua posse. Não haveria outro sentido para a teoria, desde que a ocupação das coisas já possuídas por terceiro constituiria invasão de propriedade alheia ou esbulho, o que seria contraditório.

Com relação aos imóveis, a teoria teria tido razão completa nos tempos primitivos, relativamente aos primeiros ocupantes das terras sem dono (*res nullius*); ou mesmo em relação aos descobridores de novos continentes ou primeiros ocupantes de terras e ilhas desabitadas. Seria polêmica a ocupação se nessas terras houvesse tribos indígenas invocando seus direitos de precedência. Mas ainda assim a teoria teria sentido e fundamento se encarada a propriedade sob os aspectos sociais da melhor ocupação, exploração e desenvolvimento.

Quanto aos móveis, as novas concepções sobre o meio ambiente jogaram por terra até mesmo o modo técnico de aquisição da propriedade móvel pela *ocupação*, consagrado nos códigos civis, por meio da caça e da pesca. Já não constituem acessórios das terras, pertencentes aos respectivos proprietários, os animais bravios e até os peixes, salvo

restritas exceções. A caça e a pesca vão-se restringindo a ponto de constituírem crime...

As coisas sem dono e as coisas abandonadas estão cada vez mais reduzidas, limitando-se praticamente ao lixo, cuja remoção custa taxa municipal onerosa.

Logo, a ocupação por si não justifica hoje a apropriação das coisas, a menos que se associe aos demais requisitos do usucapião, este sim um modo técnico e autônomo de aquisição sancionado pela consciência jurídica universal.

b) *Teoria do trabalho*. O trabalho seria a fonte e fundamento da propriedade. Também teve algum sentido na era pré-civilizada, quando a natureza era pródiga e a produção não carecia de capitais. O trabalho era tudo. Com a civilização, destacaram-se outros fatores da produção – a terra, as máquinas e equipamentos, a energia, as vias de comunicação, o transporte, a tecnologia e uma infinidade de valores dependentes de recursos ou capitais.

A teoria, atribuída aos economistas radicais ou comunistas, serviu ao propósito de valorizar e resgatar o trabalho como fator da produção, diante da sua exploração pelos demais agentes da economia.

c) *Teoria da lei*. Atribuída aos juristas positivistas. A lei seria o único fundamento da propriedade, que existiria ou não conforme e segundo a determinação legal.

Mas isso não constitui fundamento e sim arbítrio de determinado regime legal. A lei institui e regulamenta a propriedade segundo determinada concepção desse instituto. Essa concepção é que deve-se lastrear num fundamento, que será ou não justo, razoável ou racional.

Logo, a lei por si só regula um sistema de apropriação dos bens, segundo uma concepção. A justificação racional do instituto tem outro fundamento mais profundo.

d) *Teoria da natureza humana*. Assim chegamos ao verdadeiro fundamento do instituto.

A propriedade individual é tão instintiva que decorre de sensações humanas: prazer, dor, apetite, carência de bens.

As necessidades básicas humanas exigem um mínimo de apropriação de bens que nenhum regime pode negar sem ofensa a direito humano primário e elementar.

Uma série de fatores torna os homens desiguais, inclusive pela maior capacidade, dedicação ao trabalho e ambição maior. Por isso, às necessidades básicas se somam outras de proporções variáveis, dilargando o conteúdo da propriedade individual. As relações familiares e de parentesco ampliam esse conteúdo, com repercussões no direito sucessório.

Pessoa humana e família justificam a propriedade individual, de que carecem para sobreviver e se realizar com dignidade.

A polêmica surge na sua limitação e regulamentação racionais, em função da organização social e da necessidade de solidariedade humana, previdência social etc.

Logo, a natureza humana carente é o fundamento do direito de propriedade, que deve atender aos imperativos da solidariedade social.

### *10. Limitações ao direito de propriedade*

O regime de propriedade com caráter individualista e absoluto está hoje definitivamente proscrito nas Constituições e na legislação ordinária dos povos de quaisquer ideologias.

O poder de usar, gozar e dispor dos bens da forma mais absoluta foi concepção do Código de Napoleão (1804), consagrando as idéias liberais da Revolução Francesa, contrária ao absolutismo e ao regime da propriedade feudal das terras, com graves ônus para os seus usuários ou vassalos.

Já em meados do século XIX, foi lançado o Manifesto Comunista, liderado por Marx e Engels, contrário a tal regime de propriedade e pregando sua extinção, pelo menos em relação aos bens de produção, como meio de se pôr fim à luta de classes.

As encíclicas papais, a partir da “*Rerum Novarum*” de Leão XIII, trataram de conciliar

as teses individualistas e socialistas sobre a propriedade e seu uso em benefício das pessoas e das coletividades.

A Revolução comunista russa de 1917 pôs fim à propriedade privada dos bens de produção, incorporados ao Estado socialista dos trabalhadores e camponeses.

A Constituição alemã de Weimar (1919) inaugurou a era das leis fundamentais consagrando a “função social da propriedade”.

Nossas Constituições, a partir de 1934, passaram a abrigar o direito de propriedade como regra e, como exceção, a sua função social.

A polêmica hoje se restringe à extensão do conceito de função social, que vai-se ampliando a cada dia, sob variados enfoques.

A despeito da restauração do direito de propriedade sobre os bens de produção e do direito sucessório nas repúblicas socialistas da Rússia e populares da China, e da queda do regime comunista, o caráter ou função social da propriedade decorre da socialização do Direito em todo o mundo moderno.

Seria ocioso apontar as áreas de incidência das limitações, no Direito Privado, no Direito Social e no Direito Público. Basta referir os aspectos mais amplos dos limites quanto ao seu conteúdo, profundidade e projeção aérea, com todas as implicações (minerais, águas, florestas, fauna, aviação, urbanismo, parcelamento do solo, edificações e construções); direito de vizinhança clássico e seus desdobramentos modernos que descambam na vizinhança internacional e no Direito Ambiental; as desapropriações tradicionais por necessidade e utilidade pública, que se ampliam para se estender ao interesse social da agricultura, da industrialização, das reformas agrária e urbana; a Ordem Econômica que intervém na produção, na circulação, na distribuição, no mercado e no consumo de bens; o Direito Social que defende o trabalhador, o locatário, o consumidor, a criança e o adolescente; a preservação do

patrimônio histórico, artístico e paisagístico em todas as esferas da federação; a disciplina do trânsito de veículos e de pessoas nos centros urbanos e nas estradas.

Até as técnicas de atuação em defesa do equilíbrio social se alteram: ao lado da defesa individual e apenas repressiva dos direitos e interesses, surgem as medidas administrativas preventivas e amplas, bem como as ações judiciais coletivas ou em bloco, de rápida e ampla eficácia.

Sem perder de vista a importância social das lideranças econômicas na promoção do desenvolvimento, vai-se ampliando a participação dos empregados nos lucros das empresas, retoma-se com grande promoção o programa de assentamentos rurais em pequenas áreas, procurando reduzir os conflitos de classes e estimular a produção de bens e serviços. A privatização vai aliviando o Estado de atividades estranhas às suas finalidades essenciais (minimizando as oportunidades de corrupção na Administração Pública), para se concentrar nas funções básicas da segurança pública, da Justiça, da saúde, previdência social e educação, para que o cidadão, com o amparo efetivo do Estado, preocupe-se menos com o acúmulo previdenciário de bens e com a necessidade de disputá-los a qualquer custo... e se preocupe mais com a sua valorização profissional e humana.

## Bibliografia

- BARROS MONTEIRO, W. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 14. ed. São Paulo : Saraiva, s./d.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro : Forense, 1956.
- CARVALHO SANTOS, J. M. *C. C. Bras. Interpret.*, 5. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, s./d.
- CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de direito civil*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, s./d.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro : Edit. Rio, 1979.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade....* Rio de Janeiro : Conquista, 1956.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, s./d.
- HEDEMANN, J. W. *Derechos reales*. Madrid : Edit. Rev. Der. Priv., 1955.
- MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil: derechos reales*. Tradução por Zamora y Castillo. Buenos Aires : Europa-América, 1969.
- NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações*. 1. ed. Rio de Janeiro : Forense, s./d.
- PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*, 6. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1956.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado, direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, s./d.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil, direitos reais e posse*. Tradução por Ary dos Santos. São Paulo : Saraiva, 1958.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, v.4, s./d.
- TEIXEIRA DE FREITAS. *Consolidação das leis civis: Introdução*. 3. ed. [s.l. : s.n.], s./d.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. Padova : Cedam, 1978.
- WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 2. ed. São Paulo : Sugestões Literárias, s./d.

# Controle de constitucionalidade no Distrito Federal

Anildo Fabio de Araujo

## Sumário

1. Introdução. 2. Competência do Supremo Tribunal Federal. 3. A justiça no Distrito Federal. 4. O controle de constitucionalidade. 5. Da legitimidade ativa do Procurador-Geral do Distrito Federal e Territórios. 6. Divergências. 7. Parâmetro de controle distrital. 8. Conclusão.

## *1. Introdução*

Com a Proclamação da República, o Governo Provisório, seguindo o modelo norte-americano, transformou o Município Neutro em Distrito Federal – Capital da União –, por meio da “Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1890”. Desde a Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, o Distrito Federal é consagrado como unidade da Federação, constituindo a união indissolúvel da República Federativa do Brasil.

Com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, o Distrito Federal passou a ter autonomia administrativa, legislativa e financeira, embora de forma mitigada. Em face do novo Texto Constitucional, o Distrito Federal tornou-se um ente federativo de posição intermediária entre os Estados e os Municípios, pois tem Poderes próprios (Executivo e Legislativo); competência legislativa e tributária de ambos; o Chefe do Executivo é o Governador e não mais Prefeito; o Poder Legislativo é denominado Câmara Legislativa do Distrito Federal (nos

Anildo Fabio de Araujo é advogado e técnico processual do Ministério Público da União.

Estados: Assembléia Legislativa; nos municípios: Câmara Municipal); etc.

Com relação ao controle de constitucionalidade no Distrito Federal, houve um tratamento especial na Constituição Federal de 1988, com grande evolução, especialmente do controle concentrado. Entretanto, pode ser observada a falta de previsão constitucional expressa quanto ao direito distrital, no art. 102, inciso I, letra “a”, da CF/88, bem como da legitimidade ativa do Governador e da Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, nas disposições do art. 103, incisos IV e V, especialmente.

O Governador do Distrito Federal também tem buscado efetivar o controle abstrato de constitucionalidade de normas distritais perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Arguição de Inconstitucionalidade, processo nº 1998.00.2.000307-0, Rel. Des. Vaz de Mello, referente à Lei nº 1.152/96).

## *2. Competência do Supremo Tribunal Federal*

O STF é o Guardião da Constituição Federal. O Tribunal tem entendimento permissivo ou ampliativo quanto à ADIn sobre o direito distrital (de caráter estadual, regional: competência legislativa estadual) e a legitimidade do Governador do Distrito Federal e da Mesa da Câmara Legislativa distrital para o exercício do controle concentrado perante a Corte Suprema. Entretanto, quanto às normas distritais “municipais”, de âmbito ou interesse local, o STF possui entendimento restritivo, não realizando o controle concentrado, por impossibilidade jurídica do pedido, ainda que aprovada pelo Senado Federal, no âmbito da competência residual prevista no art. 16 do ADCT, e sancionada pelo Governador do Distrito Federal (ADIn nº 209, Rel. Min. Sydney Sanches, referente à Lei Distrital nº 54/89, reguladora do parcelamento e do aproveitamento do solo urbano).

O Governador do Distrito Federal tem exercido, diretamente, a sua legitimidade

ativa (ADIn nº 645-2, Rel. Min. Ilmar Galvão; ADIn nº 665-7, Rel. Min. Octavio Gallotti). Em outra ocasião, requereu a propositura de ADIn ao Procurador-Geral da República (ADIn nº 549-9, Rel. Min. Carlos Velloso).

Quanto ao controle de constitucionalidade de normas do Distrito Federal, tem-se pacificado que ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar:

a) a ADIn Federal de dispositivo(s) da Lei Orgânica do Distrito Federal que contrapõe(m)-se à Constituição da República. Várias são as ADIns cujo objeto é disposição da Lei Orgânica local, em tramitação perante a Corte Suprema, como a ADIn nº 1.020-4, Rel. Min. Ilmar Galvão, que declarou inconstitucional os §§ 3º e 4º do art. 103 da LODF (vedação quanto à prisão cautelar do Governador e irresponsabilidade deste por atos estranhos ao exercício de suas funções). Cabe ADIn Federal inclusive de dispositivo do Ato das Disposições Transitórias da Lei Orgânica do Distrito Federal (ADIn nº 980-0, Rel. Min. Celso de Mello);

b) a ADIn Federal de Emenda(s) à Lei Orgânica do Distrito Federal, contrária(s) à Constituição Federal (ADIn nº 1.557-5, Rel. Min. Octavio Gallotti, proposta pela Associação Nacional de Procuradores de Estado-ANAPE contra a Emenda nº 09/96 da Lei Orgânica do Distrito Federal, aprovada pela Câmara Legislativa do Distrito Federal-CLDF). A medida liminar foi deferida, estabelecendo: 1) a atuação da Procuradoria-Geral da CLDF é restrita aos casos em que a CLDF esteja em juízo em nome próprio; 2) suspendeu o inciso V, § 1º, do art. 57 da LODF – acrescentado pela Emenda nº 09/96; e 3) suspendeu o art. 111 – expressão “no âmbito do Poder Executivo”. A Emenda à Lei Orgânica do Distrito Federal nº 14/97 modificou a Emenda 09/96.

c) a ADIn Federal de lei ou ato normativo do Distrito Federal, especialmente o(a)s aprovado(s)(as) pela Câmara Legislativa do Distrito Federal ou pelo Senado Federal (lei aprovada antes da instituição da CLDF:

art. 16, ADCT.), em face da Lei Suprema Federal, quando a matéria regulada ou regulamentada for de âmbito, caráter ou alçada *estadual*, ou seja, tutelando assunto regional (competência legislativa estadual), tais como impostos estaduais (ICMS, IPVA, ITCMD). Destaco a ADIn nº 1.592-DF, Rel. Min. Moreira Alves, medida cautelar, que suspendeu a eficácia da Lei Distrital nº 1.407/97, que determina a colocação de placas de sinalização antes de toda e qualquer barreira eletrônica implantada nas vias do Distrito Federal, informando a existência desta e a velocidade máxima permitida na via;

d) a ADIn de lei federal, aprovada pelo Congresso Nacional, que regula órgão ou dispõe sobre o Distrito Federal (*lato sensu*): ADIn nº 517-1, Rel. Min. Moreira Alves, referente ao art. 38 da Lei nº 8.185/91 (Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios);

e) a Representação Interventiva Federal, proposta pelo Procurador-Geral da República, visando a observância dos princípios constitucionais sensíveis, com intervenção da União, desde que presente os pressupostos de admissibilidade (arts. 34, VII, e 36, III, CF/88);

f) o Recurso Extraordinário, nas hipóteses previstas no art. 102, inciso III, da Constituição da República. Cabe ressaltar que a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em recurso extraordinário de ação direta de inconstitucionalidade julgada por Tribunal de Justiça, tem eficácia geral, contra todos, *erga omnes*, por se tratar de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a via do recurso extraordinário seja própria do controle difuso, eficácia esta que se estende a todo o território nacional (RE nº 187.142-RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão. Questão de ordem suscitada pelo Min. Moreira Alves);

g) a Reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões, nos termos do art. 102, inciso I, letra “I”, da Lei Maior;

h) o Pedido de Contracautela decorrente de concessão de medida cautelar (liminar) pelo Relator ou Conselho Especial do Tribunal de Justiça, em ação direta de inconstitucionalidade proposta perante o Tribunal local, se, em tese, for cabível recurso extraordinário da decisão final (art. 102, inciso I, alínea “p”, da Constituição Federal; art. 798 do Código de Processo Civil; e art. 4º da Lei nº 4.348, de 1964);

i) a Suspensão de Segurança concedida pelo Relator ou pelo Conselho Especial do Tribunal de Justiça, em ação mandamental (mandado de segurança, por exemplo) de competência originária da Corte local, se a causa versar sobre matéria constitucional (art. 25 da Lei nº 8.038/90).

Geralmente, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, a requerimento da parte ou do Ministério Público (Procurador-Geral da República ou Procurador-Geral de Justiça), profere decisão monocrática sobre a Reclamação, o Pedido de Contracautela e a Suspensão da Segurança.

### 3. A Justiça no Distrito Federal

A Lei Orgânica do Distrito Federal não dispõe sobre o Judiciário local, que é órgão da União (art. 21, inciso XIII, da Constituição Federal). A competência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e dos juízes locais é regulada por lei federal (Lei de Organização Judiciária – Lei nº 8.185, de 10 de maio de 1991), aprovada pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 22, inciso XVII, CF/88. Nem o Texto Federal, nem a citada lei de organização judiciária previram ADIn Distrital ou Territorial, ou seja, não há previsão expressa, clara, quanto ao controle abstrato, concentrado, das normas do Distrito Federal em face da Constituição Federal, muito menos quanto à Lei Orgânica distrital. Atualmente, apenas o Supremo Tribunal Federal pode realizar o controle abstrato das normas do Distrito Federal, de âmbito regional, tendo como parâmetro de controle apenas a Constituição Federal (art. 102, inciso I, letra “a”).

As funções essenciais à Justiça, no Distrito Federal, possuem certas peculiaridades, diferindo da estrutura estadual, já que o Distrito Federal não possui Poder Judiciário – o Tribunal de Justiça e os juízes de Direito são da União; o Ministério Público também é da União; e a Defensoria Pública, igualmente, é instituição da União, nos termos dos arts. 128, inciso I, letra “d”, e 134, parágrafo único, ambos da Constituição Federal. Assim, compete à União, e não ao Distrito Federal, organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios (art. 21, inciso XIII, da Lei Maior). No exercício da sua competência legislativa, a União já publicou as leis complementares e ordinárias que regulam esses órgãos. Quanto à Procuradoria do Distrito Federal, esta é organizada e mantida pelo Distrito Federal, estando vinculada ao Poder Executivo, nos termos do art. 132 da Constituição Federal (mesmo com a Emenda Constitucional nº 19/98), que, na prática, realiza, também, as funções da Defensoria Pública do Distrito Federal (Assistência Judiciária). Esta, apesar de regulada pela Lei Complementar nº 80/94 (arts. 52 a 96), ainda não foi regularmente implantada pela União.

#### 4. O controle de constitucionalidade

O STF e os Tribunais de Justiça podem efetuar o controle concentrado e difuso da constitucionalidade das leis. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e os juízes locais, bem como os demais juízes e tribunais situados ou não no Distrito Federal, podem, por meio do *controle difuso*, incidental, declarar (TJDFT e demais tribunais: art. 97, CF/88) ou reconhecer (juízes e Turma Recursal) a inconstitucionalidade de norma distrital, de caráter regional ou local, bem como de normas federais ou estaduais.

Os Tribunais de Justiça dos Estados possuem competência expressa para o controle incidental ou difuso (art. 97, CF/88), bem como para o direto, concentrado,

abstrato ou pela via da ação (art. 125, § 2º, da Constituição Federal). As Constituições Estaduais também consagram o controle de constitucionalidade pela via da ação, inerente à competência originária, e não como processo incidente, como previsto nos arts. 206 a 209 do Regimento Interno do TJDFT.

Em conformidade com o art. 97 da CF/88, os Tribunais consagram o controle difuso de constitucionalidade de normas, prevendo em seus regimentos o incidente processual próprio, de competência do Tribunal Pleno ou do órgão especial, em que é declarada a inconstitucionalidade ou reconhecida a constitucionalidade da norma impugnada. Nesse sentido: arts. 11, IX, 199 e 200 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça; e arts. 7º, VI, 169 e 170 do Regimento Interno do TRF-2ª Região<sup>1</sup>.

No controle concentrado, os Tribunais de Justiça não podem declarar a inconstitucionalidade tendo como parâmetro de controle a Constituição Federal. Somente o STF está autorizado constitucionalmente a efetivar o controle concentrado usando como parâmetro a Lei Maior. O STF é o Guardião da Constituição da República. Mesmo que fosse competente para o controle concentrado, o TJDFT deve ter como parâmetro apenas a Lei Orgânica distrital. Caso o Tribunal de Justiça (estadual ou do Distrito Federal e dos Territórios) realize o controle concentrado tendo como parâmetro a Constituição Federal, cabe aos interessados apresentarem Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, na forma do art. 102, inciso I, alínea “I”, da Constituição da República.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público – distrital, territorial, estadual ou federal, por exemplo –, mediante incidente de Declaração de Inconstitucionalidade (arts. 480 a 482 do CPC), regimentalmente denominado de Arguição de Inconstitucionalidade (arts. 206 a 209 do Regimento Interno do TJDFT), de competência do

Conselho Especial (art. 97, CF/88; arts. 8º, VI, 207 e 208 do Regimento Interno do TJDFT<sup>2</sup>). Declarada a inconstitucionalidade pelo STF ou pelo Conselho Especial do TJDFT, as Câmaras ou as Turmas poderão reconhecê-la em outros casos, sendo desnecessária a reiteração do incidente<sup>3</sup> perante o Conselho Especial (art. 209 do RITJDFT). Essa declaração de inconstitucionalidade se faz no âmbito do controle difuso, incidente ou concreto, de constitucionalidade e não no controle abstrato, direto ou concentrado, como tem ocorrido.

Até a *concessão de liminar* (ADIn nº 4/97, Rel. Des. Vasquez Cruxên; Argüição de Inconstitucionalidade, processo nº 1998.00.2.001997-8, Rel<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Nancy Andrighi<sup>4</sup>; etc.), a princípio, é *imprópria*, pois o incidente processual de Argüição de Inconstitucionalidade, regulado pelos arts. 206 a 209 do Regimento Interno, *não prevê tal medida*. Em face da impossibilidade jurídica do pedido (declaração direta de inconstitucionalidade), o pedido acessório (medida liminar ou cautelar) fica prejudicado.

Apesar dos equívocos iniciais, o Conselho Especial do TJDFT tem evoluído. Recentemente, o órgão *inadmitiu*, por maioria, Ação Declaratória de Constitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios (processo nº 1998.00.2.002157-2, Rel. Des. Getúlio Moraes Oliveira. Publicado no Diário da Justiça, Seção 3, dia 14-10-98, p. 23). Essa ação constitucional está magnificada apenas no âmbito federal (art. 102, inciso I, letra “a”, *in fine*, CF/88, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 03/93).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, por meio do Conselho Especial (órgão especial), tem admitido as ações diretas de inconstitucionalidade propostas pelo Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Diversamente entendo que tais ações contrariam os princípios supremos do Estado de Direito, da legalidade, da autonomia do Distrito Federal (art. 18, CF/88),

do pacto federativo e do devido processo legal, além de não preencherem uma das condições da ação, qual seja, a *possibilidade jurídica do pedido*. Cabe ressaltar, ainda, que o TJDFT carece de competência constitucional e legal expressa para o exercício do controle abstrato de constitucionalidade das leis distritais, territoriais e federais. O exercício do controle difuso pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios já está assegurado constitucional (art. 97, CF/88) e infraconstitucionalmente (Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal, Regimento Interno do TJDFT e Código de Processo Civil).

A previsão do art. 8º, inciso VI, do Regimento Interno do TJDFT refere-se apenas ao controle difuso de constitucionalidade. A norma *interna corporis* não consagra as ações relativas ao controle abstrato. A Argüição de Inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, prevista no art. 206 e seguintes do citado Regimento Interno, é um *incidente processual* e não ação originária ou principal, destinando-se ao controle difuso e não ao controle concentrado, que é realizado por meio das ações diretas de inconstitucionalidade (genérica ou por omissão) ou ações declaratórias de constitucionalidade. Assim, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (Procurador-Geral de Justiça) e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Conselho Especial) estão equivocados. As ações propostas desvirtuam o sistema de controle. O meio utilizado (Argüição de Inconstitucionalidade) é impróprio ao fim a que se destina, ferindo frontalmente os princípios da legalidade e do devido processo legal.

A Argüição de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, prevista nos arts. 206 *usque* 209 do Regimento Interno do TJDFT, é o mesmo instituto processual previsto nos arts. 480 *usque* 482 do Código de Processo Civil em vigor. Esse instituto processual (“Da Declaração de Inconstitucionalidade”) é inerente ao

controle difuso ou incidental. A sua utilização como meio de controle concentrado ou direto é imprópria e desvirtua todo o sistema que vem sendo construído no país desde a Proclamação da República. O desvirtuamento do incidente, apesar dos nobres anseios que o rodeiam, está em desconformidade com a Constituição Federal e com a legislação em vigor.

Nos termos do art. 36, inciso IV, da CF/88, cabe representação interventiva federal, proposta, também, pelo Procurador-Geral da República (art. 48, I, da Lei Complementar nº 75/93), perante o Superior Tribunal de Justiça, no caso de recusa à execução de lei federal pelo Distrito Federal (art. 312, III, do RISTJ).

Os arts. 8º, I, “I”, e 146 do RITJDFT regulam a representação para fins de intervenção federal no Distrito Federal, destinando ao Conselho Especial do TJDFT a competência para seu regular processo e julgamento.

Cabe relembrar a competência do TJDFT para a representação interventiva federal (da União) em face de Município localizado em Território Federal, de competência originária do Conselho Especial, sendo atribuição do Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios propor essa ação, nos termos do art. 35, IV, CF/88<sup>5</sup>.

### *5. Da legitimidade ativa do Procurador-Geral do Distrito Federal e Territórios*

O Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios tem proposto, perante o Conselho Especial do TJDFT, algumas “representações” visando a declaração da inconstitucionalidade de leis distritais (ADIn nº 1/95, Rel. Des. Estevam Maia; ADIn nº 2/96, Rel. Des. Estevam Maia; ADIn nº 3/97, Rel. Des. Eduardo Moraes Oliveira; ADIn nº 4/97, Rel. Des. Vasquez Cruxên; etc.).

A legitimidade ativa do Ministério Público, leia-se Procurador-Geral de Justiça, para promover ações de inconstitucionalidade

ou representação para fins de intervenção da União é pacífica, nos termos do art. 129, inciso IV, da Constituição Federal. O Conselho Especial do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios já consolidou seu posicionamento quanto à legitimidade ativa do Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Vejamos a ementa do processo nº 1998.00.2.002328-0, Rel. Des. Nívio Gonçalves, publicada no Diário da Justiça, dia 9-12-98, p. 42:

“CONSTITUCIONAL. CONTROLE ABSTRATO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO DISTRITO FEDERAL. ADMISSIBILIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS PARA PROPOSITURA DA AÇÃO. PEDIDO LIMINAR DEFEGADO.

I – O controle de constitucionalidade representa garantia do Estado Democrático Brasileiro, que tem por fundamento uma Constituição escrita e rígida, à qual todos devem guardar estrita observância e obediência. Nesse diapasão, somente um efetivo controle, através dos mecanismos estabelecidos no próprio texto constitucional, seria capaz de assegurar a supremacia da Constituição e, conseqüentemente, a cidadania, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

II – Se pode propor ação direta de inconstitucionalidade, na esfera federal, dentre outros, o Procurador-Geral da República, por ser o chefe do Ministério Público da União (art. 45, LC nº 75/93), é paralelamente legitimado, na esfera distrital, o Procurador-Geral de Justiça, por ser o chefe do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (art. 155, LC nº 75/93).

III – Liminar denegada, tendo em vista a complexidade da matéria versada nesta ação que, no mínimo,

pro cautela, exige a obtenção e o aperfeiçoamento de um adequado conjunto probatório”.

Todavia, apenas a legitimidade ativa do Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios não é suficiente para a realização do controle de constitucionalidade das normas distritais. As demais condições da ação devem ser preenchidas, sob pena de indeferimento da petição inicial ou de extinção do processo, a qualquer tempo, de ofício ou mediante requerimento, nos termos da legislação processual civil em vigor. O art. 158 da Lei Complementar nº 75/93 estabelece que o Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios exercerá suas funções perante o Plenário (Conselho Especial) do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, *propondo as ações cabíveis*. Para o desenvolvimento válido e regular do processo, nas ações diretas de inconstitucionalidade, faz-se necessário averiguar, também, a competência do juízo. Inexistindo prévia e expressa competência *ratione materie*, deve ser reconhecida, pelo juízo em que foi proposta a ação, a sua incompetência. Essa competência, por ser absoluta, pode ser reconhecida de ofício pelo órgão julgador, a fim de não ensejar nulidade absoluta do processo.

## 6. Divergências

Quanto ao controle abstrato das normas distritais, todavia, existe uma corrente de juristas que entendem que basta uma Emenda à Lei Orgânica do Distrito Federal para que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios realize, regularmente, o controle abstrato das normas distritais em face da Lei Orgânica distrital, mediante ações diretas de inconstitucionalidade. Humildemente compreendo que somente o legislador federal (constituente ou ordinário) pode dispor sobre o assunto, pois o Poder Judiciário do Distrito Federal é organizado, mantido e regulado pela União

e não pelo Distrito Federal. O Distrito Federal não pode legislar sobre a matéria (Direito Processual), que é da competência privativa da União, nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição Federal. A Câmara Legislativa do Distrito Federal não pode dispor sobre órgãos judiciários que não lhe pertencem, muito menos sobre o controle direto de constitucionalidade das normas distritais perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. O Legislativo distrital não pode dispor sobre órgãos que não estão subordinados ao Distrito Federal. Este, como os municípios, só possui Poder Executivo e Legislativo, e não pode estabelecer normas sobre a competência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e seus juízes e atividades. Ao Poder Legislativo distrital carece competência legislativa para dispor sobre a jurisdição e as atribuições dos órgãos judiciários situados no Distrito Federal.

Contudo, a Câmara Legislativa do Distrito Federal pode prever, como já fez (art. 60, inciso XIX, da Lei Orgânica distrital), a suspensão, no todo ou em parte, da execução de lei ou ato normativo distrital declarado ilegal ou inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, nas suas respectivas áreas de competência, em decisões transitadas em julgado. Essa suspensão é instrumento do controle difuso. A suspensão pelo Parlamento estende a todos (com eficácia geral, *erga omnes*) os efeitos da decisão judicial proferida no caso concreto.

Assim, o controle direto (abstrato ou concentrado) de constitucionalidade de leis e atos normativos do Distrito Federal, em face da Lei Orgânica Distrital, é objeto de grande divergência e confusão entre os juristas brasileiros, especialmente entre os que lidam com o Direito do Distrito Federal. Atualmente a Lei Orgânica não é parâmetro para o controle abstrato nem perante o STF, visto que este é o Guardião da Constituição Federal (art. 102, CF/88).

O legislador federal poderia consagrar o controle abstrato das normas distritais e territoriais, consagrando expressamente ações judiciais de competência originária do TJDF (Conselho Especial). Nesse caso, as normas distritais devem ter como parâmetro de controle a Lei Orgânica Distrital<sup>6</sup>; como legitimados ativos, o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral do Distrito Federal, o Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, a Mesa da Câmara Legislativa, o Diretório Distrital dos Partidos Políticos, os sindicatos, associações e entidades locais, a Seccional da OAB, os Deputados Distritais e até os cidadãos.

Atualmente, já está em tramitação no Congresso Nacional um Projeto de Lei, de nº 2.960/97, de iniciativa do Poder Executivo, que dispõe sobre o assunto. A Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados já aprovou o Projeto de Lei. Essa proposta legislativa acrescenta ao art. 8º da Lei nº 8.185, de 14 de maio de 1991 (Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios), o controle abstrato de normas do Distrito Federal, de competência originária do Conselho Especial do TJDF. Na Exposição de Motivo nº 189, de 7 de abril de 1997<sup>7</sup>, o Ministro de Estado da Justiça esclarece:

“Finalmente, o anteprojeto propõe que se altere a Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal para admitir, expressamente, o controle abstrato de normas e o controle abstrato da omissão no âmbito do Distrito Federal. Trata-se de providência que vem colmatar de normas, uma vez que o texto constitucional não cuidou diretamente do tema. A solução proposta parece inteiramente compatível com o ordenamento constitucional brasileiro, que não só reconhece o controle abstrato de normas como instrumento regular de controle de constitucionalidade, no âmbito federal e estadual, como

também atribui à União a competência para legislar sobre a organização judiciária do Distrito Federal (cf., a propósito, a Lei 8.185, de 14-5-1991).”

Vejam o texto da proposição legislativa: “Art. 30. Acrescentam-se ao art. 8º da Lei nº 8.185, de 14 de maio de 1991, as seguintes disposições:

‘Art. 8º.....

I—.....

n) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica;

.....  
§ 3º São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade:

a) o Governador do Distrito Federal<sup>8</sup>;

b) a Mesa da Câmara Legislativa;

c) o Procurador-Geral de Justiça<sup>9</sup>;

d) a Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Distrito Federal;

e) as entidades sindicais ou de classe, de atuação no Distrito Federal, demonstrando que a pretensão por elas deduzida guarda relação de pertinência direta com os seus objetivos institucionais;

f) os partidos políticos com representação na Câmara Legislativa<sup>10</sup>.

§ 4º Aplicam-se ao processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios as seguintes disposições:

a) o Procurador-Geral de Justiça será sempre ouvido nas ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade;

b) declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma da Lei Orgânica do Distrito Federal, a decisão será comunicada ao Poder competente para adoção das providências necessárias, e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias;

c) somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou de seu órgão especial, poderá o Tribunal de Justiça declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Distrito Federal ou de sus-

pende a sua vigência em decisão de medida cautelar.

§ 5º Aplicam-se, no que couber, ao processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica as normas sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.”

Merece aplauso o legislador federal, pela iniciativa de regular o assunto, especialmente pelo fato de prever o caráter dúplice do controle de constitucionalidade, o controle da inconstitucionalidade por omissão, por consagrar a Lei Orgânica distrital como parâmetro de controle e por não restringir o controle apenas às normas distritais de âmbito estadual. O legislador federal poderia ter consagrado outros avanços, tais como a preferência de julgamento dessas ações, bem como a legitimidade dos cidadãos.

A divergência jurídica (inclusive no Conselho Especial do TJDF) se estende ao controle direto, abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos distritais, de caráter estadual (regional) ou municipal (local), em face da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Constituição Federal. Alguns juristas e desembargadores entendem que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios é incompetente para realizar o controle concentrado, frente a inexistência de previsão expressa de controle abstrato (interpretação restritiva, a qual me filio), pois tal procedimento fere a autonomia do Distrito Federal e os princípios constitucionais do devido processo legal, da legalidade, do pacto federativo, visto que o TJDF é um órgão judiciário da União, situado no Distrito Federal, sendo inconstitucional e ilegal o processamento e julgamento de ADIns, sem previsão jurídica.

A outra corrente entende que o TJDF é competente, tanto para o controle concentrado, independentemente de previsão legal expressa, quanto para o controle difuso, sob

pena de não existir o controle direto de constitucionalidade, tendo como parâmetro a Lei Orgânica Distrital. Trata-se de uma interpretação extensiva do art. 125, § 2º, CR/88. Para esses juristas, a previsão constitucional (destinada aos Tribunais de Justiça dos Estados) se estende ao TJDF.

Conforme salientado anteriormente, entendo que o controle concentrado, abstrato, em tese, de normas distritais em face da Lei Orgânica do Distrito Federal e perante o TJDF, atualmente, *é juridicamente impossível*, por falta de disposição constitucional e infraconstitucional, bem como pelo fato de que o meio utilizado (Arguição de Inconstitucionalidade) faz parte do controle difuso ou incidente, ferindo o princípio do devido processo legal, ou seja, trata-se de “ação imprópria”.

### 7. Parâmetro de controle distrital

O referido projeto de lei consagra como parâmetro de controle de constitucionalidade das normas distritais a Lei Orgânica do Distrito Federal. Esse entendimento encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADIn nº 980-0, Rel. Min. Celso de Mello), embasada no entendimento doutrinário do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>11</sup>, *verbis*:

“A Constituição da República, após qualificar o Distrito Federal como unidade integrante da Federação e reconhecer-lhe, em consequência, plena capacidade política, prescreveu, em seu art. 32, *caput*, a possibilidade de essa pessoa estatal outorgar-se, sem qualquer intervenção do Poder Executivo distrital, Lei Orgânica própria.

A Lei Orgânica do Distrito Federal constitui instrumento normativo primário destinado a regular, de modo subordinante – e com inegável primazia sobre o ordenamento positivo distrital –, a vida jurídico-administrativa e político-institucional dessa

entidade integrante da Federação brasileira.

Esse ato representa, dentro do sistema de direito positivo, o momento inaugural e fundante da ordem jurídica vigente no âmbito do Distrito Federal. Em uma palavra: a Lei Orgânica equivale, em força, autoridade e eficácia jurídicas, a um verdadeiro estatuto constitucional, essencialmente equiparável às Constituições promulgadas pelos Estados-membros<sup>12</sup>.

### 8. Conclusão

O controle difuso das normas do Distrito Federal pode ser realizado regularmente pelos juízes e tribunais judiciários situados ou não na Capital Federal. Somente o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça dos Estados têm competência para o controle concentrado, por expressa previsão constitucional. O legislador federal já está regulando o controle abstrato de normas distritais em face da Lei Orgânica do Distrito Federal, destinando a competência ao Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Assim, é preciso parar, analisar, refletir e corrigir os equívocos que estão sendo realizados pelo Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, via Procuradoria-Geral de Justiça, e pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, via Conselho Especial, que já estão realizando o controle abstrato de normas do Distrito Federal em face da Lei Orgânica distrital, sem previsão legal expressa, sob pena de desvirtuamento do direito positivo e do sistema de controle de constitucionalidade de normas vigentes.

### Notas

<sup>1</sup> Com redação dada pela Emenda Regimental nº 14, de 27 de agosto de 1998. Publicada no Diário da Justiça, Seção 2, dia 11-9-98, p. 182-196.

<sup>2</sup> Publicado no Diário da Justiça, Seção 3, dia 8-4-97.

<sup>3</sup> Esse entendimento jurisprudencial já foi regulado pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, que acrescentou parágrafo único ao art. 481 do Código de Processo Civil.

<sup>4</sup> Publicada no Diário da Justiça, Seção 3, dia 15-9-98, p. 141.

<sup>5</sup> Ver artigo de minha autoria, publicado na *Revista de Informação Legislativa* do Senado Federal n. 135, a. 34, p. 137-140.

<sup>6</sup> Na Adin nº 980-0, Rel. Min. Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Lei Orgânica do Distrito Federal constitui instrumento normativo primário destinado a regular, de modo subordinante – e com inegável primazia sobre o ordenamento positivo distrital-, a vida jurídico-administrativa e político-institucional dessa entidade integrante da Federação brasileira. Com base no escólio de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, a Corte Suprema enfatizou que a Lei Orgânica equivale, em força, autoridade e eficácia jurídicas, a um verdadeiro estatuto constitucional, essencialmente equiparável às Constituições promulgadas pelos Estados-membros (RTJ 156/781).

<sup>7</sup> Publicada na *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, a. 49, n. 187, jan./jun. 1996, p. 230.

<sup>8</sup> O Governador do Distrito Federal já propôs ADIn perante o TJDF (Processo nº 1998.00.2.000307-0).

<sup>9</sup> O Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios tem buscado o controle abstrato das normas do Distrito Federal, propondo as ações diretas perante o TJDF. O Procurador-Geral do Distrito Federal também deveria ter legitimidade ativa, como tem ocorrido nos Estados.

<sup>10</sup> O Partido dos Trabalhadores tem efetuado o controle abstrato das normas do Distrito Federal, seja perante o Supremo Tribunal Federal, por meio do Diretório Nacional, seja perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, por meio do Diretório Regional – PT/DF.

<sup>11</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo : Saraiva, v.1/226, 1990.

<sup>12</sup> Apud RTJ, n. 156, p. 781.

# O Judiciário como poder político no século XXI

Antônio de Pádua Ribeiro

Antes de tecer reflexões sobre o Judiciário como poder político no próximo século, convém ter presente esta observação de Maquiavél:

“Costumam dizer que os homens prudentes, e não casualmente ou sem razão, que aqueles que desejam ver o que será, ponderam sobre o que já foi: porque todas as coisas do mundo, em todo tempo, têm sua própria relação com os tempos antigos. Isso acontece porque se as coisas são feitas pelos homens, que têm e sempre tiveram idênticas paixões, é inevitável que produzam idêntico efeito”<sup>1</sup>.

Ponderando sobre o que já foi, Montequieu escreveu a sua célebre obra *O Espírito das Leis*, consagrando uma vida que “não foi senão uma pesquisa e um magistério científico, exercido por amor dos povos”. A sua obra “foi uma auto-imolação”, deixando-o, ao cabo de vinte anos de labuta, debilitado e quase cego. Foi, como diria Camões, “mais do que prometia a força humana”<sup>2</sup>. “Os meus princípios, não os tirei dos meus preconceitos, mas da natureza das coisas”, assinalou o Mestre no seu prefácio.

O estudo sobre a tipologia das formas de governo se perde nas brumas dos tempos. Norberto Bobbio, em uma das suas obras, descreve a célebre discussão narrada por Heródoto, entre três persas – Otanes, Mega-

Antônio de Pádua Ribeiro é Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

bises e Dario –, após a morte de Cambises, sobre a melhor forma de governo a adotar no seu país. Diz, com razão, que a passagem é exemplar porque traduz, com clareza, as três formas clássicas de governo: o de muitos, o de poucos e o de um só, ou seja, “democracia”, “aristocracia” e “monarquia”. Defensor do governo do povo, Otanes condena o governo de um só e o de poucos. Defensor da aristocracia, Megabises condena o governo de um só e o do povo. Por fim, Dario defende a monarquia e, ao fazê-lo, condena o governo do povo e o de uns poucos.

A diferença entre a classificação dessas formas de governo no debate narrado por Heródoto e a classificação de Aristóteles está em que, na primeira, a cada proposta tida como boa correspondem duas outras vistas como más, enquanto, na outra, a cada proposta boa corresponde a mesma na sua forma má: a monarquia corrompida transforma-se em tirania; a aristocracia, em oligarquia; e a democracia, em demagogia<sup>3</sup>.

Essas formas de governo, nas idas e vindas da história, estão sempre presentes, embora, algumas vezes, com roupagens novas, dando razão a Maquiavel no dizer que os governos são obras de homens, que têm e sempre tiveram as mesmas paixões.

Pouco importa seja o poder exercido por um, por alguns ou por muitos. Quem o detém tende a dele abusar. O poder vai até onde encontra os seus limites. Para que os seus titulares não possam abusar dele, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Esse o ensinamento de Montesquieu para sustentar que a liberdade política só se encontra nos governos moderados, embora não exista sempre nos Estados moderados. Ela só existe nestes quando não se abusa do poder<sup>4</sup>.

Para que um poder freie o outro, o grande clássico francês sustentou a famosa doutrina da divisão dos poderes, assinalando que “estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de príncipes ou nobres, exercesse esses três poderes: o de

fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou demandas dos particulares”<sup>5</sup>.

Nessa linha de entendimento, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, obra da Revolução Francesa e que resume a sua ideologia político-jurídica, proclamou, no seu art. 16, que “toda sociedade que não assegure a garantia dos direitos nem estabeleça a separação dos poderes não tem constituição”<sup>6</sup>.

A primeira aplicação prática da doutrina da divisão de poderes deu-se com a Constituição americana de 17 de setembro de 1787. Daí se generalizou, sendo adotada pelo constitucionalismo dos dois últimos séculos.

Esclarece Pinto Ferreira que o sistema político brasileiro, desde a Constituição do Império, de 25 de março de 1824, recebeu a influência decisiva do pensamento teórico da distinção de poderes. Consignava a existência dos poderes clássicos, aos quais ainda agregava o poder moderador, nas mãos do Imperador, com o papel essencial de equilíbrio e solução dos conflitos constitucionais<sup>7</sup>. Trata-se de importante herança do direito português.

Com a queda do Império, foi promulgada, em 24 de fevereiro de 1891, a primeira Constituição republicana, estabelecendo, na consonância dos ensinamentos de Montesquieu, o sistema de três poderes, cuja estrutura básica, no tópico, permaneceu a mesma nas Constituições subsequentes, com os hiatos decorrentes do regime político corporificado na Carta outorgada em 10 de novembro de 1937 e durante o período de excepcionalidade da Revolução de 1964.

A Constituição em vigor, promulgada em 5 de outubro de 1988, diz no seu art. 2º que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. No seu Título IV, que versa sobre a organização dos Poderes, destina um Capítulo a cada Poder, referindo-se o Capítulo III ao Poder Judiciário.

O Judiciário no Brasil é, pois, um Poder do Estado. O Estado brasileiro consubstancia-se numa República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (art. 1º e parágrafo único).

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

No exercício das suas atribuições, o Judiciário há de ter sempre presentes esses princípios fundamentais.

A independência do Judiciário, sem prejuízo da sua atuação harmônica com os outros Poderes, é assegurada pela Constituição, que lhe dá autonomia administrativa e financeira e estabelece as garantias da magistratura (arts. 95, 99 e 168).

Os Tribunais elaboram e encaminham as suas propostas orçamentárias ao Congresso Nacional, com observância dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias que lhe são destinadas, compreendidos os créditos suplementares e especiais, são-lhes entregues, em duodécimos, até o dia 20 de cada mês.

Aos juízes são asseguradas as garantias da vitaliciedade, sujeitos, porém, à aposentadoria compulsória aos setenta anos, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio.

São órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal; o Superior Tribunal de Justiça; os Tribunais Regionais Federais

e Juízes Federais; os Tribunais e Juízes do Trabalho; os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares; e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (art. 92).

Há dois Tribunais da Federação, ou seja, que exercem jurisdição sobre a Justiça comum federal e estadual: o Supremo Tribunal Federal, corte predominantemente constitucional, órgão de cúpula de todo o Judiciário, incluindo a justiça especializada (militar, eleitoral e do trabalho), e o Superior Tribunal de Justiça, órgão de cúpula da Justiça comum federal e estadual, a que cabe zelar pela autoridade e uniformidade interpretativa do direito federal.

É diante desse contexto, que descreve, em resumo, o Judiciário brasileiro no âmbito histórico e no concerto das Nações, que cumpre refletir sobre ele como poder político no próximo século sob a ótica dos magistrados.

No tocante ao posicionamento do Judiciário como poder político do Estado, o que se espera, no Brasil, é a manutenção das mesmas regras e princípios hoje existentes, que igualam ou até mesmo superam em conquistas as já obtidas por outros importantes Estados democráticos de direito.

O problema está em colocar em prática esses princípios, de maneira a tornar o exercício das funções jurisdicionais menos moroso e mais eficiente, tendo em conta que o Judiciário presta serviço público de alta relevância, qual seja, aquele de distribuir justiça.

É preciso ter-se em conta que, numa república democrática, o governo é das leis e não dos homens. A respeito, examinando o assunto com a profundidade que lhe é peculiar, conclui Bobbio:

“Se então, na conclusão da análise, pedem-me para abandonar o hábito do estudioso e assumir o do homem engajado na vida política do seu tempo, não tenho nenhuma hesitação em dizer que a minha preferência vai para o governo das leis, não para o gover-

no dos homens. O governo das leis celebra hoje o próprio tempo da democracia. E o que é a democracia senão um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? E em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente, não tenho dúvida sobre a resposta a estas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranqüilamente que a democracia é o governo das leis por excelência. No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista este seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos”<sup>8</sup>.

Em termos de garantias jurisdicionais dos cidadãos, relativamente à administração da justiça, a vigente Constituição brasileira adota como postulado constitucional fundamental o “devido processo legal”, expressão oriunda da inglesa *due process of law* ao dizer: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). Adota, ainda, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao estatuir que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV). Consagra o princípio da isonomia: “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”; “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (art. 5º, *caput* e inciso I). Estabelece, ainda, o princípio do juiz ou promotor natural, ao dizer que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade

competente” (art. 5º, XXXVII e LIII). Estatui o princípio do contraditório: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV). Prevê o princípio da proibição da prova ilícita: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI); o princípio da publicidade dos atos processuais: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos” (art. 93, IX), acrescentando que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (art. 5º, LX); e o princípio da motivação das decisões judiciais sob pena de nulidade (art. 93, IX).

O Estado está em crise; e a sua atuação, em dissonância com o que dele esperam os cidadãos. Nesta época de globalização e liberalismo econômico, acerbas críticas são dirigidas aos entes públicos, ao fundamento de que não funcionam a contento a serviço da coletividade e de que se têm esquecido da sua finalidade precípua, qual seja, a de realizar o bem comum e, em decorrência, ajudar a população a alcançar a sua grande aspiração, que é a de toda a Humanidade: efetivar o sonho de ser feliz.

A crise do Estado decorre da gritante disparidade entre a demanda social e a resposta política. Hoje, não se pede ao Estado apenas proteção, mas muito mais que isso, e ele não tem poder suficiente para realizar o que dele se espera.

A deficiente estrutura do Estado, inadequada para atender às suas finalidades, gera excesso de regulamentação e de atos administrativos ensejadores de conflitos com os particulares (funcionários públicos, beneficiários da previdência social, empresas, etc.). São litígios fundados na legislação estatutária, previdenciária, tributária e financeira. Enseja, ainda, aquela deficiência a contínua edição de leis, muitas delas aprovadas e mal redigidas, causadoras de insegurança jurídica e, em decorrência, de litígios. Es-

ses litígios ou lides, em número avassalador, vão sobrecarregar o Judiciário, estendendo-lhe as conseqüências da crise do Estado<sup>9</sup>.

A Lei e a Justiça “compõem as duas faces deste universo sobre o qual gravitam todos os fenômenos jurídicos”. Há uma crise da Lei e uma crise da Justiça. Essas crises decorrem da “distorção entre a lei e os anseios sociais” e da “ineficiência da realização da justiça”. Daí que, com inteira pertinência, destacou o Desembargador Luiz Fux que

“resplandece no céu do terceiro milênio, encartada numa das ‘Eras do Direito’, idealizadas pelo notável Norberto Bobbio, a ‘Era da Legitimidade’, resultante das novas expectativas quanto à ‘lei e à justiça’, emergentes das respostas à crise jurídica que agoniza no mundo que ora contemplamos”.

É o citado magistrado e professor, ainda, quem realça que a “crise judicial confina com a crise da lei”, assinalando que, “em outra medida, a ‘justiça da decisão’ depende da ‘justiça legal’, porquanto o magistrado tem como atividade precípua a submissão dos fatos às normas”<sup>10</sup>.

E, após dizer que “uma sentença em que se constrói o ‘jurídico’ antes do ‘justo’ se equipara a uma casa onde se erige o teto antes do solo”, endossando Plauto Faraco de Azevedo, preconiza a era de um poder judicial criativo

“que atenda às exigências de justiça perceptíveis na sociedade e compatíveis com a dignidade humana, um poder para cujo exercício o juiz se abra ao mundo ao invés de fechar-se nos códigos, interessando-se pelo que se passa ao seu redor, conhecendo o rosto da rua, a alma do povo, a fome que leva o homem a viver no limiar da sobrevivência biológica”<sup>11</sup>.

Os conflitos multiplicam-se na sociedade e, a cada instante, os cidadãos estão a clamar por justiça. Frequentemente, os jor-

nais se referem aos sem-terra, aos sem-teto, aos que reclamam por assistência médica, por educação, por emprego.

Tais conflitos, de origem geral, precisam ser solucionados, mas a sua justa solução pressupõe sempre a opção por valores que, num determinado momento, devem prevalecer.

O deslinde desses conflitos ocorre mediante a atuação dos Poderes do Estado: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Portanto, a Justiça, em termos estatais, não é praticada só pelo Judiciário, mas também pelos outros Poderes. Ao Judiciário cabe solucionar apenas certos conflitos especiais, denominados litígios ou lides.

Essas distinções são feitas porque o Judiciário, hoje, é intensamente criticado e, com frequência, de forma injusta. Muitas vezes dele se exige uma justiça que não pode praticar. Essas limitações, nem sempre notadas por pessoas que se dizem letradas, foram percebidas, com percuciência, pelo representante dos trabalhadores rurais, homem simples, mas catedrático na luta pela vida, em importante simpósio sobre a reforma do Poder Judiciário, no qual os temas pertinentes eram debatidos com amplos setores da sociedade. Disse ele, referindo-se à reforma agrária, com sabedoria e de maneira respeitosa, aos representantes do Judiciário presentes: “A Justiça que nós queremos vocês não a podem nos dar.”

É preciso, porém, repensar o Judiciário, objetivando a adoção de providências no sentido da efetividade dos direitos e da cidadania, na certeza de que justiça lenta e à qual tem acesso apenas parte da população é injusta. E, no desempenho dessa tarefa, impõe considerar não apenas, como até aqui tem acontecido, *os operadores do sistema judiciário*, mas especialmente *os consumidores* da justiça. Não se pode olvidar que, no regime democrático, a atuação precípua do Estado, mediante os seus órgãos, há de visar sempre à afirmação da *cidadania*. De nada adianta conferirem-se direitos aos cidadãos se não lhes são dados meios eficazes para a concretização desses direitos.

As idéias sobre a matéria vêm sendo desenvolvidas em países da Europa e da América, em torno do que se convencionou chamar “acesso à justiça”, sendo relevantes a respeito os sucessivos trabalhos publicados por Mauro Cappelletti e Vittorio Denti.

Em suma, o que pretende essa corrente de pensamento é “a abertura da ordem processual aos menos favorecidos da fortuna e à defesa de direitos e interesses supra-indivíduos, com a racionalização do processo”, que “quer ser um *processo de resultados*, não um processo de conceitos ou de filigranas”<sup>12</sup>. O que se almeja é a *efetividade do processo*, sendo indispensável, para isso, “pensar no processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais e que deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo”<sup>13</sup>. Acesso à justiça é o *acesso à ordem jurídica justa*, no dizer de Kazuo Watanabe. “Não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tarda ou alguma injustiça de qualquer ordem”<sup>14</sup>.

Em brilhantes conferências a respeito do tema, assinalou o Professor Mauro Cappelletti ser muito fácil declarar os direitos sociais; o difícil é realizá-los. Daí que “o movimento para acesso à justiça é um movimento para a efetividade dos direitos sociais”, e a sua investigação deve ser feita sob três aspectos principais, a que denominou *ondas renovatórias*: a primeira refere-se à garantia de adequada representação legal dos pobres. Como fazê-la? A designação honorífica de advogados não tem mais sentido. Deve-se permitir a escolha de profissionais, instituir órgãos de defensoria pública ou adotar-se sistema misto? Seja qual for a solução, é fundamental que se assegure aos necessitados assistência jurídica, integral e gratuita”<sup>15</sup>.

A segunda onda renovatória visa à tutela dos interesses difusos ou coletivos, com o objetivo de proteger o consumidor ou o meio ambiente. Pressupõe que o conceito de po-

breza não se adstringe ao indivíduo carente de recursos financeiros, ou de cultura, ou de posição social. É mais vasto: abrange grupos e categorias, como no caso do consumidor. Uma empresa produz milhões de produtos com um defeito de pouco valor. Trata-se de interesse fragmentado, pequeno demais para que o cidadão, individualmente, defenda o seu direito. Mas, se todos os consumidores, em conjunto, decidirem atuar, estarão em jogo interesses consubstanciados em valores consideráveis. Há, pois, de atentar-se para os *carentes econômicos* e para os *carentes organizacionais*.

A terceira onda preocupa-se com fórmulas para simplificar os procedimentos, o direito processual e o direito material, como, por exemplo, nas pequenas causas, a fim de que o seu custo não seja superior ao valor pretendido pelo autor. O tema envolve estudos, entre outros, sobre o princípio da oralidade e da imediatidade, bem como sobre os poderes do juiz e sobre a instrumentalidade do processo.

Em síntese, segundo o insigne jurista, os principais problemas do movimento reformador são os seguintes:

“a) o obstáculo *econômico*, pelo qual muitas pessoas não estão em condições de ter acesso às cortes de justiça por causa de sua pobreza, aonde seus direitos correm o risco de serem puramente aparentes;

b) o obstáculo *organizador*, através do qual certos direitos ou interesses ‘coletivos’ ou ‘difusos’ não são tutelados de maneira eficaz se não se operar uma radical transformação de regras e instituições tradicionais de direito processual, transformações essas que possam ter uma coordenação, uma “organização” daqueles direitos ou interesses;

c) finalmente, o obstáculo propriamente *processual*, através do qual certos tipos tradicionais de procedimentos são inadequados aos seus deveres de tutela.”

Com apoio nos textos constitucionais em vigor, importantes leis têm sido promulgadas com o objetivo de tornar realidade as novas regras atinentes ao que se denominou “acesso à justiça”. Nesse sentido, incluem-se aquelas relativas à reforma do Código de Processo Civil.

No Brasil, essa grande transformação começou, no plano legislativo, com a edição da Lei da Ação Popular (Lei nº 717, de 29/6/1965) e assumiu dimensões revolucionárias com a promulgação da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347 de 24/7/1985), estendida até mesmo à tutela da ordem econômica pela Lei nº 8.884 de 11/6/1994 (art. 88), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13/7/1990) e Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11/9/1990).

A Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor instituíram as bases da tutela do direito coletivo em nosso ordenamento jurídico. Esses diplomas legais atribuíram legitimidade ao Ministério Público e a outras entidades representativas de classe, estabeleceram regras sobre a coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes* e dispuseram sobre a conceituação das três espécies de direitos e interesses a serem objeto de tutela coletiva: os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

Ressalte-se que a Constituição Federal em vigor, no plano da tutela constitucional das liberdades, criou os institutos *habeas data*, *do mandado de injunção* e *do mandado de segurança coletivo*, consagrando princípios relativos à *tutela jurisdicional coletiva* (legitimidade dos sindicatos e das entidades associativas em geral: art. 5º, inciso XXI, e art. 8º, inciso III) e dando feição constitucional aos Juizados Especiais de Pequenas Causas (art. 24, inciso X, e art. 98, inciso I) e à ação civil pública (art. 129, inciso III).

Com essa nova visão, foi recentemente promulgada a Lei nº 9.099, de 26/9/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, cujo art. 2º estabelece os

seus princípios básicos: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação. O significativo número das demandas transindividuais ajuizadas, fundadas na legislação a que antes me referi, mostra a boa acolhida que vem obtendo da sociedade e a sua grande utilidade para a população e para a defesa do interesse público.

Cumprindo assinalar, outrossim, que os meios alternativos de solução de litígios devem ser difundidos, estimulando-se o uso da mediação, da conciliação e da arbitragem. A respeito, foi promulgada a Lei nº 9.307, de 23/9/1996, também denominada “Lei Marco Maciel”.

Dentro desse quadro, algumas questões importantes devem ser enfrentadas e solucionadas ou, pelo menos, equacionadas na chamada reforma do Poder Judiciário, que não se adstringe ao plano constitucional.

Entre as providências que vêm sendo debatidas e efetivadas, creio seja conveniente adotar concretamente a denominada justiça itinerante, voltada às populações mais carentes das periferias das grandes metrópoles e da zona rural, e a ampliação dos juizados especiais de pequenas causas, estendendo-os à União Federal<sup>16</sup>. Enfim, é imperioso que se criem mecanismos, visando dar mais flexibilidade à administração da justiça.

A preocupação que se deve ter presente é a de afastar o “sentimento de deslegitimação por parte da maioria da população” com que depara o Poder Judiciário. É preciso dar meios aos excluídos e aos pobres para que deixem de recorrer a outros canais de mediação, como a polícia, o padre, o líder comunitário e o justiceiro. Ou seja, cumpre dar condições a toda a população para assegurar de fato a sua cidadania.

O Estado social, que emergiu no curso deste século, num panorama de tensões, crises e controvérsias, é caracterizado pela expansão sem precedentes dos Poderes do Estado legislador e administrador. Daí que

se tornou mais aguda e urgente a exigência do controle judiciário da atividade do Estado. As lides deixaram de envolver apenas sujeitos privados e passaram a comprometer os Poderes políticos do Estado.

Por outro lado, a expansão da função legislativa e o crescente volume de legislação, além de sobrecarregarem os parlamentos, ensejaram a edição de leis ambíguas e vagas, deixando delicadas escolhas políticas à fase da sua interpretação e aplicação. Acrescente-se, ainda, a existência de massa de leis que continuam “nos livros” mesmo depois de se tornarem obsoletas. Esses eventos ensejaram a necessidade de um ativismo judicial mais acentuado, mas não são considerados pelos críticos desse ativismo.

A tudo isso se acrescenta o fato de que, em regra, os direitos sociais são “promocionais” e voltados para o futuro, exigindo para a sua gradual realização a intervenção ativa e prolongada no tempo pelo Estado. Ao aplicar as leis pertinentes, o juiz não pode proceder de maneira estática, mas tendo presente a finalidade social da lei à vista dos programas prescritos de maneira vaga pelas referidas normas.

Finalmente, assumem cada vez mais significação os conflitos decorrentes do fenômeno da “massificação”, especialmente a tutela dos denominados interesses difusos, homogêneos ou coletivos. Isso está a exigir uma nova visão dos conceitos e regras do processo judicial e do próprio papel do juiz moderno<sup>17</sup>.

Sob o citado ângulo de visão, é, também, possível verificar que a crise do Judiciário é um aspecto da crise do próprio Estado. Sem se organizar e dar eficiência ao Estado-administrador e ao Estado-legislador, deficiente continuará o Estado-justiça.

Convém, por isso mesmo, na atual conjuntura, que se aumente a colaboração entre os Poderes do Estado, objetivando apressar soluções tendentes ao bem comum. Não se trata de abrir mão dos princípios que regem a atuação de cada Poder, mas de uma aproximação maior entre os seus membros com

o fito de se tomarem medidas de interesse geral, visando à sociedade como um todo. O que se há de procurar é dar cumprimento à segunda parte do art. 2º da Constituição, segundo o qual os Poderes são independentes, mas harmônicos entre si. Ou seja, a independência não exclui a harmonia, e a harmonia só poderá ser obtida mediante conversações que permitam identificar as posições convergentes sobre os problemas do Estado, a fim de que possam, com a velocidade dos tempos modernos, ser superados.

Não há olvidar que, à semelhança do que acontece com a atividade dos juízes, dos membros do Ministério Público e dos advogados, o relacionamento entre os Poderes obedece ao sistema dos vasos intercomunicantes. O Estado só funciona bem quando as suas atividades fundamentais são exercidas harmonicamente, sem dolo, sem máfícia, em nível ético. Um poder que, pela atuação dos seus agentes, falta ao respeito ao outro ignora o que não pode desconhecer: não se pode baixar o nível de um, sem baixar, de igual modo, o do outro<sup>18</sup>. E, no que concerne ao mútuo respeito, “inexiste o mais alto: o respeito não desce de cima para baixo, não sobe de baixo para cima. Horizontalmente se manifesta sempre. Interligam-se de tal modo os três, que a elevação de um a todos enobrece, assim como o desrespeito a um a todos atinge”<sup>19</sup>.

O Estado proibiu a autotutela, punindo como crime fazer justiça pelas próprias mãos. Assumiu, pois, o compromisso de solucionar, de forma adequada, efetiva e em tempo hábil, os litígios ou lides que ocorrem no seio da sociedade. O processo, mediante o qual atua a sua função jurisdicional, deve ensejar resultado semelhante ao que se verificaria se a ação privada não estivesse proibida<sup>20</sup>.

É relevante ter-se em conta que

“a demora da resposta judicial leva ao exaurimento de forças à parte débil que, diferentemente do litigante mais portentoso, não tem condição de arcar com essa lentidão permitindo aquele arrancar-lhe vantajosas con-

cessões. Por essa razão, Cappelletti, curvado sobre o problema, cedeu à realidade ao concluir: ‘a justiça é igual para todos, mas um pouco mais igual para os ricos e um pouco menos igual para os pobres’<sup>21</sup>.

A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais estabeleceu, no seu art. 6º, § 1º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de “um prazo razoável” é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível<sup>22</sup>.

Nessa perspectiva, é intuitivo que “a inexistência de tutela *adequada* a determinada situação conflitiva corresponde à própria negação da tutela a que o Estado se *obrigou* quando chamou a si o monopólio da jurisdição”. Daí a necessidade de tutelas rápidas e imediatas para remediar a ineficácia do procedimento ordinário e da própria administração da justiça<sup>23</sup>.

Impõe-se, pois, que o legislador e o juiz do terceiro milênio tenham

“em mente que ‘as situações de periclitación e as de evidência’ merecem tutela imediata. A primeira, em face da possibilidade de dano irreparável acaso a justiça não seja imediata. A segunda, porque, em face de um ‘direito líquido e certo’, não se revela justo o aguardar indefinido de uma resposta judicial, que não pode ser outra senão aquela que acompanha a prova inequívoca que conduz a verossimilhança e à probabilidade de êxito alegado pela parte”.

Ademais,

“as sentenças devem valer por si sós, sem necessidade de atividades complementares que impliquem nova e delongada relação processual. A auto-executividade e mandamentalidade das decisões é anseio cuja contemplação não pode ultrapassar a ‘nova era’ sem a correspondente consagração”<sup>24</sup>.

No Brasil, as alterações do Código de Processo Civil, introduzidas pela Lei nº 8.952, de 13/12/1994, prestigiaram a doutrina da

criação de tutelas diferenciadas, inclusive das tutelas de evidência. Quanto a estas últimas, passou a contemplar aquela lei duas modalidades de antecipação de tutela: uma relativa a obrigações de dar (art. 273) e outra às obrigações de fazer e não fazer (art. 461)<sup>25</sup>.

Continuam, porém, as dificuldades de cumprimento das sentenças condenatórias. Não há tipificação criminal e, por isso, prisão por “descumprimento de ordem judicial” ou “desacato judicial”. No direito anglo-saxão, a prisão por dívida é vedada, mas isso não afasta aquela decorrente do descumprimento voluntário e afrontoso de ordens judiciais.

Cumpra encerrar. Levantei numerosas questões sobre o Judiciário, mas não é fácil dizer como solucioná-las. O importante é tê-las presentes, é ter delas consciência, a fim de que, no momento próprio, possam ser superadas. É, ainda, imperioso que os estudiosos trabalhem conscientes de que, nesta época em que tudo se questiona, não podem olvidar o tema sobre a legitimidade do Judiciário como Poder, sob o enfoque da sua aceitação pela sociedade a que serve. É indispensável a mudança de mentalidade e a criatividade, a fim de que novos princípios sejam aplicados à solução dos litígios, mitigando-se, assim, o fenômeno da litigiosidade contida e da impunidade, que, como doença insidiosa, pode aflorar com todas as suas energias funestas e atingir os alicerces que sustentam a causa democrática. O Judiciário só se impõe como verdadeiro poder no Estado de direito. Por isso mesmo que, quando a democracia floresce, assume a sua verdadeira dimensão de órgão do Estado que equilibra a atuação das forças vivas da nacionalidade, reduzindo os inevitáveis conflitos decorrentes das concepções antagônicas sobre os fatos da vida e mostrando aos cidadãos o caminho do entendimento e da harmonia, sem o qual seremos forçados a volver às formas de convivência ultrapassadas, próprias dos períodos mais obscuros registrados pela História.

## Notas

<sup>1</sup> N. Machiavelli. *Discorsi*, III, 43.

<sup>2</sup> *Os lusíadas*. Canto I, 29. Saraiva. 1982. p. 5 e 6. Ver a Introdução sobre a tradução do *Espírito das Leis*. escrita pelo Des. Pedro Vieira Mota.

<sup>3</sup> Ver *Teoria das Formas de Governo*, 9. ed, UnB, p. 39-43.

<sup>4</sup> *O Espírito das Leis*. Saraiva, 1987, p. 163, tradução por Pedro Vieira Mota.

<sup>5</sup> *Op. Cit.* 165.

<sup>6</sup> Este o texto francês: “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution*”.

<sup>7</sup> Ver *Teoria Geral do Estado*. 2.v. 3. ed., Saraiva, 1975. p. 743.

<sup>8</sup> *O Futuro da Democracia*. 5. ed. Paz e Terra, p. 170-171, tradução por Marco Aurélio Nogueira.

<sup>9</sup> Ver Sálvio de Figueiredo Teixeira. *As Tendências Brasileiras Rumo à jurisprudência vinculante. Informativo Jurídico da Biblioteca Oscar Saraiva*, v. 10, 1998. p. 143-149.

<sup>10</sup> *O que se espera do Direito no terceiro milênio, frente às crises das leis, da justiça e do ensino jurídico*, aula magna proferida em 31/8/1998 Universidade Gama Filho.

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. 2 tir. Malheiros, 1998. p. 21-22.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> No Brasil, a Constituição estabelece que “o Estado prestará assistência judicial integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º LXXIV), esclarecendo que “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus dos necessitados” (art. 134).

<sup>16</sup> Emenda Constitucional nº 2, promulgada em 18/3/1999, art. 1º.

<sup>17</sup> Discurso de posse na Presidência do STJ, separata, p. 10.

<sup>18</sup> O enfoque foi utilizado por Pierro Calamandrei comparação das atividades entre juízes, advogados e membros do Ministério Público, e não entre os Poderes do Estado. Ver *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*, 4. ed., Clássica, p. 22. O texto consta no meu discurso de posse na Presidência do Superior Tribunal de Justiça, ocorrida em 2/4/1998.

<sup>19</sup> A expressão foi usada pelo ilustre advogado Dr. Justino Vasconcelos, ao falar sobre “Advocacia e Relacionamento com a Magistratura e o Ministério Público”, tese nº 12, VI Conferência Nacional da OAB, Salvador-BA, outubro de 1978. Não se referiu o autor ao relacionamento entre os Poderes do Estado. O texto consta no meu discurso de posse antes citado.

<sup>20</sup> José Carlos Barbosa Moreira. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: *Temas de Direito Processual* (segunda série). São Paulo : Saraiva, 1980. p. 21. Luiz Guilherme Marioni, *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Sérgio Antônio Fabris Editora, 1994. p. 12.

<sup>21</sup> Desembargador Luiz Fux, aula magna citada, fls. 26 e 27.

<sup>22</sup> Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à justiça*. Sérgio Antônio Fabris Editora, 1988. p. 20-21. Tradução por, Ellen Gracie Northfleet.

<sup>23</sup> Marinoni, Luiz Guilherme. *op. cit.* p. 66.

<sup>24</sup> Desembargador Luiz Fux, aula magna citada, p. 28 – 29. O tema é desenvolvido pelo ilustre autor na tese em que obtém a titularidade de Direito Processual Civil da UERJ: “*Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*”.

<sup>25</sup> Alvim, V. E. Carreira. *Tutela específicas das obrigações de fazer ou não fazer*. [s.l.] : Del Rey, 1997. p. 9-10.

# Sobre a guerra

Palhares Moreira Reis

## Sumário

1. Estabelecimento de Estados e de regimes. 2. O entendimento ampliado de guerra. 3. Noção de guerra. 4. Leis de guerra. 5. Guerras de libertação e de independência. 6. Guerra civil. 7. Reconhecimento de estado de beligerância. 8. A guerrilha. 9. Exemplos históricos brasileiros. 10. As normas constitucionais referentes à guerra.

### *1. Estabelecimento de Estados e de regimes<sup>1</sup>*

A criação de um Estado é o ato de soberania que gera um laço político-jurídico entre um grupo populacional e o território delimitado em que aquele vai-se situar de modo exclusivo para que seus membros possam levar uma vida em comum com o objetivo de alcançar o bem-estar social. Em outras palavras, numa noção relativamente completa<sup>2</sup>, é o Estado uma forma específica de sociedade humana, situada de modo estável em território determinado, submetido a uma ordem política originária, fundada num sistema jurídico e com o propósito de realizar o objetivo comum de segurança e desenvolvimento<sup>3</sup>.

Esse evento pode-se realizar de modo impreciso e desenvolvido através dos tempos, até que um efetivo Poder se instale sobre o elenco território-grupo humano. Mas, também pode resultar de um ato de fundação, com a chegada de conquistadores numa área territorial ainda inabitada, ou pouco habitada, ou habitada por povos de cultura

Palhares Moreira Reis é Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Professor Visitante da Pós-Graduação em Direito da UFPE, Professor Visitante da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco e Professor Visitante da Universidade Moderna de Portugal. É professor aposentado de Ciência Política e de Direito Constitucional da mesma UFPE.

inferior, impondo a sua marca política, tomando posse daquela terra e submetendo aquela gente, pacificamente ou pela via da força, completando a tarefa com a migração mais ou menos ordenada, a fim de ocupar e fazer prosperar aquela nova área.

Área esta que poderá já estar, ou não, subordinada a outra entidade soberana, até mesmo num *status* colonial. De qualquer sorte, um Poder se instala e um regime político passa a existir para aquele povo.

Esse procedimento originário de criação do Estado, hoje em dia, é impossível, eis que inexistente qualquer parcela do ecúmeno não submetida ao Poder de uma organização política estatal qualquer. Nem mesmo a Antártida, em face dos tratados estabelecidos, está disponível para colonização.

Portanto, somente pelos modos secundários de criação de Estados – e conseqüentemente da mutação do regime político então existente – é que pode ocorrer, nos tempos presentes, o aparecimento de um novo Estado. Enquanto a criação ou transformação de Estado existente é problema de Direito Internacional, a mudança de regime é tema de Direito Constitucional, em ambos os casos o sendo, igualmente, da Ciência Política.

No momento presente, ensina Prelot,

“duas grandes categorias de mutações políticas devem ser distinguidas. As autoridades novas podem nascer:

– seja do consentimento da autoridade existente;

– seja da destruição violenta desta e sua substituição por um outro regime.

As hipóteses de transformações consentidas são aquelas em que os Governos emancipam certos territórios que estavam sob sua dependência. Para alguns casos, denomina-se o evento de *descolonização*.

A criação de um novo Estado pode ocorrer em conseqüência de uma lei<sup>4</sup>, de um tratado internacional<sup>5</sup> ou de uma decisão de órgão internacional<sup>6</sup>.

De modo análogo, a mudança de regime pode ocorrer pela renúncia ou pela reforma”<sup>7</sup>.

Situado o ponto principal, de que a realidade política presente não mais admite o surgimento originário de Estado, a questão se cinge ao exame das possibilidades de mudanças políticas, alterações na condição de dependência de determinados territórios e modificações de regimes políticos sem transformação da condição estatal, restrita a mudança aos níveis de Poder internos da entidade política. Essas alterações podem ocorrer de modo pacífico ou violento, do mesmo modo que a substituição do titular do Poder, o que pode depender, ou não, do emprego da força.

## 2. O entendimento ampliado de guerra

Dentro do elenco de ações violentas para a criação ou modificação de Estados ou de regimes políticos, podem ser distinguidas as seguintes situações: a conquista do estrangeiro ou contra o estrangeiro; o golpe de Estado e a revolução<sup>8</sup>. Nas duas primeiras, o conflito tem como participantes um grupo de um determinado Estado contra o de outro Estado. É o que se pode chamar de *guerra externa*, terminologia pleonástica usada para diferenciar de outros tipos de conflito armado, como a *guerra de guerrilha*, a *guerra revolucionária*, a *guerra insurrecional*<sup>9</sup>, a *guerra civil* e a *guerra intestina*<sup>10</sup>, que são conflitos dentro das fronteiras de um Estado.

Ainda há quem distinga a *guerra ofensiva* ou de conquista da *guerra de defesa*, a fim de poder classificar os Estados beligerantes entre agressores e os que estão exercendo legítima defesa.

Importa essa distinção para caracterizar qual o Estado agressor e, assim, incluir o ato bélico como sendo violador de pactos internacionais que tratam do assunto, desde os Pactos de Locarno, de 1925, às Cartas das organizações internacionais, como a das Nações Unidas, de 1945, e da Organização dos Estados Americanos, de 1948, por exemplo.

### 3. Noção de guerra

A guerra externa pode ser entendida como sendo

“uma luta a mão armada, querida por uma das partes, pelo menos, à qual se entregam dois ou mais Estados independentes, ou que é deflagrada contra tais Estados a título de sanção internacional por um organismo mundial de segurança, como a Sociedade das Nações ou a Organização das Nações Unidas”<sup>11</sup>.

Uma guerra, do ponto de vista do Direito Internacional “admite a aplicação de regras particulares dentro do conjunto das mútuas relações entre os beligerantes e entre estes e Estados terceiros”<sup>12</sup>.

É uma luta entre Estados, o que a distingue da guerra civil, bem como a realizada entre Estados federados ou entre um destes e o Poder central. Pode ainda se considerar uma guerra, do ponto de vista de Direito Internacional, a que ocorre entre um ou mais Estados contra outro ou outros, sendo que os primeiros agem em consonância ou em nome de uma organização internacional.

Trata-se de um evento desejado por uma das partes, pelo menos, isto é, quando existe um conflito armado em que uma das partes se encontra em estado de guerra, mesmo que isso não decorra de qualquer ato formal.

É, pois, a guerra um meio de resolver conflitos internacionais, que se inclui no elenco de soluções não-pacíficas (os meios pacíficos são os bons ofícios, a mediação, a conciliação, todos de caráter não-jurisdicional, e os de cunho jurisdicional, que são as decisões de arbitramento e de submissão a uma corte internacional).

De qualquer sorte, uma guerra “é um ato de violência, destinado a forçar o adversário a submeter-se à nossa vontade”. Para essa imposição, indispensável se torna desarmar o inimigo, por meio da violência, sem que haja qualquer limite para a manifestação dessa violência. Como diz Clausewitz, a guerra é um ato político, “não somente um ato político, mas um verdadeiro instrumen-

to político, uma continuação das relações políticas, uma realização destas por outros meios”<sup>13</sup>.

Assim, a diferenciação entre a guerra (externa) clássica, seja convencional, seja com o uso de armas biológicas ou com o emprego de artefato nuclear, e a guerra revolucionária está na natureza e dimensão do emprego da força militar. Na primeira, a decisão é buscada por meio do emprego da força militar e o objetivo estratégico é a conquista de áreas geográficas, e se realiza entre Estados. Na outra, “a decisão é procurada, principalmente, pelo emprego intensivo de processos psicológicos de persuasão ou submissão; o objetivo estratégico é a conquista *das mentes* dos habitantes da área geográfica visada”. Daí se dizer que o emprego da força militar, neste último caso, é mais como argumento de intimidação do que como arma decisiva.

O resultado de uma guerra de conquista é sempre o aniquilamento de um determinado Estado, sendo o vencido absorvido pelo vencedor, de modo total ou parcialmente, isto é, apenas determinadas partes de sua base territorial e populacional. Em consequência, a Ordem Jurídica Soberana do Estado vencido é destruída, e sua Constituição é substituída: ou por uma nova, estabelecida para o novo Estado que surge do conflito, ou pela aplicação daquela do Estado vencedor a toda a extensão conquistada<sup>14</sup>.

### 4. Leis de guerra

Sempre houve, do ponto de vista dos internacionalistas, a visão de que o Direito Internacional deveria cuidar das relações pacíficas e violentas entre os Estados<sup>15</sup>.

As normas, inicialmente costumeiras, foram depois transformadas em direito convencional, e sempre com o sentido humanitário, ou seja, buscando proteger as pessoas participantes do conflito e bem assim aquelas comunidades que foram atingidas pelos atos de beligerância, mesmo não sendo participantes das hostilidades.

Assim, existem normas convencionais com caráter humanitário, no sentido de proteger combatentes e civis, como, por exemplo, a Convenção de Genebra, de 1864 – quando foi criada a Cruz Vermelha e estabelecidas as normas relacionadas com os prisioneiros de guerra<sup>16</sup>. As conferências de Haia serviram para codificar essas normas.

De resto, normalmente, as potências em conflito seguiam e obedeciam às chamadas Leis de Guerra. Já na II Guerra Mundial, os alemães não se submeteram a tais regulamentos, cometendo o que se chamou de *crimes de guerra*, mais tarde julgados pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. O mesmo aconteceu com os japoneses na guerra do Pacífico.

Ditas leis de guerra buscam disciplinar os conflitos desde o seu início até o seu término<sup>17</sup>.

O momento inicial era, normalmente, precedido de uma formal declaração de guerra, se bem que, mais recentemente, essa prática deixou de ser adotada, havendo o ataque armado sem uma prévia comunicação. De resto, a Inglaterra nunca aceitou a tese da necessidade da prévia declaração.

Já o momento terminal era o fim das hostilidades, ao lado da cessação do chamado estado de guerra, ou de beligerância.

O fim das hostilidades pode ser determinado seja pela assinatura do armistício, mediante um acordo formal entre os dirigentes militares envolvidos no conflito, seja por um acordo tácito, seja pela *debellatio*. Esta se caracteriza pela intenção de eliminar para sempre o adversário.

Já na II Guerra Mundial, tanto com relação à Alemanha, como no atinente ao Japão, os aliados exigiram uma rendição incondicional. No primeiro caso, o governo alemão desapareceu e o Estado alemão foi dividido em três<sup>18</sup>. O Japão, por meio de sua capitulação, passou a ser ocupado pelas forças dos Estados Unidos da América, sem que fosse eliminado o governo japonês. O Imperador continuou no seu trono, se bem que desprovido da sua majestade tradicio-

nal, e uma Constituição parlamentarista, nos moldes ocidentais, foi imposta aos japoneses.

A cessação do estado de guerra normalmente decorre da assinatura de um tratado de paz entre as potências envolvidas no conflito, disciplinando as relações internacionais que se seguem. Por vezes, existem normas impedindo o reaparelhamento das forças armadas do Estado vencido.

### 5. Guerras de libertação e de independência

A guerra contra o estrangeiro pode ser travada dentro do próprio território por agentes do grupo local em duas situações assemelhadas na prática, porém distintas nos seus objetivos: o irredentismo e o separatismo.

No primeiro caso, o *irredentismo* quer significar a luta pela unificação de um determinado povo, a fim de que haja uma superposição dos conceitos de Nação e Estado. “Chama-se irredento a um território onde está estabelecida uma parte do grupo, e que este considera perdido ou arrancado pela força por uma soberania ilegítima”<sup>19</sup>. Assim, os grupos da etnia que se rebela contra o Poder do Estado que o controla busca o estabelecimento de um Estado soberano, no qual as duas partes se unam sob um novo Poder, reconhecido por todos do grupo como sendo o legítimo.

Uma guerra de libertação é a levada a efeito contra um invasor, um poder estrangeiro instalado, o que “implica uma revolta mais ou menos generalizada de toda uma população”. Nessa classificação se incluem, por exemplo, a luta dos espanhóis contra o rei José Bonaparte, imposto pelos franceses ao tempo de Napoleão; a luta dos mexicanos contra o Imperador Maximiliano; os movimentos de resistência de diversos povos europeus contra os alemães, durante a II Guerra Mundial, especialmente a *résistance* organizada nos *maquis* pelos france-

ses<sup>20</sup>. Ou os *partigiani* na Itália, não só contra os nazistas alemães, como também contra os próprios fascistas italianos.

No sentido oposto, a luta pela separação ou independência. “Um grupo com identidade pretende separar-se de um Estado existente e assumir o lugar independente e separado para o qual sente vocação e capacidade”<sup>21</sup>. Obtida a separação e reconhecida a independência, o movimento armado chega a seu término com o estabelecimento de um novo Poder, que em princípio terá soberania sobre todo o território e toda a população deste novo Estado. No entanto, poderá acontecer que os grupos distintos de combatentes pela independência, que se uniram para obtenção desse desiderato, uma vez obtida essa condição, passem a lutar entre si para disputar o Poder do novo Estado, prosseguindo a luta contra a antiga metrópole, agora contra outro grupo local: é a guerra civil, que é um dos tipos de conflito interno.

### 6. Guerra civil

Uma *guerra civil* é o conflito entre um grupo insurreto e o governo regular de um Estado, em que o primeiro pode chegar a controlar parte significativa do território, dominando os meios de transporte (linhas férreas, portos e aeroportos), os sistemas de comunicação (telégrafos, emissoras de rádio e de televisão), de modo a munir-se de meios capazes de influir na Ordem Internacional a ponto de obter o reconhecimento *de facto*. Para tanto, importa que as lideranças desse grupo estejam a ponto de se organizar como “um governo que goza da habitual obediência da população com uma razoável expectativa de permanência, pelo que pode-se dizer que representa o Estado em questão e como tal está qualificado para o reconhecimento”<sup>22</sup>.

### 7. Reconhecimento de estado de beligerância

O desenvolvimento da guerra civil deve merecer um especial tratamento, quando se

tem de distinguir uma primeira etapa, na qual o grupo insurreto realiza conflitos de rua com as forças regulares, de uma segunda fase, na qual esse mesmo conjunto de insurretos assume o controle de uma área territorial significativa, nela fazendo instalar um governo e um comando militar. Durante esse momento, os Estados estranhos ao conflito devem abster-se de participar e ajudar o grupo amotinado, com recursos financeiros, armamento, munição e pessoal.

Esse novo Poder que se instala em decorrência da guerra civil tem condições de exercer atos típicos de soberania, de tal sorte que a Ordem Internacional pode reconhecer a ambos os grupos em guerra civil a condição de *beligerantes*. Ademais, o Governo organizado pode reconhecer a mesma condição aos insurretos dentro do seu Estado.

A partir daí, as partes em conflito não são mais tratadas como integrantes de um mesmo Estado, deixa de ser um Governo em luta com rebeldes, para ser considerado como partícipe de um conflito internacional, como se fora entre dois Estados. Em consequência, ao lado da posição normal de neutralidade, que leva os terceiros à não-participação no conflito, admite-se que haja um apoio em recursos humanos, materiais e financeiros a um dos lados em conflito<sup>23</sup>.

As leis de guerra, normalmente, no seu sentido humanitário, devem ser aplicadas em toda a extensão dos embates. Proteção humanitária e ajuda médica aos participantes podem ser ofertadas.

No entanto, ao término das hostilidades, na hipótese de o Governo regular vencer os insurretos não-reconhecidos como beligerantes, aqueles não são, afinal, tratados como prisioneiros de guerra e liberados, mas como criminosos políticos, devendo prestar contas de seus atos à Justiça do Estado vitorioso.

### 8. A guerrilha

Vejamos, agora, a *guerrilha*. A rigor, é um método de combate entre formações irregulares de combatentes, de um lado, contra o

exército regular, de outro<sup>24</sup>. O seu objetivo precípua é a destruição das instituições existentes e a emancipação social e política da população envolvida. Por isso, há muita confusão entre a guerra revolucionária e um dos seus métodos de combate.

“O êxito dos movimentos de guerrilha baseia-se, quase sempre, na longa duração do tempo de luta, visando isolar, moralmente, fisicamente e politicamente, os governantes da população e da comunidade internacional. A guerrilha muito prolongada torna-se possível com a ajuda da população, persuadida por uma ideologia conforme os seus sentimentos, e a ajuda (sobretudo de armas) de potências externas. O apoio da população assume formas diversas, mas todas vitais: desde o fornecimento de bens e alimentos, até a assistência a guerrilheiros feridos; desde a organização de refúgios, até o trabalho como guias; e finalmente, a recusa de divulgar informações às forças antiguerrilha”<sup>25</sup>.

Sobre o crescimento da guerrilha nos tempos atuais, diz Adriano Moreira:

“Desenvolveu-se porém um fenómeno mais importante e com poucos precedentes, que foi o método da *guerrilha*. Era historicamente conhecido, fora usado no Brasil por nós contra os holandeses que ocuparam Pernambuco e, só por exemplo, na península Ibérica contra os franceses. Mas o movimento descolonizador, podendo aliás invocar o *direito à revolta* que vinha da tradição da independência americana e que a Carta da ONU aceitou, utilizou e aperfeiçoou a *guerrilha* como instrumento de luta, esta transformou-se em instrumento na vida internacional, e o *reconhecimento de facto* passou a ser uma categoria política que não pode ser desconhecida, mesmo que não tenha sido assumida a natureza do reconhecimento jurídico. Os grandes técnicos desta forma de combate

armado foram Mao Tsé-Tung, o General Giap, ‘Che’ Guevara e Carlos Marighella”<sup>26</sup>.

É comum o uso de guerrilhas, sejam urbanas sejam rurais, quando existem insurretos se opondo ao Governo legal, não só quando se trata de ataque a tropas estrangeiras, como também às forças do Governo constituído daquele mesmo Estado.

### 9. Exemplos históricos brasileiros

Desde o início da colonização, até a Independência, passando pela vinda da Família Real (fugindo à invasão dos franceses do território da metrópole europeia), houve outros exemplos de conquista do solo brasileiro, com as invasões francesas e holandesas<sup>27</sup>.

Durante a ocupação holandesa no Nordeste do Brasil, especialmente em Pernambuco, período mais longo de domínio além daquele dos portugueses, os naturais da terra, aliados aos lusitanos aqui residentes, empenhavam-se em lutas de guerrilhas contra os batavos, movimento que somente teve diminuição durante o Governo Maurício de Nassau.

Tão logo chegou em terras brasileiras, o Príncipe D. João, Regente de Portugal, resolveu declarar guerra ao Imperador dos franceses. Pelas distâncias e carência de recursos, limitou-se a atacar a colônia francesa vizinha ao nosso território, a Guiana. Houve ocupação territorial durante todo o tempo em que o Corso governou a França, sendo a colônia devolvida ao novo rei francês, Luiz XVIII, tão logo ele assumiu o Poder. Evidencia-se que a conquista territorial foi ato de circunstância, pela devolução sem maiores movimentos militares, com a mudança da legitimidade da monarquia do adversário.

Doutra parte, houve a conquista da banda oriental das Províncias Unidas do Rio da Prata, de modo a criar a *Província Cisplatina* do nosso Reino Unido, já aos tempos do reinado de D. João VI. Em 1817, houve o processo de intervenção na área que hoje cor-

responde ao Uruguai, a fim de impedir a instalação de uma República em Montevideu. Fundava-se o movimento na necessidade de preservação dos eventuais direitos sucessórios de D. Carlota Joaquina. Com a derrota dos defensores da Banda Oriental, criou-se uma situação de domínio português sobre a área anexada<sup>28</sup>, que somente veio terminar depois da Independência<sup>29</sup>.

O processo mesmo da independência do Brasil da metrópole portuguesa teve características especiais, posto que foi um misto de *hereditariedade*, pelo fato de ser o Príncipe D. Pedro o herdeiro presuntivo da Coroa do Reino-Unido, e de algumas escaramuças que teoricamente podem classificar-se como *guerra de secessão*. Com efeito, em alguns pontos do território do novo Império, ocorreram embates entre as tropas portuguesas e as do novo Estado, estas, na maior parte das vezes, comandadas por mercenários estrangeiros<sup>30</sup>, com vitória das tropas do novo Império.

Durante o Segundo Reinado, ocorreram problemas político-militares entre o Brasil e o Uruguai<sup>31</sup>, o Brasil e a Argentina<sup>32</sup>. Finalmente, a questão do Paraguai, contra o qual o Brasil se aliou ao Uruguai e à Argentina, formando a Tríplice Aliança, ocorrendo a chamada Guerra do Paraguai, de 1865-1869, a qual também terminou sem vantagens territoriais para o Império do Brasil.

Quando houve a revolução constitucionalista de 1932, um dos argumentos do Governo Federal de que o movimento era separatista foi o fato de ter o Governador pretendido o reconhecimento dos insurretos como beligerantes, o que, afinal, não ocorreu.

A participação do Brasil na II Guerra Mundial, na Itália, foi por força de compromissos internacionais, sem que tivesse havido qualquer conquista do território da península, a qual ficou ocupada pelas tropas aliadas em decorrência da rendição incondicional.

Outras participações de nossas Forças Armadas em missões no exterior igualmente decorreram de compromissos internacionais no quadro da Organização dos Estados

Americanos e da Organização das Nações Unidas.

Finalmente, as guerrilhas – urbanas e rurais – desenvolveram-se, na história recente, durante o Governo Militar, com enfrentamentos entre os guerrilheiros e as forças governamentais, nos assaltos a bancos, seqüestros de embaixadores e outros diplomatas, e o evento emblemático da serra do Caparaó.

### 10. *As normas constitucionais referentes à guerra*

A índole pacífica do povo brasileiro está expressa nas normas constitucionais que impedem a participação do Brasil em guerras de conquista, como se verifica pela leitura do texto de 1891<sup>33</sup>. Regra semelhante não existiu no documento imperial.

Em 1934, o Constituinte, depois de limitar as hipóteses de deflagração de guerra, igualmente se declara contrário à participação das nossas forças em guerra de conquista<sup>34</sup>.

No texto de 1937, não se trata do impedimento à guerra de conquista.

A Constituição de 1946 voltou ao entendimento de 1934, aumentando apenas as hipóteses de soluções pacíficas de conflitos internacionais<sup>35</sup>.

A mesma orientação aparece na Constituição de 1967, num parágrafo ao artigo em que propugna a solução dos conflitos internacionais pelos meios pacíficos, inclusive com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe<sup>36</sup>. A mesma regra, com a mesma redação e localização, permaneceu no texto de 1969.

Já na Constituição Cidadã, a regra específica de banimento da guerra de conquista é substituída pela determinação de que o Brasil terá a regência de suas relações internacionais nos princípios ali enunciados (art. 4º), entre os quais o da defesa da paz.

As regras constitucionais sobre a guerra normalmente são conotadas a defesa contra eventuais invasões estrangeiras, admitindo-se, no período republicano, a hipóte-

se de intervenção federal nos Estados não só para repelir invasão estrangeira, como a de um Estado em outro, mas também para pôr termo a guerra civil.

### Notas

<sup>1</sup> Cfr., para esta parte, MOREIRA REIS, Palhares. Criação de Estados e de regimes e processos autocráticos de escolha do governante. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*. n. 8, Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Editora Universitária, 1997. p. 277 e ss.

<sup>2</sup> VILLENEUVE, Marcel De La Bigne de. *Principes de Sociologie Politique et de Statologie Générale*. Paris, Recueil Sirey, 1957. p. 76.

<sup>3</sup> MOREIRA REIS, Palhares. *O Estado e seu Ordenamento Jurídico*, Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 1975 (*Fundamentos da Ciência Política*, 3), p. 44.

<sup>4</sup> A decisão interna da Checoslováquia, formalizando a secessão entre a República Checa e a Eslováquia, que se tornou efetiva em 1º de janeiro de 1993.

<sup>5</sup> O acordo de partição da Coreia, passando a existir a Coreia do Norte e a Coreia do Sul.

<sup>6</sup> A decisão da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas sobre Israel.

<sup>7</sup> MARCEL, Prelot, *et al.*, op. cit., p. 197.

<sup>8</sup> MOREIRA REIS, Palhares. *As eleições indiretas no Brasil*. Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Editora Universitária, 2.v., v.2, 1999, p. 712 e ss.

<sup>9</sup> Sobre esses temas, v. o artigo *Criação de Estados e Regimes e processos autocráticos de escolha do governante*, cit.

<sup>10</sup> Para César Díaz Cisneros, a guerra internacional é a realizada entre Estados, é a única que interessa ao Direito Internacional e somente ela pode ser submetida às chamadas *leis da guerra*. Já a *guerra civil* tem lugar entre o governo de um Estado e um partido político que combate com suas forças armadas. A *guerra intestina* se realiza entre partidos políticos militarmente organizados, no interior de um Estado. *Derecho internacional público*. 2. ed. atual., Buenos Aires, Tipografia Editora Argentina, v.2, 1966. p. 367.

<sup>11</sup> DELBEZ, Louis. *Manuel de droit international public*. 2. ed. ref., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. p. 295.

<sup>12</sup> REUTER, Paul. *Droit international public*. Paris, Presses Universitaires de France, 1958. p. 327.

<sup>13</sup> CLAUSEWITZ, Carl von. *Da guerra*. São Paulo, Martins Fontes, 1979. p. 73-87.

<sup>14</sup> PRELOT, Marcel, *et al.*, op. cit., p. 198.

<sup>15</sup> Já em 1625, GROTIUS, Hugo. O grande tratadista holandês, intitulava o seu livro sobre o assunto como *De jure belli ac pacis*.

<sup>16</sup> MOREIRA REIS, Palhares. Os direitos humanos na atualidade. *Informativo Jurídico Consulex*. Brasília, Editora Consulex, a. 13, n. 7, 22/2/199, p. 8-10.

<sup>17</sup> As normas sobre a guerra tentavam disciplinar os combates e seus efeitos na guerra terrestre, na guerra no mar e na guerra aérea, com reflexos sobre os prisioneiros e sobre as populações envolvidas.

Igualmente, as leis de guerra disciplinam o estado de neutralidade, por meio do qual alguns Estados se declaram neutros no conflito, devendo essa condição ser respeitada pelos beligerantes.

Vale ressaltar que a Suíça adotou, desde 1815, no Congresso de Viena, o estado de *neutralidade perpétua*, o mesmo acontecendo com a Bélgica e o Luxemburgo pelo Tratado de Paz de 1919. A neutralidade voluntária é declarada por um Estado no sentido de se manter afastado do conflito.

Em princípio, o estatuto de neutralidade é respeitado. No entanto, durante a II Guerra Mundial, a Alemanha nazista respeitou a neutralidade da Suíça, da Suécia, da Espanha e de Portugal, e desrespeitou, invadiu e ocupou os Estados neutros da Noruega, Dinamarca, Holanda, Bélgica e Luxemburgo.

<sup>18</sup> A República Federal da Alemanha (oriunda da unificação das zonas de ocupação norte-americana, inglesa e francesa), a República Democrática Alemã (correspondente à área soviética de ocupação) e a zona de Berlim. Mais recentemente, a Alemanha voltou a se reunificar.

<sup>19</sup> MOREIRA, Adriano. *Teoria das relações internacionais*. Coimbra, Almedina, 1996. p. 218. E explica: "Pelo que toca ao irredentismo, acontece que o território mundial está praticamente dividido na sua totalidade entre Estados soberanos. Estas fronteiras dividem freqüentemente grupos étnico-lingüísticos ou culturais entre soberanias diferentes: é o caso da Irlanda do Norte em relação à Inglaterra e à Irlanda; de Caxemira, absorvida na Índia e reclamada pelo Paquistão; os curdos estão divididos entre o Iraque, o Irão e a Turquia; os bascos estão divididos entre a Espanha e a França, etc."

<sup>20</sup> BONNET, Gabriel. op. cit., p. 32 e ss.

<sup>21</sup> MOREIRA, Adriano. *Teoria das relações internacionais*. cit., p. 219. Continua o mestre luso a sua explanação: "Não se trata de reclamar a união a Estado diferente, ou de um Estado reclamar território de outro. O caso dos curdos e dos bascos corresponde a este modelo. Existem no mundo vários focos de conflito separatista: os ibos pretendem separar-se da Nigéria e sacrificaram talvez um milhão de vidas a essa luta depois da independência do Estado, após a guerra de 1939-

1945; o Bangladesh separou-se, pela guerra vitoriosa, do Paquistão; os bascos lutam para se separarem da Espanha e a Catalunha manifesta igual disposição; os croatas contestavam a absorção na Iugoslávia; os sikhs lutam contra o centralismo da União Indiana; o Ulster católico luta contra a Inglaterra; Timor-Leste luta contra a Indonésia; o Québec francês contesta a unidade do Canadá; o Tibete foi absorvido pela força pela China; os curdos lutam simultaneamente contra o Iraque, o Irão, a Turquia que os dividem entre si. Muitos outros focos menores podem ser enumerados”.

<sup>22</sup> LAUTERPACHT. Oppenheim's international law. N. York, 1948, p. 127, cit. por MOREIRA, Adriano. *Teoria das relações internacionais*, cit., p. 286. Cfr. igualmente BONNET, Gabriel. op. cit., p. 26 e ss.

<sup>23</sup> Cfr. MOREIRA REIS, Palhares. Criação de Estados e de regimes, In: *Estudos de Direito Constitucional e de Direito Administrativo*, v. 2. Universidade Federal de Pernambuco, Editora Universitária, no prelo. Igualmente, MOLINO, Leonardo. *Como Cambian los Regimenes Políticos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 104 e ss.

<sup>24</sup> A guerrilha pode ser um método de combate entre locais e estrangeiros, caracterizando-se, destarte, como um conflito externo. Pode, igualmente, ser um procedimento usado entre as forças insurretas de um Estado contra as forças regulares do Governo deste mesmo Estado. Se no primeiro caso o objetivo é a independência, ou a secessão, ou o irredentismo, no segundo se resume na tomada de Poder e, eventualmente, na mudança de regime político.

Na América Latina, a guerrilha tem sido, nos tempos presentes, uma luta contra os Governos dos Estados, que normalmente adotavam a *doutrina da Segurança Nacional*. Um interessante levantamento destes fenômenos está no livro de BERARDO, João Batista. *Guerrilhas e guerrilheiros no drama da América Latina*. São Paulo, Edições Populares, 1981. *passim*.

<sup>25</sup> “Do ponto de vista da conduta militar, a Guerrilha confia muito na improvisação e nas possibilidades de aproveitar a ocasião favorável. Os guerrilheiros fogem de combates que não permitem agir em condições de superioridade. O bom conhecimento do terreno e o apoio da população permitem adotar uma tática que frustra e reduz ao mínimo o número dos ataques maciços do inimigo e desfere golpes decisivos sob a forma de sabotagem e emboscadas contra as unidades isoladas do exército e da polícia, as linhas de comunicação e o fornecimento e as fontes de riqueza do Governo”. ATTINÀ, Fulvio : Verbete *Guerrilha*, In: BOB-BIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 3 ed. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1991.

<sup>26</sup> MOREIRA, Adriano. *Teoria das Relações Internacionais*, cit., p. 287.

<sup>27</sup> Os franceses buscaram ocupar o Rio de Janeiro em 1560 e o Maranhão em 1594, aí tendo permanecido até 1615.

Os holandeses tentaram a ocupação da Bahia em 1624, sendo expulsos no ano seguinte. Já em Pernambuco, onde aportaram em 1630, ficaram até 1654, tendo havido um período de calmaria nas relações bélicas, durante o Governo do Príncipe de Nassau (1637-1644).

<sup>28</sup> “A situação da nova conquista tinha um caráter original diante do direito das gentes, porque D. João VI reconhecia o direito espanhol e classificava a guerra como de pacificação; estava nos seus propósitos restituí-la à coroa de Espanha e nunca à hidra revolucionária. (...) Esta guerra era antipática ao mundo inteiro civilizado, que acompanhava com entusiasmo e simpatia o movimento do libertador da América”. RIBEIRO, João. *História do Brasil*. 16. ed., Rio de Janeiro : Livraria S. José, 1957. p. 329.

<sup>29</sup> Em 1828, foi assinado um tratado entre o Brasil e a Argentina, sob a mediação da Inglaterra, pelo qual essas potências reconheciam a independência do Uruguai.

“Foi uma solução sensata. Na verdade, a Cisplatina nunca fora uma província do Brasil e, sim, um território ocupado pelo Império”. SOUTO MAIOR, ARMANDO. *História do Brasil*. São Paulo. Cia. Editora Nacional, 1965. p. 281.

<sup>30</sup> Houve resistência portuguesa em diversos pontos do território brasileiro, onde havia grande concentração de tropas e de civis portugueses, de modo que só se incorporaram definitivamente ao Império a Bahia, o Maranhão e o Grão-Pará em 1823, e a Cisplatina em 1824.

No que concerne aos mercenários, o Almirante Cochrane bloqueou a Bahia com a sua esquadra, enquanto o General Labatut sitiava as forças do General Madeira. O capitão Taylor perseguiu a esquadra portuguesa até o Tejo. O Almirante foi igualmente ao Maranhão e mandou Grenfel ao Pará, sempre com o intuito de despachar de volta ao Reino as forças portuguesas.

<sup>31</sup> A campanha militar contra o Uruguai de Manuel Oribe, em 1851, apoiado pela Argentina de Rosas, ocorreu sem maior resistência, não tendo havido, por parte do Império; qualquer conquista territorial, apenas sendo deposto o Governo existente e substituído por um pró-Brasil, além da garantia da liberdade de navegação no Rio da Prata. Também no episódio de Aguirre, o Conselheiro Saraiva assinou uma declaração de que o Brasil respeitaria a independência uruguaia. Com a mudança de governo, o Brasil se comprometeu a prestar ao Uruguai cooperação na guerra contra o Paraguai.

<sup>32</sup> O desentendimento com a Argentina foi devido à posição do ditador daquele País, Juan Manuel Rosas, contra quem começou a campanha contra seu aliado Oribe, no Uruguai. Em 1853 houve uma campanha militar contra a Argentina, que terminou com o reatamento das relações com o Império, sem qualquer compensação territorial.

<sup>33</sup> Art. 88. Os Estados Unidos do Brasil, em caso algum, se empenharão em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outra nação.

<sup>34</sup> Art. 4º. O Brasil só declarará guerra se não couber ou malograr-se o recurso do arbitramento; e

não se empenhará jamais em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outra nação.

<sup>35</sup> Art. 4º. O Brasil só recorrerá à guerra se não couber ou se malograr o recurso ao arbitramento ou aos meios pacíficos de solução do conflito, regulados por órgão internacional de segurança, de que participe; e em caso nenhum se empenhará em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outro Estado.

<sup>36</sup> Art. 7º, parágrafo único. É vedada a guerra de conquista.

# A empresa: uma realidade fática e jurídica

Jorge Rubem Folena de Oliveira

## Sumário

1. A importância da empresa na sociedade contemporânea. 2. Da evolução histórica da empresa. 3. Da dificuldade em se definir ou conceituar a empresa. 4. Asqui e os perfis da empresa. 4.1. Perfil subjetivo. 4.2. Perfil funcional ou dinâmico. 4.3. Perfil objetivo ou patrimonial. 4.4. Perfil institucional. 5. Natureza jurídica da empresa. 5.1. A empresa como objeto de direito. 5.2. A empresa como sujeito de direito. 6. A empresa e sua função social. 7. A grande empresa capitalista e o processo de concentração econômica. 8. A empresa rural. 9. A empresa no projeto de Código Civil brasileiro. 10. Conclusão.

## *1. A importância da empresa na sociedade contemporânea*

Na sociedade contemporânea, em que, na ordem econômica, o capitalismo prevaleceu sobre o socialismo, a empresa passa a exercer função preponderante, principalmente levando-se em conta o questionamento acerca do papel a ser desempenhado pelo Estado nessa nova ordem, no caso de o mesmo não conseguir enfrentar os problemas sociais e econômicos atuais.

A propósito, é oportuno citar, de plano, Arnoldo Wald<sup>1</sup>, que salienta:

“uma vez ultrapassada a concepção de Estado-Providência, que desapareceu em todos os países, com a falência das instituições de previdência social e a redução do papel do Estado nas áreas que não são, neces-

Jorge Rubem Folena de Oliveira é Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e Advogado.

sária e exclusivamente, de sua competência, *amplia-se a missão da empresa, como órgão intermediário entre o Poder Público e o Estado, e como criadora de empregos e formadora de mão-de-obra qualificada, produtora de equipamentos mais sofisticados sem os quais a sociedade não pode prosseguir*, e interlocutora ágil e dinâmica que dialoga constantemente com os consumidores de seus produtos”. (nossos grifos)

Nesse novo cenário econômico tomado pelo avanço tecnológico e pelo processo de globalização, é imperioso destacar “a importância crescente da empresa como coração da vida econômica e social da sociedade contemporânea”<sup>2</sup>, estando ela no centro da economia moderna, chegando muitos a afirmar que a empresa constitui o lugar de eclosão da força vital de uma nação ou a célula base de toda economia industrial.

Igualmente está refletido no direito, em que, na seara mercantil, o centro é a empresa<sup>3</sup>, chegando muitos autores a comentar que o direito comercial moderno é o direito das empresas<sup>4</sup>.

Na opinião de Orlando Gomes, a empresa não deve ser vista apenas no campo do direito comercial, mas “se coloca no centro do sistema do direito privado, tomando corpo justamente quando mais aguda se torna a crise do direito de propriedade e, por conseguinte, a da categoria do direito subjetivo”<sup>5</sup>.

Porém, apesar de todo o destaque atual, não é de hoje que se vem debatendo a importância da empresa no cenário econômico e jurídico, pois, como manifesta Washington Peluso Albino de Souza<sup>6</sup>, “para muitos, foi na proporção que o Estado passou a atuar no domínio econômico que os juristas sentiram-se na necessidade de desenvolver o que se convencionou chamar de Teoria da Empresa”.

Com efeito, realça-se que a empresa é um instituto em constante evolução, deven-

do o direito acompanhá-la, em cada época, conforme as mutações econômicas ocorridas na sociedade.

Nesse sentido, o senador Josaphat Marinho<sup>7</sup> manifestou que

“as normas sobre o direito da empresa, além de amplas e flexíveis, devem ser interpretadas de acordo com a diversificação da atividade negocial, as condições econômicas e os costumes do meio.”

Portanto, o direito, como captador das realidades e das transformações sociais, deverá acompanhar tais mudanças ocorridas nas relações empresariais contemporâneas, fazendo as mesmas refletirem na sua aplicação no meio social<sup>8</sup>.

Tudo isso, conforme acima destacado por vários doutrinadores, serve para realçar que a empresa, e a teoria dela advinda, é uma realidade na sociedade contemporânea, sendo a sua expressão máxima representada pela macroempresa, a qual constitui-se, na atualidade, verdadeira instituição com vida e destino próprio.

Nesse cenário de destaque da empresa contemporânea, iremos apreciar, nas linhas a seguir: (i) a dificuldade encontrada pela doutrina para se definir ou conceituar a empresa; (ii) a sua evolução histórica; (iii) os diversos perfis em que ela se apresenta; (iv) sua natureza jurídica, em que ela é apresentada como objeto ou sujeito de direito e ainda como exercício do direito de propriedade; (v) a função social desempenhada pelas empresas nos dias atuais perante a coletividade em que atua; (vi) os processos de concentração e as macroempresas que atuam no mundo globalizado por meio das grandes transnacionais e (vii) as empresas rurais, uma realidade que se apresenta no campo em prol do desenvolvimento do interior e do esvaziamento dos centros urbanos.

Levando-se em consideração todos os pontos acima destacados, consideramos oportuno manifestar que a empresa deve ser vista, hoje, pelo direito, como uma rea-

lidade cuja história está intimamente ligada ao desenvolvimento do capitalismo contemporâneo.

## 2. Da evolução histórica da empresa

O primeiro registro da expressão empresa, segundo Francisco Wildo Lacerda Dantas<sup>9</sup>, foi encontrado nos Estudos de Economia Política de 1803 de Jean Baptista Say, para quem a empresa se apresentava em diferentes tipos de indústrias, tais como a agrícola, a manufatureira e comercial<sup>10</sup>.

No entanto, é imperioso salientar que, durante os séculos XVII e XVIII, não se tinha um esboço do conceito ou definição de empresa – a exemplo dos moldes atuais –, porque, naquela época, ainda predominava o pequeno comércio e as indústrias de manufaturados com poucos empregados, permanecendo a agricultura como a principal fonte de riqueza das nações<sup>11</sup>.

A empresa, de fato, é um fenômeno que surgiu com a Revolução Industrial, com o desenvolvimento econômico e dos processos de produção<sup>12</sup>.

Pode-se afirmar que a empresa é uma criação do capitalismo da Idade Contemporânea, mesmo sabendo-se que existiram companhias anteriores a tal período, no entanto desprovidas de organização produtiva, na forma almejada no sistema liberal-capitalista.

No direito positivo, a empresa apareceu pela primeira vez no Código Napoleônico de 1807, por meio das enumerações dos atos de comércio, em que estavam incluídas:

“todas as empresas de manufaturas, de comissão de transportes por terra e água” e “todas as empresas de fornecimento, de agência, escritório de negócios, estabelecimentos de vendas em leilão, de espetáculos públicos”.

Porém, como assinala Rubens Riquião<sup>13</sup>, o estudo sobre a empresa não se desenvolveu muito à época do Código de

1807, pelo fato de os doutrinadores se prenderem mais à teoria dos atos de comércio.

A consagração da empresa, no direito positivo, deu-se no Código Civil italiano de 1942, de concepção fascista<sup>14</sup>.

No Brasil, a empresa foi introduzida por meio do Regulamento 737/1850, dentro das enumerações dos atos de mercancia previstos naquele regulamento.

Porém, em nosso país, foi o direito do trabalho o primeiro a regulamentar a empresa, o grupo de empresa e sua respectiva responsabilidade<sup>15</sup>.

O primeiro conceito legal de empresa que surgiu no país se deu mediante o Decreto-Lei nº 7.666/45, conhecido como “Lei Malaia”, e, posteriormente, por meio da já *ab-rogada* Lei nº 4.137/62, em seu art. 6º, como citado pelo professor Theophilo de Azeredo Santos<sup>16</sup>.

## 3. Da dificuldade em se definir ou conceituar a empresa

A dificuldade em se definir ou conceituar o que seja empresa decorre de sua própria natureza jurídica, pois uns a consideram como mero objeto de direito, uma verdadeira abstração sem vida própria, e outros a consideram como sujeito de direito, tendo vida independentemente da vontade de seus sócios<sup>17</sup>.

Além disso, a expressão “empresa” é utilizada, no dia-a-dia, com uma variedade numerosa de significados, que vão desde o sentido de organização, passando pela noção de estabelecimento e chegando, de certa forma, à de sociedade comercial, o que, como alude Waldirio Bulgarelli<sup>18</sup>, não contribui para a certeza e segurança características do ordenamento jurídico.

Essa situação contribui, acentuadamente, para não se ter uma fluente definição ou conceituação da empresa, o que, inclusive, levou Georges Ripert<sup>19</sup> a afirmar que “o legislador usa o termo empresa quando lhe é cômodo fazê-lo, sem se preocupar em empregá-lo sempre no mesmo sentido”.

Dessa forma, verifica-se, a princípio, uma falta de cientificidade para se definir ou se conceituar a empresa.

Todavia, a empresa é vista como fenômeno econômico e, como tal, deve-se partir daí a sua observação.

Com efeito, sob o aspecto econômico, a empresa comercial (*business enterprise*), segundo lição de Willian H. Wesson<sup>20</sup>, pode-se referir:

- a) a uma forma de produção tratada na teoria unitária da produção capitalista;
- b) a um fator de produção;
- c) ao sistema de produção e distribuição capitalista;
- d) ao espírito ou atividade do sistema ou do empresário individual<sup>21</sup>.

Nesse contexto, a *idéia de empresa é vista como organização dos fatores de produção com vistas ao lucro*.

Para Despax<sup>22</sup>, no que se refere à definição econômica, há duas correntes: (i) *uma restritiva*, em que o termo empresa é empregado no sentido capitalista, ou seja, a empresa é vista como unidade voltada para o lucro e (ii) *outra extensiva*, em que a empresa é vista como unidade de produção de bens e serviços, sem depender de outro órgão para financiá-la.

Verifica-se que, com as macroempresas e os crescentes processos de concentração empresarial, a empresa como unidade de produção está desvinculada da figura do empresário capitalista.

As empresas estão entregues a administradores responsáveis pela consecução do bom andamento de seus negócios e, por conseguinte, do interesse de seus investidores. Assim, sob o aspecto econômico, a empresa vem-se libertando da figura do empresário, o que para muitos, como Evaristo de Moraes Filho<sup>23</sup>, faz com que ela passe a ter personalidade econômica.

De uma forma geral, a definição jurídica de empresa está intimamente vinculada à sua definição econômica. Essa concepção trata-se da teoria monista, em que há

uma coincidência do direito e da economia na definição de empresa, i.e., a noção econômica da empresa é a mesma que a jurídica.

Dentro dessa linha monista, J. X. Carvalho de Mendonça<sup>24</sup> expôs que a empresa apresenta alguns pressupostos que, para nós, são de grande importância para sua definição jurídica:

- a) uma série de trabalhos ou capitais, ou de ambos combinados;
- b) uma série de negócios do mesmo gênero de caráter mercantil; e
- c) a assunção do risco próprio da organização<sup>25</sup>.

Realmente, como se pode depreender desses pressupostos, a noção de empresa poderá ser considerada como predominantemente econômica e não jurídica<sup>26</sup>.

Com efeito, mesmo com toda a dificuldade existente quanto à natureza jurídica da empresa, J. X. Carvalho de Mendonça<sup>27</sup> lançou a seguinte definição de empresa:

“Empresa é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob a sua responsabilidade”.

Além disso, a empresa pode ser vista por diversos ângulos econômicos para se chegar a sua definição jurídica, a exemplo do que fez Alberto Asqui<sup>28</sup>, que considerou a empresa como um fenômeno econômico poliédrico, a qual deve ser analisada sob vários perfis, quais sejam: a) subjetivo = empresário; b) funcional = atividade empresarial; c) patrimonial ou objetivo = patrimônio comercial e estabelecimento e d) corporativo = instituição.

O fato de a empresa ser apresentada por diversos perfis, segundo Asqui<sup>29</sup>, foi o motivo que levou o legislador do Código Ci-

vil italiano de 1942 a não defini-la naquele estatuto legal.

#### 4. Asqui e os perfis da empresa

##### 4.1. Perfil subjetivo

O perfil subjetivo da empresa está inserido no empresário. Asqui, destaca que tanto no Código Civil italiano de 1942, como na legislação extravagante, a empresa é sinônimo de empresário. Nessa mesma linha, o projeto de Código Civil Brasileiro de 1975 adotou o perfil subjetivo da empresa, apenas definindo, no art. 969, a figura do empresário.

O Código Civil italiano, em seu art. 2.082, define empresário “quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, tendo por fim a produção ou troca de bens ou serviços”.

Ressalta-se, por imperioso, que o autor em referência destaca os seguintes caracteres dessa definição, segundo a disposição legal aludida: a) o empresário poderá ser pessoa jurídica ou física, i.e., o sujeito de direito, que exerce atividade empresarial em nome próprio<sup>30</sup>; b) o exercício da atividade econômica deverá ser de forma organizada; c) a produção destina-se à troca de bens ou serviços.; d) exercer a atividade econômica de forma profissional, i.e., não ocasionalmente, mas em caráter de continuidade.

Em decorrência do perfil subjetivo, todas as atividades econômicas desenvolvidas de forma organizada e produtiva serão consideradas como empresariais.

##### 4.2. Perfil funcional ou dinâmico

O perfil funcional da empresa é visto como a atividade empresarial, i.e., dirigida para um determinado fim produtivo.

Segundo o autor italiano,

“o conceito de atividade empresarial implica em uma atividade voltada, de um lado, a recolher e organizar a força do trabalho e o capital necessário

para a produção ou distribuição dos determinados bens ou serviços, e, do outro lado, a realizar a troca dos bens ou serviços colhidos ou produzidos”.

##### 4.3. Perfil objetivo ou patrimonial

Em tal perfil, segundo Alberto Asqui, a empresa é vista como patrimônio ou estabelecimento.

Para o autor, o fenômeno da empresa projeta tudo sobre o terreno patrimonial, dando lugar a um patrimônio especial distinto, por seu escopo, do restante do patrimônio do empresário, que é o estabelecimento.

Em contraposição a essa característica, desenvolveu-se uma teoria tendente a personificar tal patrimônio, identificando a empresa como sujeito de direito distinta da figura do empresário. Destaca que tal teoria não foi adotada no direito italiano, no Código Civil de 1942.

Para Asqui, esse patrimônio especial é dinâmico, resultante de um complexo de relações organizadas e que tem o poder de desmembrar-se do empresário e de adquirir por si mesmo um valor econômico, sendo conhecido como estabelecimento ou *universitas iurium*.

O estabelecimento é o complexo de bens materiais e imateriais, móveis e imóveis e, segundo alguns, os serviços aí também estão incluídos. Dessa forma, o estabelecimento é composto dos instrumentos que o empresário se vale para o exercício da atividade empresarial, ou seja, “o complexo de bens organizados pelo empresário para o exercício da empresa”, conforme preceitua o art. 2.555 do Código Civil italiano.

Na forma prevista no Código Civil italiano, segundo o autor, o estabelecimento, a *azienda*, é considerada como “res” (coisa). Em outras partes daquele código, o estabelecimento é disciplinado como patrimônio aziedal (art. 2.112), complexo das relações jurídicas.

#### 4.4. Perfil institucional

O perfil institucional é aquele em que se considera a empresa uma instituição.

Nesse perfil, a empresa é considerada como organização de pessoas formada pelo empresário, pelos empregados e colaboradores. Tal união forma um núcleo organizado, em que todos vêem como objetivo mútuo a obtenção de resultados melhores na produção.

Segundo Asqui, nesse perfil a empresa é enquadrada, juridicamente, como instituição<sup>31</sup>.

Com efeito, instituição é toda organização de pessoas que voluntariamente ou compulsoriamente – em relações de hierarquia e cooperação entre seus membros – agem em função de um escopo comum.

Destarte, a empresa como instituição é um ente apresentado com forma própria, na busca dos objetivos dos empresários, dos empregados e todos que dela dependem, seja de forma direta ou indireta.

#### 5. Natureza jurídica da empresa

A natureza jurídica da empresa, ou seja, a sua localização no contexto jurídico, está centrada em ser ela titular ou não de direito, i.e., ser sujeito de direito ou objeto de direito.

Para tanto, nessa análise é curial a noção de empresa em relação ao perfil objetivo e institucional, salientado por Asqui.

Além disso, Orlando Gomes<sup>32</sup> propõe uma terceira posição, qual seja: a empresa como exercício do direito de propriedade.

A seguir examinaremos cada uma dessas correntes.

##### 5.1. A empresa como objeto de direito

Para os que vêem a empresa como objeto de direito<sup>33</sup>, ela seria totalmente dependente da figura do empresário. Sem este, a empresa não respiraria, não teria vida.

Então, a empresa seria uma mera abstração na qual o empresário, mediante o exercício da atividade econômica,

impulsiona-a para buscar os resultados para os quais foi concebida.

Nas palavras de Rubens Requião<sup>34</sup>, “a empresa somente nasce quando se inicia a atividade sob orientação do empresário”.

Assim, sob esse prisma, a empresa é vista como integrante do patrimônio do empresário, confundindo-se com a noção de estabelecimento ou de fundo de comércio. Nesse ponto revela-se o seu perfil patrimonial ou objetivo<sup>35</sup>.

Para essa corrente, os elementos corpóreos e incorpóreos que constituem o fundo de comércio ou o estabelecimento, e que foram constituídos e desenvolvidos pelo empresário, caracterizam a empresa, por serem os instrumentos de exercício da atividade empresarial produtiva.

Desse modo, para essa concepção objetivista, a empresa é mera unidade de produção, *sendo a sociedade, formada pela união e vontade dos sócios, a titular de direitos e obrigações perante o direito.*

##### 5.2. A empresa como sujeito de direito

Como salientado por Orlando Gomes<sup>36</sup>, foi no direito do trabalho que se formou a teoria de se personificar a empresa para justificar a atribuição de determinados direitos aos empregados, mas, como advertia o saudoso professor baiano, “essa técnica resultou de superestimação dos elementos humanos, em razão das novas diretrizes adotadas para a organização do trabalho”.

Porém, deixando de lado as críticas do saudoso professor Orlando Gomes quanto a essa corrente personalista, cumpre realçar que, no atual estágio, a empresa, para muitos autores<sup>37</sup>, tem vida própria, independente da pessoa dos empresários.

E isso pode ser observado por meio das grandes empresas que comandam a economia capitalista mundial, em que seus sócios são meros investidores, que confiam os destinos dessas megaorganizações nas mãos de administradores contratados para tal fim.

Nessas organizações, pouco se percebe a ação dos sócios sobre os negócios da empresa, agindo esta com vida e luz própria, pelas mãos de seus executivos.

Essa é a realidade que se apresenta nos dias atuais e precisa ser enfrentada pelo direito, ou seja: *a empresa ser vista como pessoa jurídica*.

Como explicado por Pontes de Miranda<sup>38</sup>, a expressão pessoa jurídica, nos moldes atuais apresentados, é relativamente nova, vinda do começo do século passado, sendo empregada pela primeira vez por Von Savigny<sup>39</sup>.

Como narrado pelo saudoso jurista pátrio, o direito romano desconhecia o conceito de pessoa jurídica<sup>40</sup>, somente o cidadão romano era titular de direitos e deveres, sendo reconhecido como pessoa física. “Os *collegian* e as *sodalitates* não eram pessoas. A *res publica* era o bem do povo romano; e esse não era pessoa privada. Coisa do povo era *extra commercium*.”

Na Idade Moderna, com o desenvolvimento das concepções liberais burguesas, com a criação da figura do Estado e de seus órgãos e das demais formas de uniões econômicas, por meio das associações e sociedades comerciais, necessitou-se dar plena capacidade jurídica (personalidade jurídica) para que essas instituições pudessem, nas relações por elas travadas, produzir direitos e contrair deveres ou obrigações.

*Nesse contexto, surgiram as pessoas jurídicas.*

O Direito brasileiro<sup>41</sup>, seguindo a linha adotada pelo Direito germânico, atribuiu aos integrantes dos órgãos que compõem as pessoas jurídicas o poder de expressar a vontade em nome dessas entidades<sup>42</sup>.

A personalidade jurídica da pessoa jurídica decorre do posicionamento ou vontade dos seus membros ou associados, seja mediante decisões diretas, tomadas por estes, ou por pessoas indicadas pelos seus membros para representá-los.

No entanto, por outro lado, as pessoas jurídicas têm vida totalmente independen-

te dos seus representantes legais (art. 20 do Código Civil brasileiro).

Particularmente quanto à *personalidade jurídica das sociedades comerciais*, esta foi centrada na pessoa dos comerciantes (sócios) que integram tais sociedades. *Daí o caráter eminentemente pessoal dessas pessoas jurídicas, que dependem de seus membros ou sócios para praticarem seus atos jurídicos.*

Entretanto, a realidade que se apresenta, com o desenvolvimento do capitalismo e o *surgimento das grandes organizações empresariais*, em forma de sociedades anônimas, é no sentido de se dissociar, cada vez mais, a figura do empresário “dono da empresa” da “do mero investidor de capitais”.

A propósito, Suzy Elizabeth Cavalcante Koury<sup>43</sup>, explicando a dissociação ocorrida entre empresa e empresário, manifestou que

“essa dissociação, inconcebível na técnica jurídica clássica, na qual somente o empresário aparecia no cenário jurídico e se confundia o controle empresarial com a propriedade capitalista, ficou bem clara com o advento do livre acesso à forma anônima para os grandes empreendimentos”.

Nesse cenário, em que cada vez mais proliferam as grandes organizações empresariais, conforme as palavras de Alfredo Lamy Filho<sup>44</sup>, “os donos perdem o poder de gerir sua propriedade, que se transfere aos administradores, pessoas que passam a dispor da propriedade alheia como própria”.

A esse respeito é oportuno citar a lição de Fábio Konder Comparato:

“Com o advento da macroempresa moderna, não é apenas a ‘propriedade’ do empresário que desaparece, mas a sua própria hegemonia jurídica. Empresa e empresário se dissociam. A existência daquela não mais se subordina ao interesse deste, e independe portanto da sua vontade.(...)”

Paralelamente a essa linha de evolução, nota-se uma acentuada despersonalização da vida social, na grande empresa. O empresário deixou de ser aquela personalidade prestigiosa, cujo nome as multidões pronunciavam com ódio, temor ou admiração.

Em seu lugar, vão surgindo equipes gerenciais anônimas, titulares do efetivo poder de decisão, e alguns ‘medalhões’ encarregados de relações públicas, recrutados entre militares, políticos ou intelectuais aposentados.

Por outro lado, a composição do corpo acionário da grande empresa tem ainda mais acentuado o seu anonimato. (...) Atualmente, os grandes acionistas não são mais indivíduos, mas sociedades, fundações, fundos de investimentos, fundos previdenciários”. (Comparato, 1970. p. 10, 23-24)

Com o fenômeno das grandes concentrações econômicas, ocorrido principalmente após a 2ª Guerra Mundial, observou-se que *a empresa*, até então mero objeto econômico, *ficou totalmente desvinculada da figura do empresário*.

Com isso, a empresa, principalmente a macroempresa, passou a exercer um papel *institucional*, assumindo uma *função social perante a coletividade*.

A conclusão decorrente da empresa, vista como instituição e praticante de função social, é no sentido de que *ela tem vida própria independente da vontade dos seus sócios capitalistas, assumindo ela compromissos com toda a coletividade onde atua*.

Nesse momento, a empresa, independente da figura dos seus donos, assumiu o grande papel de agente produtor de direitos e obrigações.

Dessa forma, deve a empresa ser vista, no *mundo real*, como sujeito de direito. A esse fenômeno o direito não pode-se omitir, devendo reconhecê-la, seja por meio de leis próprias ou por meio da jurisprudência<sup>45</sup>.

A vantagem de se reconhecer personalidade jurídica às empresas reside na sua manutenção e conservação, em benefício de toda a coletividade – passando pelos empregados, seus fornecedores, seus consumidores, etc – em detrimento à vontade exclusiva dos seus sócios.

Nesse sentido, várias legislações concursais<sup>46</sup> têm disposto sobre a manutenção *é recuperação de empresas em dificuldades*.

Portanto, ressaltamos que a empresa vista como instituição, dotada de personalidade jurídica, *é um fenômeno próprio das grandes organizações capitalistas*.

### 5.2.1. A disregard doctrine e as pequenas e médias empresas

As pequenas e médias empresas, em que ainda se percebe diretamente a figura do empresário em suas ações, deveriam ser tratadas da mesma maneira que as macroempresas, como sujeitas de direito?

Pensamos que não.

Um dos grandes avanços da teoria contemporânea do direito foi o reconhecimento da *disregard doctrine*, ou seja, a desconsideração da personalidade jurídica.

O reconhecimento da personalidade jurídica indistintamente a qualquer tipo de empresa, seja grande, média e pequena, prejudicaria totalmente o reconhecimento à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a qual objetiva atingir diretamente os sócios que se escondem na personalidade jurídica das associações ou sociedades para praticarem fraudes contra terceiros.

Essas situações negativas podem ocorrer com maior frequência nas pequenas e médias empresas, em que os seus capitais circulantes são, muitas vezes, insuficientes para garantirem as relações econômicas praticadas por estas com seus credores. Já as macroempresas têm, geralmente, notória capacidade financeira para suportar qualquer impacto negativo sobre suas transações.

Por tal particularidade, consideramos que deve ser mantido o mesmo tratamen-

to dispensado pela legislação vigente às pequenas e às médias empresas, ou seja: *a sociedade comercial detendo a personalidade jurídica*.

Com isso, os sócios dessas empresas poderão responder pelos prejuízos causados a terceiros, nos casos de fraude e simulação, por meio da *disregard doctrine*, *o que não ocorreria caso as pequenas e médias empresas fossem dotadas de personalidade jurídica própria, pois a personalidade jurídica destas é totalmente distinta dos seus sócios, como prevê a lei (art. 20 do Código Civil brasileiro)*.

Sendo assim, o direito empresarial deve-se enquadrar nessa realidade em que as grandes empresas, principalmente as do tipo sociedade anônima, devem ser reconhecidas como sujeito de direito perante o mundo jurídico e as pequenas e médias empresas recebendo o mesmo tratamento atual, em que a sociedade detém a personalidade jurídica, de modo a ser mantido todo o avanço realizado pelo direito quanto ao reconhecimento da teoria da descon sideração da personalidade jurídica.

#### 5.2.2. A personalidade jurídica da empresa à luz do direito do trabalho

Como acima mencionado, foi no direito do trabalho, segundo Orlando Gomes, que se desenvolveu a tese de personificação da empresa, com o objetivo de garantir direitos aos trabalhadores.

Para o direito do trabalho, conforme lição de Orlando Gomes e Elson Gottschalk<sup>47</sup>, três elementos são suficientes para caracterizar a empresa no âmbito das relações trabalhistas, ou seja:

“do ponto de vista trabalhista, interessa, em primeiro lugar, que a instituição, econômica ou não, desenvolva certa atividade. Em seguida, que possa agir e exercer um poder de direção, que é a autoridade organizativa, encarnada no seu chefe. Por fim, a formação de pessoal. A empresa unipessoal, a artesanal ou a familiar, que não possuem emprega-

dos, não interessam ao direito do trabalho, embora sejam relevantes para a ciência econômica e para o direito comercial”.

Dito isso, cumpre salientar que, no âmbito trabalhista, a personalidade jurídica da empresa é vista nas normas dos arts. 2º e 448 da CLT, que procuram colocar a empresa como ser autônomo em relação à figura do empresário.

Independente de qualquer controvérsia acerca da natureza jurídica da empresa no direito do trabalho, as normas da CLT brasileira acima citadas deixam claro a natureza de pessoa jurídica da empresa, *colocando-as com vida independente da figura do empresário, dono daquelas organizações*.

Apesar desses dispositivos legais reconhecerem a personalidade jurídica da empresa<sup>48</sup>, há autores que negam sua natureza de pessoa jurídica na seara trabalhista, reconhecendo-a como objeto de direito<sup>49</sup>.

A personalidade jurídica das empresas deve ser observada apenas para as macroempresas, sob pena de afastar a aplicação da teoria da descon sideração da personalidade jurídica no âmbito trabalhista.

Com efeito, as pequenas e médias empresas apresentam uma relação de interdependência com a figura dos seus sócios empresários. Dar a essas empresas a categoria de pessoa jurídica seria o mesmo que afastar do âmbito de aplicação do direito do trabalho a tão válida *disregard doctrine*, que está a serviço do direito para combater as possíveis fraudes praticadas pelos empregadores em detrimento dos empregados.

Dessa forma, no direito do trabalho também é identificada a personalidade jurídica da empresa, observadas as limitações com relação às pequenas e médias empresas, em que a figura do empresário/empregador é sentida com mais força; sendo, nesses casos, a empresa ainda vista como propriedade (objeto de direito) dos seus donos.

### 5.2.3. A personalidade jurídica da empresa à luz do direito tributário

O direito tributário, ao lado do direito do trabalho, é um dos ramos que mais observou a evolução da empresa<sup>50</sup>.

A empresa, nesse ramo do direito, é considerada contribuinte independente da figura do empresário.

A propósito, assim está previsto no art. 146 do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto nº 3.000/99:

“art. 146. São contribuintes do imposto e terão seus lucros apurados de acordo com este decreto:

- I. as pessoas jurídicas;
- II. as empresas individuais”.

Portanto, a empresa, no direito tributário, é vista, também, como pessoa jurídica.

### 5.3. A empresa como exercício do direito de propriedade

Para o saudoso professor Orlando Gomes<sup>51</sup>, a natureza jurídica da empresa seria o mero exercício do direito de propriedade, e para justificar sua posição manifestou o seguinte:

“A empresa não pode ser objeto, porque atividade não é objeto de direito, e não pode ser sujeito, porque é o modo de atividade do titular. A empresa seria um dos modos do direito de propriedade”. (Gomes, s.d.)

Para nós, a empresa vista como direito de propriedade é muito próxima da noção da empresa tida como objeto de direito, uma vez que ela está identificada ao conjunto de bens pertencentes ao empresário.

Essa concepção está vinculada às noções liberais clássicas, em que a empresa é um mero conjunto de bens organizados que integram o patrimônio do seu proprietário, o empresário.

Com efeito, *o direito de propriedade não se restringe apenas aos direitos reais*. Como expõe Maria Helena Diniz<sup>52</sup>, a expressão *propriedade* pode significar, em três acepções, o seguinte:

“1) *na linguagem jurídica em geral, pode ter o sentido de:* a) qualidade do que é próprio; b) o que é próprio de alguma coisa, distinguindo-a de outra; (...) 2) *no direito civil.* a) *O QUE PERTENCE A UMA PESSOA;* (...) d) *PODER QUE SE EXERCE SOBRE COISAS;* e) *DIREITO QUE TEM UMA PESSOA DE TIRAR DIRETAMENTE DA COISA A SUA UTILIDADE JURÍDICA* (Tito Fulgêncio *apud* DINIZ) (...). 3) *Direito comercial. ESTABELECIMENTO COMERCIAL.*” (Diniz, 1998.)

Entre os vários sentidos da palavra propriedade acima destacados, vê-se que a mesma não se restringe apenas a uma *jus in re*; nela se inclui, entre outros, no campo do direito civil, “o poder que se exerce sobre coisas” e “o direito que tem uma pessoa de tirar diretamente da coisa a sua utilidade jurídica” e, no direito comercial, ela pode ser vista *como estabelecimento*.

Esses sentidos são fundamentais na concepção de empresa como exercício de um direito de propriedade, pois:

1) ela se apresenta como um conjunto de bens organizados para se atingir um fim (o lucro), por meio do estabelecimento;

2) o empresário exerce seu poder de propriedade sobre os bens integrantes do estabelecimento; e

3) sobre o estabelecimento, o empresário tem o direito de tirar uma utilidade pessoal e jurídica.

Nota-se, então, que a empresa pode ser vista como exercício de uma propriedade, por meio da qual se busca o lucro, fim maior da organização empresarial.

No entanto, a empresa não pode ser vista como mero exercício do direito de propriedade, como manifestam os defensores dessa corrente, pois, nos dias atuais, a utilidade que o empresário tira da empresa não está limitada somente ao lucro. Cabe a essas organizações exercerem também uma função social, que é extensiva ao interesse de toda a coletividade.

## 6. A empresa e sua função social

A função social da empresa deriva do conceito de função social da propriedade<sup>53</sup>.

A noção de função social da propriedade despontou, no cenário jurídico e ideológico, no final do século passado e início deste, como oposição à idéia de livre exercício do direito de propriedade, como defendido pelo pensamento liberal individualista, até então vigente<sup>54</sup>.

Como adverte José Afonso da Silva<sup>55</sup>, a função social da propriedade não se confunde com as limitações ao direito de propriedade. Essas limitações, segundo o festejado constitucionalista pátrio, dizem respeito ao exercício do direito do proprietário; enquanto a função social da propriedade diz respeito à propriedade, ou seja, ela não pode mais ser tida como um direito individual<sup>56</sup>.

Especificamente no caso da empresa, a função social a ser desempenhada por ela está relacionada ao fato de não caber apenas aos sócios/empresários, de forma individual e exclusiva, o seu destino, mas, sim, a toda a coletividade.

Daí, observa-se a intervenção cada vez mais constante do Estado sobre as empresas, de modo a tutelar e garantir não só as atividades concorrenciais por elas desempenhadas no seu dia-a-dia, como também toda a coletividade que dela depende direta ou indiretamente.

Com efeito, Modesto Carvalhosa<sup>57</sup> expõe que são três as modernas funções sociais da empresa:

“A primeira refere-se às condições de trabalho e às relações com seus empregados, em termos de melhoria crescente de sua condição humana e profissional, bem como de seus dependentes. A segunda, volta-se ao interesse dos consumidores, diretos ou indiretos, dos produtos e serviços prestados pela empresa, seja em termos de qualidade, seja no que se refere aos preços. A terceira, volta-se ao interesse dos concorrentes, a favor

dos quais deve o administrador da empresa manter práticas equitativas de comércio, seja na posição de vendedor, como na de comprador. A concorrência desleal e o abuso do poder econômico constituem formas de antijuridicidade tipificadas”. (Carvalhosa, s.d.)

Nessa linha, a Lei nº 6.604/76 (Lei das S/A brasileira) prevê a função social da empresa, nos seus arts. 116, parágrafo único, e 154, normas essas a serem observadas, respectivamente, pelos sócios controladores e pelos administradores das empresas:

“Art. 116.

(...)

Parágrafo Único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

“Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e interesses da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

Lei nº 6.604/76 (Lei das S/A brasileira).

As normas acima, quanto à aplicação da função social da empresa, são destinadas diretamente a seus acionistas controladores e administradores. Todavia, estes, em seus misteres, não podem deixar de lado o objetivo almejado por suas empresas, que é o lucro.

Sem o lucro, as empresas perdem o seu sentido, principalmente na economia capitalista, em que a empresa é sua mola mestra.

A doutrina<sup>58</sup> e jurisprudência pátrias, em diversas oportunidades, mantêm a

posição de que o lucro é necessário às companhias, sob pena de não atingirem o seu fim e estarem passíveis de dissolução<sup>59</sup>:

“Sociedade comercial – Anônima – Dissolução, a requerimento da metade dos seus sócios, pela inexistência de lucros – Admissibilidade e procedência da ação – Sentença confirmada – Inteligência e aplicação do art. 43, ‘b’ do Decreto-Lei n. 2.627, de 1940.

A sociedade comercial que não dá lucro não preenche o seu fim e, conseqüentemente, poderá ser dissolvida”<sup>60</sup>.

“Sociedade comercial Anônima *holding* - Objetivos não atingidos – Lucros nunca distribuídos – Prejuízos constantes – Discórdia – Dissolução pleiteada – Ação procedente.

A discórdia entre acionistas em sociedade anônima constituída por elementos da mesma família e, ainda, a impossibilidade de atingir seus objetivos e os prejuízos justificam sua dissolução”<sup>61</sup>.

Como se vê, nos julgados acima, o lucro é fundamental às empresas, principalmente nas sociedades anônimas<sup>62</sup>.

Entretanto, é necessário haver a conciliação entre a obtenção de lucros, como meta das empresas, e a realização de suas funções sociais. Tal situação, segundo Fábio Konder Comparato<sup>63</sup>, caracteriza-se *como uma verdadeira incongruência, pois, a princípio, são totalmente antagônicas*.

No atual estágio, em que o Estado, como instituição política, encontra-se esfacelado e onipotente, a empresa, como agente econômico e político, deve, na consecução de sua função social, auxiliar o Estado no desenvolvimento de suas políticas sociais, sob pena de aumentar cada vez mais as diferenças sócio-econômicas e ampliar a base das concentrações empresariais.

Nesse cenário, ao nosso ver, não caberia apenas ao Estado o desenvolvimento de políticas sociais, mas, também, às empre-

sas, na consecução de seus negócios, com a missão de colaborar com o desenvolvimento social junto às coletividades em que atuam.

Realça-se que, a princípio, todos podem imaginar que as empresas não teriam responsabilidade alguma sobre a crise vivida pelo Estado, como instituição política organizada.

Em verdade, as empresas ou seus donos contribuíram e muito para tal crise, pois, nos momentos mais agudos do capitalismo, o Estado esteve a serviço do poder econômico para solucionar as crises vividas por aqueles agentes, o que o levou a intervir na economia, atuando em searas que não seriam de sua competência, provocando verdadeiros desajustes orçamentários em suas contas públicas, sendo um dos motivos da crise vivida pelo Estado no atual momento.

Portanto, o lucro, a ser obtido pelas empresas, tem que estar conciliado com a função social a ser desempenhada por estas, o que as torna verdadeiras instituições, integradas por seus donos, por seus empregados e por seus colaboradores (fornecedores e consumidores), em busca de resultados melhores para elas e as sociedades às quais pertencem.

Realmente, o lucro é o que se espera de uma empresa na economia capitalista, sob pena destas não representarem o instrumento de captação de investimentos e poupança, em relação aos acionistas que investem seus capitais nos papéis daquelas empresas.

Entretanto, o destino e a vida das empresas não deve estar apenas na vontade dos seus sócios – os quais estão desejosos em obter o lucro –, mas também no comprometimento social que a empresa desempenha na sociedade, junto àqueles que, direta ou indiretamente, dela dependem.

A preservação da empresa não está apenas nas mãos dos seus donos, os quais poderão sair ou retirar-se das empresas sem que interfiram na sobrevivência daquelas.

Os empresários são fundamentais para as empresas, porém o destino destas não depende apenas deles. Com o reconhecimento cada vez maior da função social que as empresas desempenham na sociedade, a preservação delas está relacionada com essa função.

Essa situação levou o saudoso João Euzébio Borges<sup>64</sup> a manifestar que “a necessidade de preservar a empresa, defendendo-a contra os interesses dos próprios sócios que a constituíram, é dogma consagrado no moderno direito comercial e econômico”. (Borges, 1969)

O dogma a que se refere Borges (*op. cit.*) é a necessidade de se preservar a empresa em decorrência da função social que ela desempenha na sociedade, o que reconhece a vida da empresa, após a sua constituição e funcionamento, independente da vontade dos sócios.

A propósito, nesse sentido tem-se posicionado a jurisprudência, preservando as empresas e vedando as suas dissoluções até mesmo contra a vontade dos seus empresários, em respeito à função social desempenhada por elas:

“Sociedade comercial – Limitada – Dois sócios – Morte de um deles – Apuração de haveres na forma prevista no contrato – Continuidade da empresa pelo sócio remanescente – Admissibilidade.

(...)

Lição de tratadistas e jurisprudência moderna no sentido de se manter a empresa, que representa interesse coletivo, pois dá empregos, paga impostos, entre outras vantagens gerais. Evita-se, também, a intervenção do liquidante judicial, sempre onerosa e demorada”<sup>65</sup>.

“Sociedade comercial – Responsabilidade limitada – Dois sócios – Dissolução pedida por um – Continuação da empresa – Apuração de haveres – Inexistência de decisão extra petita.

Numa ação de dissolução de sociedade composta de dois elementos, a decisão que nega a dissolução e assegura a retirada do autor, com cabal apuração de haveres, não é extra petita, mas provimento parcial do pedido e ajustado ao interesse social de preservação das empresas”<sup>66</sup>.

“Sociedade comercial – Responsabilidade limitada – Falecimento de sócio – Divergência entre os demais – Dissolução – Pedido não acolhido – Prevalência do contrato.

(...)

A tendência moderna é de preservação da empresa, permitindo sua continuação por um determinado período mesmo os que não admitem a sociedade unipessoal. A redução da sociedade a um sócio não lhe traz a dissolução de pleno direito. A lei que rege a sociedade por cotas (Lei 3.708/19), em seu art. 18, manda observar as disposições da Lei das Sociedades Anônimas. Hoje, a Lei 6.604/76 dispõe que a redução do número de sócios a um só será causa de dissolução se o número de dois não for reconstituído até a assembléia geral ordinária do ano seguinte”<sup>67</sup>.

A preservação da empresa, nos dias atuais, está diretamente relacionada com a função social que ela desempenha junto à coletividade em que está radicada.

Sendo assim, os empresários, mesmo realizando o objeto social das empresas – que é o lucro –, devem sempre levar em consideração o bem público e a função social que cumpre a elas desempenhar na comunidade onde estão atuando.

Por tal motivo, como adverte Fran Martins (1984. V. 2, p. 3719), os donos e administradores das empresas deverão desempenhar suas atribuições não com o intuito exclusivo de obter lucros para a sociedade, mas, igualmente, de atender às exigências do bem público, visto que cabe às empresas desempenhar, também, função social.

## 7. A grande empresa capitalista e o processo de concentração econômica

Neste final de século, o capitalismo vem-se apresentando de uma forma cada vez mais concentrada, em que poucos – os acionistas – detêm o controle das empresas em suas mãos.

O fenômeno da concentração econômica empresarial vem-se intensificando desde a Segunda Guerra Mundial, como registra Fábio Konder Comparato (1970, p. 4), sendo que o salto tecnológico ocorrido a partir daí acrescentou novas razões justificadoras do movimento concentracional.

Esse fenômeno de concentração econômica é próprio da grande empresa capitalista, que atua em todo mundo globalizada por meio de suas filiais transnacionais<sup>68</sup>.

A esse respeito, Waldírio Bulgarelli (1996, p.25) salienta que

“é inegável que a grande empresa constitui, em nossos dias, a base da economia dos países desenvolvidos, com influência marcante sobre os demais, e domina o panorama da vida econômica de nossa época”.

Por isso, a sua importância para o direi- to, ao qual cabe regular as relações advin- das da grande empresa capitalista.

Está-se observando em todo mundo, inclusive em nosso país, os crescentes processos de fusões, cisões e incorporações, em que várias empresas do mesmo segmento estão-se unindo ou sendo incorporadas por outras.

Os processos de concentração empresariais estão criando macroempresas, maiores que as grandes empresas existentes anteriormente, as quais têm o monopólio em suas áreas de atuação, impedindo o avanço da concorrência e eliminando os seus competidores.

O fenômeno concentracional está alinhado com o avanço tecnológico, pois quem consegue deter novas técnicas lançará modernos produtos no mercado, afastando os que não conseguiram, no mesmo período, apresentar esses avanços.

Somente consegue ingressar na corrida tecnológica quem dispõe de capitais suficientes para tanto. Dessa forma, terá condições de desenvolver novos projetos ou adquirir de terceiros novas técnicas para o desenvolvimento de seus produtos e serviços.

Theotonio dos Santos (1987, p. 107) ao tratar da grande empresa e eficiência tecnológica, com base em estudo desenvolvido por Betty Bock e Jack Farkas para o *National Industrial Conference Board* com o título “*concentration and productivity*”, chegou às seguintes conclusões proporcionadas pelo avanço tecnológico:

“... ”

1º) concentrar a produção em algumas empresas;

2º) que estas poucas empresas apresentem, no futuro, taxas de produtividade mais altas;

3º) acentuar a desigualdade entre os diversos ramos industriais, em função da introdução de novas técnicas em alguns ramos mais dinâmicos e o atraso em outros;

4º) que os lucros brutos e os excedentes disponíveis para novos investimentos se concentrem também nas empresas maiores de maior produtividade;

5º) que a porcentagem dos salários no conjunto do valor agregado dos produtos diminua enquanto aumenta a do lucro;

6º) ao aumentar de maneira tão significativa a produtividade do trabalho e a concentração econômica, passa a diminuir o número de trabalhadores ou as horas de trabalho necessárias para produzir um determinado volume de bens.

“... ”

(Santos, *op. cit.*)

Verifica-se, desse modo, que o avanço tecnológico e a concentração econômica empresarial proporcionam: (i) a eliminação da concorrência, (ii) altas taxas de lucros a

pouquíssimos investidores e (iii) o esmagamento crescente das forças de trabalho.

No capitalismo contemporâneo, esse quadro negativo está muitas vezes associado à grande empresa globalizada, que vai de um país para outro em busca de melhores oportunidades para seus investimentos.

Portanto, a macroempresa, no atual cenário, deve ser vista com muito cuidado pelo direito, devendo o Estado intervir nos casos de abuso de poder econômico, de modo a proteger os interesses da coletividade e principalmente dos consumidores finais dos produtos e serviços fornecidos por essas empresas.

Neste trabalho, apenas gostaríamos de realçar a preocupação existente com relação ao fenômeno atual da macroempresa, especificamente quanto aos processos de concentração econômica, hoje exaustivamente estudados pelo direito antitruste, não sendo nosso objetivo fazê-lo por meio destas linhas.

## 8. A empresa rural

As atividades rurais – a agricultura e a pecuária –, por estarem relacionadas à terra, à propriedade imobiliária, por força de sua natureza jurídica, sempre foram colocadas fora do campo de ação do comércio<sup>69</sup>, não sendo, por isso, estendidos aos agricultores e pecuaristas os direitos e vantagens inerentes aos comerciantes.

Todavia, a revolução industrial e científica, que se intensificou após a metade deste século XX, atingiu o campo, transformando as relações de produção no setor agrário.

Em decorrência dessa revolução, os meios de produção no campo se ampliaram, tornando-se cada vez mais intenso o investimento de capitais no setor agrário.

Com a ampliação desses investimentos, a figura da empresa rural ou agrária ganhou maior expressão, com a teoria da empresa sendo aplicada às formas de produção organizadas desenvolvidas no campo.

A esse respeito, Waldírio Bulgarelli (1980, p. 33-35) manifestou que:

“A verdade é que da mesma forma que a industrialização tomou posição na economia, absorvendo o artesanato e outras formas rudimentares de produção que nem por isso desapareceram de todo, permanecendo ao lado das grandes empresas, *assim também vem ocorrendo na agricultura, onde a mecanização e a organização vêm substituindo as empresas rudimentares e de métodos de administração, organização e produção.*

(...)

Entretanto, a evolução do sistema de produção e comercialização na agricultura vem gerando a criação de empresas e, até grandes empresas em seu meio, adotando-se, com as adaptações indispensáveis, aos mesmos métodos e técnicas de organização do setor comercial e industrial”. (Bulgarelli, *op. cit.*)

Além disso, é notória e incontestável a função social relevante que é desempenhada pelo setor agrário junto à sociedade organizada, pois o destino da sua produção (alimentos) é direcionado para a manutenção e sobrevivência biológica dos seres humanos.

Esse papel é fundamental, principalmente nesses momentos de crise que a humanidade vem atravessando, em que, em decorrência de diferenciações sociais e econômicas existentes em todo o globo, são elevadas as taxas de desnutrição e fome. Dessa maneira, exige-se a produção cada vez maior de alimentos, a preços mais convidativos.

Essa notória função social do setor agrário é captada por suas empresas. Porém, as empresas capitalistas desse setor, como as do meio urbano, têm, também, como meta, em decorrência dos investimentos empregados na produção, o lucro. Esse é o objetivo almejado pelo empresário rural, o qual produz e comercializa espécie vital para a sobrevivência das pessoas.

Contudo, realçamos que, nas empresas rurais, a busca do lucro não deve ser vista de forma isolada, ao lado dela deve caminhar a função social que desempenham essas empresas junto à sociedade, principalmente em relação à destinação de sua produção.

As empresas rurais, quanto aos seus caracteres básicos, em nada diferem das empresas urbanas, disciplinadas sob a ótica do direito comercial e econômico<sup>70</sup>.

O ponto diferenciador das empresas agrárias em relação às comerciais e industriais está ligado ao objeto de sua produção. No caso das agrárias, elas produzem vegetais e criam animais, os quais estão relacionados à terra.

Com efeito, Fernando Campos Scaff (1997, p. 46) define a empresa agrária como “a atividade organizada profissionalmente em um estabelecimento adequado ao cultivo de vegetais ou à criação de animais, desenvolvida com o objetivo de produção de bens para o consumo”.

Para o citado autor<sup>71</sup>, são três os requisitos da empresa agrária:

O primeiro diz respeito a organização, ou seja, a empresa agrária tem que apresentar uma atividade produtiva organizada; o segundo requisito diz respeito a economicidade da produção, i.e., as atividades produtivas destas empresas visam a obtenção de lucro, porém devendo ser observada a função social a ser cumprida por estas empresas; o terceiro requisito está relacionado com a profissionalização no desempenho das atividades produtivas. A produção rural deverá ser realizada de forma profissional, estável e continuada. (Scaff, *op. cit.*)

Portanto, deixando de lado as características próprias do setor rural (produção de alimentos), os requisitos das empresas agrárias são semelhantes aos das empresas comerciais: realização de uma atividade

de produtiva organizada, exercida de forma profissional, na qual se busca o lucro como resultado do trabalho e investimentos feitos na produção.

Apesar de as atividades agrárias organizadas apresentarem estrutura própria e comum das empresas comerciais, o tratamento estendido a elas pelo direito positivo não é igual às demais.

Essa diferenciação de tratamento decorre da origem histórica das empresas rurais, as quais estão intimamente vinculadas à terra (agricultura e pecuária). Desse modo, as atividades rurais eram reguladas pelo direito civil e não pelo direito especial dos comerciantes<sup>72</sup>.

Somente aos empreendimentos empresariais rurais que adotassem a forma de sociedade anônima, por imperativo legal, aplicavam-se as regras do direito comercial e as vantagens inerentes aos comerciantes, tais como a possibilidade de requerer concordata preventiva ou serem declarados falidos.

Todavia, as empresas agrárias também são uma realidade evidente que não poderia ficar de fora das regras do direito empresarial.

Por causa disso e pelo fato de o direito positivo não reconhecer genericamente as regras do direito comercial para empresas agrárias, os produtores rurais desgarram-se do âmbito do direito civil, sendo criado um ramo do direito próprio para regular suas relações, que é o direito agrário<sup>73</sup>, o qual apresenta institutos próprios desse setor.

O direito positivo agrário em nosso país tem na Lei nº 4.504/64 (Estatuto da Terra) sua maior expressão legislativa. Nessa lei, a empresa rural é conceituada, em seu art. 4º, como

“o empreendimento de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que explora econômica e racionalmente imóvel rural, dentro de condição de rendimento econômico da região em que se situe e que explora área míni-

ma agricultável do imóvel, segundo padrões fixados, pública e previamente, pelo Poder Executivo. Para este fim equiparam-se às áreas cultivadas, as pastagens, matas naturais e artificiais e as áreas ocupadas com benfeitorias”.

Como acentua Waldírio Bulgarelli (1980. p. 38), o critério adotado pelo Estatuto da Terra para conceituar a empresa “foi o da rentabilidade da dimensão, inserida que foi entre minifúndio e latifúndio”. Esse conceito não está relacionado diretamente com a visão de empresa como unidade de produção, o que, de certa forma, pode ser explicado pela natureza do bem a ser tutelado por aquela norma de propriedade rural e sua devida utilização social, sob pena de desapropriação para a reforma agrária.

Independente de o setor agrário regulamentar a empresa rural e suas atividades, o empresário agrário não pode ser tratado de forma diversa do empresário comercial e industrial. Sendo a empresa um fenômeno real, seja nas cidades ou no campo, não pode existir tratamento diferenciado entre essas empresas.

O projeto de Código Civil brasileiro, na redação primitiva do art. 973, dispensava da inscrição as empresas rurais, bem como das restrições e deveres impostos aos empresários comerciais inscritos e definia tais empresas conforme a seguinte redação:

“Art. 973. São dispensados de inscrição e das restrições e deveres impostos aos empresários inscritos:

I. O empresário rural, assim considerado o que exerce atividade destinada à produção agrícola, silvícola, pecuniária e outras conexas, como a que tenha por finalidade transformar ou alienar os respectivos produtos, quando pertinentes aos serviços rurais.

(...)”.

Projeto de Código Civil brasileiro

Todavia, após o referido projeto tramitar pelo Senado Federal, a redação do art. 973 ficou vazada nos seguintes termos: “A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e os efeitos daí decorrentes.” Isto é, uma lei especial irá regulamentar a situação das empresas rurais e dos pequenos empresários.

Entretanto, no projeto (art. 974) foi mantida a possibilidade de o empresário “cuja atividade rural constitua sua principal profissão” poder requerer sua inscrição no Registro de Empresa, ficando, após a inscrição, “equiparado para todos os efeitos ao empresário sujeito a registro”.

Como se vê, o projeto do Código Civil brasileiro, na regulamentação da empresa rural, dá a possibilidade, conforme o interesse e conveniência do empresário rural, de adotar um regime especial ainda a ser regulamentado em lei própria ou se valer dos mesmos efeitos estendidos a empresas comerciais e industriais.

Portanto, a empresa rural é uma realidade que não deve ser tratada de forma diversa das demais empresas, inclusive consideramos que a jurisprudência poderia, desde já, reconhecer tal situação, estendendo os mesmos direitos aplicáveis aos empresários comerciais e industriais aos empresários rurais que exerçam suas atividades produtivas de forma organizada e profissional.

### *9. A empresa no projeto do Código Civil brasileiro*

Em 1972, a Comissão de juristas convocada pelo Governo Federal em 1969, supervisionada pelo professor Miguel Reale e composta pelos professores José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, entregou ao ministro da justiça Alfredo Buzaid o anteprojeto de Código Civil bra-

sileiro que atualmente se encontra em debate no Congresso Nacional.

Este anteprojeto foi encaminhado pelo Executivo à Câmara dos Deputados em 1975, tomando o nº de projeto de lei 634/75, sendo enviado em 1984 ao Senado Federal, onde tomou nº 118/84, retornando à Câmara dos Deputados em novembro de 1997, após parecer final aprovado naquela casa, em que se destacou os trabalhos do seu relator, o senador e eminente jurista Josaphat Marinho.

No anteprojeto de Código Civil, a parte referente à atividade negocial, no Livro II, em que se encontra inserida a empresa, coube ao professor Sylvio Marcondes, que integrou a Comissão do anteprojeto do Código de Obrigações, de 1965.

O projeto de Código Civil em debate, seguindo orientação que vinha desde os projetos brasileiros de códigos de obrigações de 1941 e 1965, teve como meta maior, na parte da atividade negocial, por meio da empresa, disciplinar de forma unitária o direito das obrigações, ou seja, regulando em único código as obrigações de direito privado, comerciais e civis, assim propondo o fim da diferenciação entre obrigações civis e comerciais e as conseqüências daí decorrentes.

A tentativa de unificação do direito privado, por meio do projeto de Código Civil, não representa, como manifestamos em outra oportunidade neste trabalho, o fim da autonomia do direito comercial<sup>74</sup> e nem dos seus institutos consagrados ao longo dos séculos. Trata-se, na verdade, de uma forma racional de se pôr fim às discussões acerca das distinções entre as obrigações comerciais e civis existentes durante muitos anos, decorrentes da inexacta definição da prática dos atos de comércio.

Especificamente no que se refere à empresa, de uma forma mais direta, o projeto em referência a trata sob os perfis do empresário, da atividade e do estabelecimento.

A exemplo do Código Civil italiano de 1942, não há uma definição direta de em-

presa. O que há é uma definição indireta, por meio da figura do empresário, conforme pode-se verificar na redação do art. 969:

“Art. 969. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.”

Adotou-se, assim, o perfil subjetivo para definir empresa.

Na definição do empresário está patente, também, o conteúdo econômico que gira em torno da definição de empresa, ou seja, a empresa é vista como unidade organizada dos fatores de produção de bens e serviços, que tem no empresário a pessoa responsável por seu desenvolvimento.

Na sistemática adotada no projeto, não são considerados empresários os que exercem profissão intelectual, científica, literária ou artística, salvo se o exercício dessas profissões ocorrer na forma organizada de empresa (parágrafo único do art. 696).

Também estão excluídos do campo empresarial os pequenos empresários e os empresários rurais, os quais, inclusive, conforme nova redação dada ao art. 973 do projeto, quando de sua tramitação no Senado Federal, terão regulamentação própria em lei especial, sendo-lhes assegurado tratamento diferenciado e simplificado. Portanto, as regras aplicáveis aos empresários em geral não serão aplicadas aos pequenos empresários e aos ruralistas.

No entanto, os empresários rurais cuja principal profissão seja a ruralista poderão – não é obrigatório – inscrever-se no registro próprio das empresas, situação em que ficarão equiparados, para todos os fins, aos empresários em geral, como está previsto no art. 974. Assim, os ruralistas que se inscreverem no registro das empresas poderão ser declarados falidos, requerer concordata e demais conseqüências estendidas aos empresários em geral.

Portanto, para efeito do projeto, são considerados capazes de ser empresários as pessoas que exercerem, em nome próprio,

devidamente registradas, profissionalmente, atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços com fim de obter lucro ou resultado econômico.

Outro ponto importante do projeto, quanto à empresa, é a regulamentação do estabelecimento empresarial. Pela redação apresentada, a empresa e o estabelecimento têm conceitos diversos. A empresa é vista de uma forma mais ampla, como a unidade organizada de produção, administrada profissionalmente pelo empresário, e o estabelecimento é o local onde aquela se desenvolve, isto é, o complexo de bens organizados para exercício da empresa, do empresário e da sociedade empresarial (art. 1.142). Ou seja, a primeira pode ser vista como um ser e o segundo, como um mero objeto.

A conseqüência prática da definição de empresa e estabelecimento no projeto, como alude Waldírio Bulgarelli<sup>75</sup>, é que o conceito do combalido ato de comércio será substituído pelo de empresa<sup>76</sup> e o de fundo de comércio pelo de estabelecimento.

No que se refere ao registro, o projeto mantém dois tipos, o Registro das Empresas e o Registro das Pessoas Jurídicas (art. 1.150), sendo o Registro das Empresas para as sociedades empresárias e o Registro das Pessoas Jurídicas para as sociedades simples.

O registro no órgão próprio e competente é umas das principais obrigações dos empresários no regime do projeto, conforme previsto no art. 970.

Quanto ao regime societário, o projeto regulamentou os seguintes tipos de sociedades: a) as não-personificadas – (i) em comum e (ii) as em cota de participação; b) as personificadas: (i) as sociedades simples e (ii) as empresárias, sendo que estas podem adotar os seguintes tipos – em nome coletivo, em comandita simples, limitada, anônima, comandita por ações.

Apesar de o projeto propor o fim da dicotomia entre sociedades civis e comerciais,

mediante a unificação das obrigações de direito privado, por meio dele criou-se a diferenciação entre sociedades empresárias e sociedades simples.

Com efeito, simples seriam todas aquelas sociedades que não são empresariais, isto é, as que o exercício da atividade não é próprio dos empresários, como ficou previsto no art. 985:

“Art. 985. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 970) e, simples, as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações e, simples, a cooperativa.”

Assim, verifica-se que, de fato, as sociedades simples serão as sociedades profissionais que não adotarem a organização empresarial e as cooperativas.

As sociedades que adotarem a forma de sociedade anônima, a exemplo do regime vigente, sempre serão empresárias.

Ressaltamos que a dicotomia proposta no projeto, quanto às sociedades personificadas em sociedades empresárias e simples, não deveria ocorrer, para não existirem tratamentos diferenciados, a exemplo do que ocorre hoje entre as sociedades civis e comerciais. O projeto poderia estender os efeitos das sociedades empresárias a todos que exercerem atividades de natureza econômica, com ou sem fins lucrativos, sejam profissionais ou por meio de cooperativas, assim evitando tratamento discriminatório com vantagens para uns em detrimento a outros.

Em linhas gerais, pode-se dizer, em síntese, que o projeto de Código Civil em debate final no Congresso Nacional, no que se refere à empresa:

a) propõe a unificação das obrigações de direito privado, para pôr fim à dicotomia entre sociedades civis e comerciais;

b) dá tratamento jurídico para o fenômeno econômico da empresa, conceituando o empresário e o estabelecimento;

c) impõe ao empresário a obrigatoriedade do registro de suas atividades, escrituração dos livros comerciais próprios, da sujeição à falência e a concordata, proteção ao nome, bem como demais efeitos inerentes aos empresários comerciais nos dias atuais;

d) criou um regime duplo de sociedades personificadas, as quais podem ser empresariais e não-empresariais (as simples).

### *10. Conclusão*

A empresa não deve ser vista como mero fenômeno econômico, mas principalmente como uma realidade fática e jurídica em que reluz a vida do capitalismo na sociedade contemporânea.

Com efeito, a empresa está no centro das atividades econômicas, sendo a base da economia dos países capitalistas desenvolvidos.

Nesse momento em que ocorreu uma redução do papel de interventor do Estado no cenário econômico, a missão da empresa se ampliou junto à sociedade, principalmente como criadora de empregos e formadora de mão-de-obra qualificada, produtora de equipamentos mais sofisticados e como interlocutora ágil e dinâmica perante os consumidores de seus produtos e serviços.

Pode-se, com total segurança, afirmar que muitas empresas se assemelham, em força econômica e até mesmo política, a um Estado-nação.

Dá a importância que as empresas passaram a dispor na sociedade contemporânea, tomada pelo avanço tecnológico e pela concentração de riquezas.

Por tudo isso, é cada vez maior a preocupação do direito com a empresa, chegando ao ponto de muitos afirmarem que o

direito comercial transformou-se no direito das empresas.

No campo jurídico, a teoria da empresa ganha cada vez mais força, com várias legislações regulamentando a empresa e a reconhecendo como instituto jurídico.

Além disso, como realçou Fábio Konder Comparato (1970, p. 10),

“com o advento da macroempresa, não é apenas a ‘propriedade do empresário’ que desapareceu, mas sua própria hegemonia jurídica, aquela não mais se subordina ao interesse deste, e independe portanto da sua vontade”.

Com o surgimento das macroempresas, os empresários saíram do centro de decisão daquelas organizações, passando as empresas a terem vida própria, independentemente da decisão dos seus donos, que são vistos e tidos como meros investidores de capitais.

Porém essa consequência fática ainda é pouco percebida nas legislações vigentes, as quais tratam a empresa, não como um ente titular de direitos e obrigações, mas como mero objeto de direito, isto é, como um elemento de propriedade do empresário.

A empresa vista como sujeito de direito é um fenômeno próprio das grandes empresas capitalistas, as quais têm patrimônio e vida independente da vontade dos seus sócios, os investidores de capitais.

Nas pequenas e médias empresas, por outro lado, a figura do empresário ainda é fundamental, é por meio da ação pessoal deles que as pequenas e médias empresas se desenvolvem e expandem.

É necessário que o direito disponha de regulamentos específicos para as grandes, as pequenas e as médias empresas, em que as realidades acima apontadas, como sujeitos ou objetos de direito, sejam refletidas de forma clara, conforme as características de cada tipo de empresa.

Ademais, enquanto as alterações legislativas referentes ao reconhecimento geral da teoria da empresa não saírem do papel

junto ao legislativo, caberá à jurisprudência torná-la real e válida em nosso direito.

O direito, como manifestamos em outra oportunidade<sup>77</sup>, não se expressa apenas por meio das leis, mas também por meio da doutrina e, acima de tudo, da jurisprudência.

É por meio dessas fontes auxiliares que o direito se realiza, seja por meio dos pareceres dos juristas, ou dos contratos elaborados pelos advogados, ou pelas sentenças proferidas pelos magistrados.

A sentença é a lei concreta, é o momento em que o Estado-juiz soluciona, pacifica ou põe a verdade para os integrantes da sociedade onde atuam.

Assim, vemos, nesse momento, que caberá à jurisprudência, por meio de seu “decisum”, observar e aplicar essa realidade que é a teoria da empresa e as conseqüências dela advindas, estendendo a todos os seus efeitos, sem qualquer distinção decorrente da prática ou não de atos de comércio.

Essa foi a nossa principal preocupação por meio deste trabalho, cuja meta foi despertar para um assunto fortemente debatido no passado pela doutrina, mas que o Legislativo e a jurisprudência, apesar de sua importância e evidência, pouco têm tornado real em nosso sistema jurídico.

Por fim, cumpre realçar que, em nosso país, muito já se evoluiu para o pleno reconhecimento da teoria da empresa, como se pôde observar nos projetos de Código Civil e da nova lei de falência, ambos em tramitação no Congresso Nacional, o que demonstra a força da empresa como um instituto jurídico.

### Notas

<sup>1</sup> WALD, Arnaldo. O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional, p. 53.

<sup>2</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 52.

<sup>3</sup> TORRES, Carlos y LARA, Torres. *Hacia una conceptualización y regularización de La empresa en el Peru.*

<sup>4</sup> BARRETO FILHO, Oscar. *op. cit.* p. 23, manifesta que “deve-se a Wieland a formulação da teoria que identifica o direito mercantil com o direito da empresa; ...”

<sup>5</sup> GOMES, Orlando. *Comercialização do Direito Civil, Direito Econômico.* p. 66.

<sup>6</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. *op. cit.*, p. 224.

<sup>7</sup> MARINHO, Josaphat. *Parecer final, no Senado Federal, no projeto de lei da Câmara n° 118, de 1984, que pretende instituir o novo Código Civil brasileiro.*

<sup>8</sup> A propósito, KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas.* p. 26., expôs que “... a empresa faz parte da realidade contemporânea e o direito não pode ignorá-la. Assim, a empresa, que indiscutivelmente domina o mundo moderno, deve ter sua existência e seu funcionamento regulados através de normas jurídicas que visem o seu ajustamento ao interesse social”.

<sup>9</sup> DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Lineamentos jurídicos da empresa e o código de defesa do consumidor*, p. 61.

<sup>10</sup> SAY, Jean-Baptiste. *Tratado de economia política.* p. 71.

<sup>11</sup> LOBO, Jorge. *A empresa: novo instituto jurídico.* p. 69.

<sup>12</sup> SANT’ANNA, Rubens. *A Falência da Empresa.* p. 34.

<sup>13</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial.* p. 49.

<sup>14</sup> BULGARELLI, Waldírio. *Perspectivas da empresa perante o direito comercial.* p. 01.

<sup>15</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. *El concepto de empresa en el derecho brasileño.* p. 46.

<sup>16</sup> SANTOS, Theophilo de Azeredo. *A comercialidade das sociedades de objeto civil, fins econômicos e lucrativos*, p. 03.

<sup>17</sup> Sintetizando a dificuldade em se definir a natureza jurídica da empresa, FERREIRA, Waldemar. *A elaboração do conceito de empresa para extensão no âmbito do direito comercial*, p. 40-41, manifestou que a empresa não se enquadra no direito, salientado acerca dela o seguinte: “Não é do mar; nem da terra. Parece que é do ar, por isso mesmo volátil, indeciso, ora claro, ora escuro, como nuvem...”.

<sup>18</sup> BULGARELLI, Waldírio. *op. cit.*, p. 17.

<sup>19</sup> RIPERT, George. *Aspects juridiques du capitalisme moderne.* p. 265-6.

<sup>20</sup> WESSON, Willian H. *Dicionário de Ciências Sociais*, p. 394.

<sup>21</sup> Sob o aspecto sociológico, WEBER, Max. *Economia e sociedade*, p. 32., define empresa como “uma relação contínua que persegue determinados fins. ...”

<sup>22</sup> DESPAX, L’, Michel. *entreprise et le droit.* p. 06.

<sup>23</sup> MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa.* p. 276-8.

<sup>24</sup> MENDONÇA, Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro.* p. 493.

<sup>25</sup> SARAIVA, Oscar. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro.* p. 99., indica que são elementos integrantes da empresa: os homens, tanto na direção como

os da mão-de-obra, os bens e direitos e o capital, além da finalidade de sua constituição, que é o lucro.

<sup>26</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. *El concepto de empresa en el derecho brasileño*. p. 9.

<sup>27</sup> MENDONÇA, J.X. Carvalho de. *op. cit.*, p. 492., que considera esse conceito econômico também como jurídico.

<sup>28</sup> ASQUI, Alberto. *Perfis da empresa*. p. 9 e ss.

<sup>29</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 10.

<sup>30</sup> É importante se notar que as pessoas que exercem atividade econômica em nome de terceiros não são consideradas empresários, segundo esse perfil subjetivo, pois não assumem diretamente os riscos inerentes da produção. Além disso, aqueles que exercem profissões intelectuais, tais como engenheiros, médicos, advogados, que não sejam de forma organizada em estrutura empresarial, não são tidos igualmente como empresários. A propósito, o Projeto de Código Civil brasileiro adotou a mesma sistemática (par. único do art. 969).

<sup>31</sup> KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcate. p. 37, manifesta que "... a teoria da instituição está ligada à empresa, principalmente à grande empresa, que desempenha função social que, por isso, suplanta a idéia meramente contratual".

<sup>32</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. p. 214.

<sup>33</sup> FERRARA JÚNIOR, Francesco. *Empresarios y sociedades*. p. 22.

<sup>34</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. p. 57.

<sup>35</sup> Conforme expõe GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. p. 212, para a concepção objetivista a empresa seria uma universalidade de fato ou de direito.

<sup>36</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 212.

<sup>37</sup> Nesse sentido, ENDEMANN, Guglielmo. *Manuale di diritto commerciale, marittimo, cabiario*, p. 157; SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, p. 71-72; DESPAX, Michel. *L'entreprise et le droit*, 414; TISSEMBAUM, Mariano. *La empresa: un nuevo protagonista del derecho*, p. 761; CRISTIANO, Romano. *Personificação da empresa*, p. 73; SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. p. 233; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresa*. p. 41.

<sup>38</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. p. 284.

<sup>39</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 283.

<sup>40</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 283-284.

<sup>41</sup> No direito civil brasileiro, as *personas jurídicas* são classificadas como de (i) *direito público*, interno (a União, os Estados e o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, as fundações públicas, os partidos políticos) e externo (os estados estrangeiros e as entidades representativas internacionais das nações), e de

(ii) *direito privado* (associações, as sociedades civis e comerciais e as fundações privadas). Cf. arts. 13, 14 e 16 do Código Civil brasileiro.

<sup>42</sup> MIRANDA, Pontes de. *op. cit.*, p. 286.

<sup>43</sup> KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *op. cit.*, p. 43.

<sup>44</sup> LAMY FILHO, Alfredo. *A empresa, o empresário e a nova Lei de S/A*. p. 43.

<sup>45</sup> A jurisprudência tem um papel relevante perante o direito, devendo referendar, por meio de seus julgados, os fenômenos ocorridos e evidentes no meio social, de modo a tornar o direito instrumento de mudança social. A esse respeito, OLIVEIRA, Jorge Rubem Folea de. *O direito como instrumento de controle social ou como instrumento de mudança social?* p. 380-381.

<sup>46</sup> KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. p. 52-53., cita a esse respeito a Lei nº 19.551/72, da Argentina, e Lei 67.563/67 e Ordenação n. 67.820/67, ambas na França.

<sup>47</sup> GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. p. 67.

<sup>48</sup> KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. p. 55.

<sup>49</sup> Nesse sentido, SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. p. 32., MARANHÃO, Délio, CARVALHO, Luis Inácio B. *Direito do trabalho*. p. 68-69., e SILVA, Neves. apud KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *op. cit.*, p. 55.

<sup>50</sup> BULGARELLI, Waldírio. *Perspectivas da empresa perante o direito comercial*. p. 3.

<sup>51</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. p. 214.

<sup>52</sup> DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. p. 822.

<sup>53</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, empresa e função social*. p. 41 e ss.

<sup>54</sup> Nesse sentido, MARTIGNETTI, Giuliano. *Dicionário de política (org: Norberto BOBBIO)*. p. 1.034., manifestou que, após o século XIX, "o conceito de que propriedade de um bem, especialmente quando instrumental, só seria legítima se cumprir uma função social".

<sup>55</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 249.

<sup>56</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 251.

<sup>57</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. p. 150.

<sup>58</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *O direito do acionista de participação nos lucros sociais*. p. 40., cita nesse sentido, além de sua opinião, Rubens Requião e Waldemar Ferreira.

<sup>59</sup> Art. 206, II, "b", da Lei nº 6.404/76.

<sup>60</sup> RT 468/207.

<sup>61</sup> RT 554/74.

<sup>62</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Reflexões sobre a dissolução judicial de sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento do fim social*. p. 70., manifesta que "o chamado 'interesse da companhia' nada mais é do que o interesse abstrato e comum dos acionistas

enquanto acionistas. E este se realiza, logicamente, como produção e partilha de lucros pelo exercício da atividade empresarial definida no estatuto”.

<sup>63</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit. Estado, empresa e função social*. p. 45.

<sup>64</sup> RF 217/56.

<sup>65</sup> RT 555/191.

<sup>66</sup> RT 565/174.

<sup>67</sup> RT 566/170.

<sup>68</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional econômico*. p. 106., expôs que: “se for realizado um quadro comparativo do produto nacional dos estados internacionais e o volume de negócios das empresas multinacionais, ver-se-á que entre os 100 maiores entes econômicos, 51 serão empresas e 49 estados.”.

<sup>69</sup> CASADEI, Ettore. *Diritto Agrario*. p. 29., salienta que “o agricultor não é um intermediário na troca de bens, mas o produtor que coloca em circulação o bem novo gerado pela terra”.

<sup>70</sup> LONGO, Mario. *Profili di diritto agrario*. p. 177., manifesta que toda a doutrina geral da empresa vale para a empresa agrária.

<sup>71</sup> Id., *ibid.*, p. 53-58.

<sup>72</sup> BULGARELLI, Waldírio. *Tratado de direito empresarial*. p. 258, cita que o fato de as regras dos comerciantes não serem extensíveis aos ruralistas significou durante algum tempo vantagens aos mesmos: “O fato de o proprietário ter sido subtraído do Código Comercial não o prejudicava, ao contrário, sob outros aspectos se apresentava como situação de favorecimento, como, por exemplo, não estar sujeito à escrituração e nem à falência, e com vantagens reflexas de ordem fiscal e salarial”.

<sup>73</sup> Como expõe IBARROLA, Antonio de. *Derecho agrario*. p. 280. “Autores há que afirmam que, assim como o direito comercial seria o direito da empresa comercial, o direito rural seria o próprio a empresa agrícola...”.

<sup>74</sup> Como manifestou, em sua tese sobre este tema, PONT, Manuel Broseta. *La empresa, la unificación del derecho de obligacione y el derecho mercantil*. p. 227., a unificação obrigacional não tem por efeito eliminar a autonomia científica do direito comercial.

<sup>75</sup> Idem, *ibid.*, p. 202.

<sup>76</sup> O qual denominamos de ato empresarial, que envolve todos as cadeias do ciclo produtivo, desde a produção e o fornecimento de mercadorias até as prestações de serviço.

<sup>77</sup> OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. *O direito como instrumento de controle social ou como instrumento de mudança social?* p. 380.

### Bibliografia

ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*. 3. ed. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1989.

AGUIAR, Marcelo. Prosperidade leva nova era à economia dos EUA. In : *O Globo*. Rio de Janeiro, 17 ago. 1997. p. 44.

AMARAL, Francisco. Racionalismo e sistema no Direito Civil Brasileiro. In : *O Direito*. v. 126, 1994. \_\_\_\_\_. *Direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro : Forense, 1991.

ASCARELLI, Túlio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo : Saraiva, 1947.

ASQUI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução por Fábio Konder Comparato. In : *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: [s.n.], v. 104, s./d.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo : Max Limonad, 1969.

BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. 6. ed. Brasília : UNB, 1994.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1986.

BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terreste*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1969.

BRAGA, Leopoldo. In: Santos, J. M. Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro : Borsoi, v. 20. 199-?.

BULGARELLI, Waldírio. *Concentração de empresas e direito antitruste*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1996.

\_\_\_\_\_. *Normas jurídicas empresariais*. São Paulo : Atlas, 1992.

\_\_\_\_\_. As Perspectivas da empresa perante o direito comercial. In: *Estudos e pareceres de Direito Empresarial: o direito das empresas*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito das empresas*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1995.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, s./d.

CASADEI, Ettore. *Diritto agrario*. Bologna : Faculdade de Direito da Universidade de Bolgna e Modena, 1975. Apostila.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970.

\_\_\_\_\_. Estado, empresa e função social. In : *Revista dos Tribunais*. Rio de Janeiro: [s.n.] v. 732.

COMPARATO, Fábio Konder. Reflexões sobre a dissolução judicial de sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento do fim social. In : *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 96.

CORRÊA, J. Lamartine. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo : Saraiva, 1979.

CRISTIANO, Romano. Personificação da empresa. In : *Revista dos Tribunais*. São Paulo : [s.n.], v. 639, s./d.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Lineamentos jurídicos da empresa e o Código de Defesa do Consumidor. In : *Revista dos Tribunais*. [s.l. : s.n.], n. 671.

DESPAX, Michel. *L'Entreprise et le droit, librairie générale de droit et de jurisprudence*. Paris : [s.n.], 1957.

- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo : Saraiva, 1998.
- DOBB, Maurice Herbert. *A evolução do capitalismo*. Tradução por Manuel do Rêgo Braga. São Paulo : Abril Cultural, 1983.
- ENDEMANN, Guglielmo. *Manuale di diritto commerciale, marittimo, cabiario*. Tradução por Carlo Betocchi e Alberto Vighni. Nápoli : Nicola Jovena, v. 1, 1897.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica : implicações e perspectiva*. São Paulo : Malheiros, 1996.
- FERREIRA, Waldemar. *Instituições de Direito Comercial*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, v. 1, 1944.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Sociedades Mercantis*. Rio de Janeiro : Ed. Nacional de Direito Ltda., 1958.
- \_\_\_\_\_. A elaboração do conceito de empresa para extensão no âmbito do direito comercial. In : *Revista Forense*. Rio de Janeiro : [s.n.], v. 158, s./d.
- FERRARA JÚNIOR, Francesco. *Empresarios y sociedades*. Tradução por Francisco Javier Osset. Madrid : Ed. Revista de Derecho Privado, s./d.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, s.d.
- GOMES, Orlando. *Comercialização do direito civil, direito econômico*. São Paulo : Saraiva, s.d.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1988.
- GONÇALVES, Reinaldo. *Ô Abre-alas : a nova inserção do Brasil na economia mundial*. Rio de Janeiro : Relume Dumará, 1994.
- GRAEFF JÚNIOR, Cristiano. A vigência parcial do título único do código comercial e do regulamento nº 737/1850. *Revista Ajuris*. [s.l. : s.n.] n. 94, v. 162 a 167, s./d.
- GUIMARÃES, Hehnemann. A falência civil. In : *Revista Direito*. [s.l. : s.n.], v. 6, 1940.
- HOYOS TURRIAGO, Alvaro. Teoría sobre el empresario inovador de capital humano en América Latina. In : *Revista Universidades*. [s.l. : s.n.], jul/dic. 1994.
- IBARROLA, Antonio de. *Derecho agrario*. 2. ed. México-DF : Porrúa S.A., 1983.
- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- LACERDA, J. C. Sampaio. *Manual de direito falimentar*. 5. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1959.
- LAMY, Alfredo, PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S/A*. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1995.
- LAMY FILHO, Alfredo. A empresa, o empresário e a nova Lei de S/A. In : *Revista Forense*. Rio de Janeiro : [s.n.] v. 267, jul./set. 1975.
- LARA, Carlos Torres y Torres. Hacia una conceptualización y regularización de la empresa en el Peru. In : *Revista del Foro*. Lima : [s.n.], n. 1, 1988.
- LOBO, Jorge. Anteprojeto de lei das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. In : *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo : [s.n.], v. 66, s./d.
- \_\_\_\_\_. *Direito concursal*. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- \_\_\_\_\_. A empresa: novo instituto jurídico. In : *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro : [s.n.] jan/jun. 1995.
- LONGO, Mario. *Profili di diritto agrario italiano*. Torino : G. Giappichelli Ed., 1951.
- MARANHÃO, Délio, CARVALHO, Luis Inácio B. *Direito do trabalho*. 16. ed., Rio de Janeiro : FGV, 1992.
- MARINHO, Josaphat. *Parecer final ao projeto de lei da Câmara nº 118, de 1984*. Brasília : Senado Federal, 1997.
- MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à lei das S/A*. Rio de Janeiro : Forense, v. 2. 1984.
- MARTINS, Pedro A. Batista. O direito do acionista de participação nos lucros sociais. In : *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo : [s.n.], v. 103, s./d.
- MARTIGNETTI, Giuliano. *Dicionário de política*. 6. ed. Organizado por Norberto Bobbio. Brasília : Editora Unb, 1994.
- MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: o jurista do Império, vida e obra*. 2. ed. Brasília : Cegraf, 1983.
- MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direito internacional econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1993.
- MENDONÇA, J.X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro : Typog. do Jornal do Comércio, Rodrigues & C., 1930.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro : Ed. Borsoi, v. 1- parte geral, s./d.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas obrigações e teoria da empresa*. Rio de Janeiro : Forense, 1960.
- OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. O Direito como instrumento de controle social ou instrumento de mudança social? In : *Revista de Informação Legislativa*. Brasília : Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, v. 136, s./d.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, v. 3, 1978.
- PONT, Manuel Broseta. *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*. Madrid : [s.n.], 1965.
- PUCEIRO, Zuleta. O processo de globalização e reforma do Estado. In : FARIA, José Eduardo (Org). *Direito e globalização*. São Paulo : Malheiros, 1996.
- REHME, Paul. *Historia universal del derecho mercantil*. Madrid : Ed. Revista de Derecho Privado, 1941.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo : Saraiva, s./d.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito falimentar*. 8. ed. São Paulo : Saraiva, v. 1, 1983.

- RYN, Jean Van. *Principes de droit commercial*. Bruxelles : Établissements Émile Bruylant, 1954.
- RICHARD, Efraim. *La conservación de la empresa: anales de la academia nacional de derecho y ciencias sociales de Cordoba*. Cordoba : [s.n.] Tomo 25, 1996.
- RIPERT, George. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. 2. ed. Paris : L.G.D.J., 1951.
- ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. São Paulo : Livr. Acadêmica, 1931.
- ROTH, André Noel. O direito em crise: fim do Estado moderno. In: FARIA, José Eduardo (org). *Direito e globalização*. São Paulo : Malheiros, 1996.
- SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. 18. ed. São Paulo : LTr, 1985.
- SAY, Jean-Baptiste. *Tratado de economia política*. Tradução por Balthazar Barbosa Filho. São Paulo : Abril Cultural, 1983.
- SANT'ANNA, Rubens. A Falência da Empresa. In : *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo : [s.n.], v. 64, s./d.
- SANTOS, J. M. Carvalho. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 20, s./d.
- SANTOS, Theophilo de Azeredo. A comercialidade das sociedades de objeto civil, fins econômicos e lucrativos. In : *Caderno Especial da Associação dos Bancos do Estado do Rio de Janeiro*. [s.l. : s.n.], n. 26, s./d.
- SANTOS, Theotonio dos. *Economia mundial, integração regional & desenvolvimento sustentável*. 3. ed. Petrópolis : Vozes, 1995.
- SANTOS, Theotonio. *Revolução científico técnica e acumulação do capital*. Petrópolis : Vozes, 1987. p. 107.
- SARAIVA, Oscar. *Repertório enciclopédico brasileiro*. Organizado por Carvalho Santos. Rio de Janeiro : Editor Borsoi, v. 20, s./d.
- SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*. Paris : Dalloz, 1948.
- SCAFF, Fernando Campos. *Aspectos fundamentais da empresa agrária*. São Paulo : Malheiros, 1997.
- SILVA, Clóvis do Couto e. El concepto de empresa en derecho brasileño. In : *Revista de Del la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario*. Rosario : [s.n.], v. 7-9, s./d.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1990.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 3. ed. São Paulo : LTr, 1994.
- TISSEMBAUM, Mariano. La empresa: un nuevo protagonista del derecho. In : *Revista Derecho del Trabajo*. Buenos Aires : [s.n.], v. 30, s./d.
- VALADÃO, Alfredo. *O direito comercial em face do projeto de código civil, unificação do direito privado*. São Paulo : Salesiana, 1902.
- VALVERDE, Trajano Miranda. *Comentários à lei de falências*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, v. 1, n. 4, s. d.
- VECCHIO, Giorgio Del. *Lições de filosofia do direito*. 5. ed. Coimbra : Armênio Amador Ed., 1979.
- VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Fundamentos do direito financeiro*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1973.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do direito econômico*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1977.
- WALD, Arnoldo. O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional. In : *Revista de Direito Mercantil*. [s.l. : s.n.] v. 98, s./d.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Editora Unb, v. 1, 1994.
- WESSON, Willian H. *Dicionário de ciências sociais*. Rio de Janeiro : FGV, 1986.

# Atualidades jurídicas no seguro privado

Frank Larrúbia Shih

## Sumário

1. Intróito. 2. O contrato securitário e a prescrição: a nova Súmula 229 do STJ. 3. ADIN nº 1.003-DF e a Lei do DPVAT. 4. Seguro Automóvel: valor médio de mercado ou valor da apólice? 5. Lei nº 9.656/98 e a exclusão da SUSEP na fiscalização dos planos de saúde (Medida Provisória nº 1.908-18, de 24-9-99.)

## 1. Intróito

“O direito está em constante transformação. Se não o acompanhas, serás cada dia menos advogado”<sup>1</sup>.

A inquietante colocação mandamental de Couture convida-nos à reflexão do quanto é denso e invisível o mundo do direito, desafiando-nos com a indagação cortante de quem tem a certeza de conhecer todas as regras legais existentes, ou quem, ao emitir uma opinião, considerou em sua plenitude esse importante conjunto de normas.

Ilustra-nos a situação com um imponente advogado, possuidor de brilhante erudição, mas vencido pelo seu *ex adversus*, que, no seu simplismo, apenas invocou um artigo de lei esquecido ou ignorado.

O estudo do direito pátrio – antes de tudo – significa sacrifício não somente na sua extensão, mas também pela perplexidade surpreendente que ele gera na medida em que o contexto político e econômico atual vence a própria lógica jurídica, quando não a despreza. As

Frank Larrúbia Shih é Procurador Autárquico Federal da Superintendência de Seguros Privados, ex-Professor da Faculdade Moraes Júnior/RJ e Advogado no Rio de Janeiro.

estonteantes reedições de medidas provisórias em todas as direções do direito, as leis casuísticas e as influências das forças econômicas e políticas nas decisões judiciais abalam profundamente a referência lúcida do estudioso do direito, que sempre é colhido de improviso pelo descompasso entre o que é aprendido e o que é aplicado. E esse cenário vai inexoravelmente se acentuando à medida que os poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – se afastam do princípio da lealdade constitucional<sup>2</sup> e adentram na *guerrilha institucional* a que o país vem assistindo ultimamente.

Não obstante os obstáculos da odisséia de *Ulisses*<sup>3</sup> a que nos é imposta diariamente, nosso propósito dentro deste breve texto consiste justamente em ressaltar as atualidades jurídicas ocorridas recentemente no ramo securitário, a título de reposicionar referências até então imersas em profunda controvérsia. E mesmo com as oscilações ocasionais que afetam o rumo norte do jurista, o fato é que o estudo dessas inovações no mundo do direito são imprescindíveis aos que se dispõem a entendê-lo, não se olvidando que o encargo de estudar somente se finaliza quando nos sobrevém a *natural herança da carne*<sup>4</sup>.

## 2. O contrato securitário e a prescrição: a nova súmula nº 229 do STJ

As normas que disciplinam a prescrição são de *ordem pública* e insuscetíveis de derrogação por convenção entre particulares. Em regra, no contrato securitário, o ponto referencial é o art. 178, § 6º, II, do *Codex Civil*, que preconiza o termo inicial no dia em que o interessado tiver conhecimento do fato, ou seja, o sinistro.

Os obstáculos na contagem do prazo logo se evidenciaram a partir da existência do lapso temporal que mediava entre o aviso de sinistro e a comunicação da decisão da seguradora em liquidar o sinistro ou negá-lo. Não foram poucos os julgados<sup>5</sup> que consideraram o termo *a quo* a partir do aviso do sinistro ou da decisão da seguradora,

com fundamento no princípio da *actio nata*, assim entendido, *enquanto não nasce a ação não pode ela prescrever*.

Ocorre que essa controvérsia já vinha sendo enfraquecida a longo tempo pelos constantes pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça, conforme registramos em nosso ensaio *Prescrição no Contrato de Seguro*<sup>6</sup>:

“Diante dos casos concretos, ou o segurado queda-se inerte em avisar o sinistro, por desídia, fazendo-o após o decurso de um ano, hipótese em que a seguradora pode suscitar com eficiência a prescrição a seu favor ou, mais comum, avisada do sinistro *in tempore*, nega a seguradora o pagamento da indenização, após o seu período de exame.

Não sendo recomendável a existência de dois termos iniciais para um único prazo prescricional, o STJ perfilhou a tese de que feita a comunicação (aviso do sinistro), tem-se por suspenso o prazo prescricional enquanto a seguradora não cientificar o segurado dos motivos da recusa ao pagamento da indenização. É dizer, o prazo inicia-se com o conhecimento do sinistro pelo segurado, suspende-se com o aviso do sinistro e recomeça no dia em que o segurado toma conhecimento da recusa da seguradora em liquidar o sinistro. É a aplicação da condição suspensiva de que trata o art. 170, I, do *Digesto Civil*. Nesse sentido: Resp.00807-RS, DJ,14/12/92; 21547-RS, DJ, 16/8/93; 52236-SP, DJ, 20/3/95; 70367-SP, DJ 11/12/95.”

Reiteradas decisões nesse aporte acabaram por pacificar *tollitur quaestio* a temática, pois o Superior Tribunal de Justiça, na seção de 8-9-99, aprovou o seguinte verbete:

Súmula nº 229: “O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão”<sup>7</sup>.

### 3. ADIN nº 1.003-DF e a lei do DPVAT

O Decreto-lei nº 73/66, art. 20, alínea “I”, prescreveu como obrigatório o seguro de danos pessoais por veículos automotores de vias terrestres, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não.

Nesta via, a Lei nº 6.194/74, com a alteração dada pela Lei nº 8.441/92, trouxe o pomo da discórdia no polêmico art. 7º, *in litteris*:

Art. 7º . “A indenização por pessoa vitimada por veículo não identificado, com seguradora não identificada, *seguro não realizado ou vencido*, será paga nos mesmos valores, condições e prazos dos demais casos por um Consórcio constituído obrigatoriamente, por todas as Sociedades Seguradoras que operem no seguro objeto desta Lei.” (grifei)

Referido dispositivo precipitou uma verdadeira batalha campal no Judiciário, pois as seguradoras nunca aceitaram passivamente essa obrigação. A irresolução era óbvia: cumprimento da obrigação do segurador *desatrelado* da obrigação do segurado em pagar o prêmio.

E, de fato, os argumentos contrários à incidência do preceito legal sempre tiveram força para provocar séria dúvida sobre o tema, pois sempre estiveram aliados ao alerta de ofensa às *normas e princípios constitucionais* de relevo, tais como a liberdade de iniciativa, da propriedade privada e da isonomia.

No Seminário do Centro de Debates e Estudos Jurídicos do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, o conferencista Salvador Cícero Velloso Pinto<sup>8</sup> já consignava que

“É absurdo o novo texto, na medida em que premia o inadimplente que não observa a obrigação de fazer o seguro obrigatório; na medida em que cria uma *exceptio* ao princípio da *exceptio non adimpleti contractus*; na medida em que transforma um seguro que se enquadra no gênero dos seguros privados num seguro institucional de

cunho social ou caritativo, incompatível com os objetivos econômicos e empresariais de sociedades eminentemente comerciais como são as sociedades seguradoras”.

Mais recente, Ricardo Bechara Santos expressou posição antagônica ao dispositivo, lançando o combativo argumento

“imagine-se, se todos os proprietários de veículos, ancorados em tal dispositivo, resolvem não realizar o seguro obrigatório em causa, e as seguradoras tiverem que arcar com todas as indenizações de todas as vítimas do trânsito brasileiro, que por ano mata mais que em toda Guerra do Vietnã!”<sup>9</sup>.

Não obstante a jurisprudência vacilante que se formou em torno do tema, o fato é que a maioria das decisões judiciais se inclinaram a favor da constitucionalidade do dispositivo legal, amparado na assertiva de que os princípios constitucionais anelados teriam *aplicação restrita* nessa matéria devido ao caráter social do seguro. Seja como for, a resolução definitiva desse embate ainda carece de decisão meritória na ADIN nº 1.003-DF. Contudo, pelo menos em sede de liminar, o Ministro Celso de Mello já sinalizou favorável à permanência do dispositivo, ao vezo das seguintes razões:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ILEGITIMIDADE ATIVA DA FEDERAÇÃO SINDICAL – LEI Nº 6.194/74 (ART.7º) COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 8.441/92 (art.1º) – AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA DAS ENTIDADES SEGURADORAS – ALEGAÇÃO DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO – APARENTE INOCORRÊNCIA – NÃO CONFIGURAÇÃO DO PERICULUM IN MORA – MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

– *omissis*

– Responsabilidade objetiva das entidades seguradoras e seguro obrigatório de danos pessoais: o art. 7º da

Lei nº 6.194/74, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei nº 8.441/92, ao ampliar as hipóteses de responsabilidade civil objetiva, em tema de acidentes de trânsito nas vias terrestres, causados por veículo automotor, não parece transgredir os princípios constitucionais que vedam a prática de confisco, protegem o direito de propriedade e asseguram o livre exercício da atividade econômica.

– A Constituição da República, ao fixar as diretrizes que regem a atividade econômica e que tutelam o direito de propriedade, proclama, como valores fundamentais a serem respeitados, a supremacia do interesse público, os ditames da justiça social, a redução das desigualdades sociais, dando especial ênfase, dentro dessa perspectiva, ao princípio da solidariedade, cuja realização parece haver sido implementada pelo Congresso Nacional ao editar o art. 1º da Lei nº 8.441/92<sup>10</sup>.

Cabe destacar também que a própria autarquia SUSEP, após reiteradas reclamações administrativas e diante do acervo jurisprudencial sobre o caso, acabou adotando os mesmos ventos que sopravam no Judiciário, firmando a orientação interna em favor da constitucionalidade do dispositivo em análise, punindo com multas as seguradoras que se recusavam a pagar a indenização aos segurados (Pareceres/PRGER/Contencioso nº 10/95; 785/96; 883/96 e 891/96). Dada a postura do órgão fiscalizador e sendo alvo de severas críticas das autoridades e da própria imprensa, a Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização – FENASEG expediu a Circular DPVAT SIN – 049/96, orientativa às conveniadas no seguinte sentido:

“enquanto o Supremo não decidir, as seguradoras conveniadas devem pagar normalmente o sinistro, *independentemente da prova do pagamento do*

*prêmio*, no prazo de 15 dias a contar da entrega da documentação, conforme estabelecem as normas”.

Sem prejuízo da respeitável frente jurídica que se levantou diante do tema, tenho que a questão carece de interpretação sob outro ângulo de visada, possivelmente não deduzida até o momento.

Naturalmente, as companhias seguradoras sacaram em seu favor os princípios constitucionais da livre iniciativa, da propriedade privada, da livre concorrência e da vedação de confisco, tudo para repudiar o art. 7º, da Lei nº 6.194/74, que estaria acenando como cortesia demagógica com as vítimas de trânsito, onde o Estado transferiu gratuita e abusivamente a sua obrigação social aos ombros do empresário privado.

Todavia, parece-me que o interesse realmente em voga *ultrapassa* em muito os interesses privados daquelas entidades. A interpretação em favor da constitucionalidade, inclusive do próprio Supremo em sede de liminar, fez prevalecer – corretamente – a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. O que se olvidou é a lembrança ao valoroso magistério de J.J. Calmon de Passos, em que

“o direito se define, portanto, não como um modo de pensar, mas como um modo de dispor, um dispor prático sobre realidades. Enquanto puro pensamento, o direito ainda não é. O direito é no momento em que eficazmente dispõe sobre a realidade e nela opera as transformações desejadas”<sup>11</sup>.

E fundada nessa premissa, nenhuma interpretação do direito pode ser divorciada da *apreciação do seu resultado*, vale dizer, deve o direito ser interpretado inteligentemente, de modo que a ordem legal não envolva um absurdo, prescreva inconveniências ou se tenha uma ilação flagrantemente injusta, forçada a uma “conclusão física ou moralmente impossível”<sup>12</sup>.

Assim considerado, a interpretação atualmente reinante é aparentemente preservadora da supremacia do interesse público,

possivelmente porque leva em conta a inadmissibilidade de desamparo de uma vítima de trânsito aqui ou acolá, prevenindo o desleixo do proprietário de veículo que não pagou o prêmio do seguro obrigatório. É evidente que essa preocupação é válida e não se duvida do cunho social ali inserido. Ocorre, porém, que existe um horizonte de *interesse público muito mais amplo* a ser preservado, que são os valores fundamentais inseridos na própria sistemática securitária prevista na lei *como um todo, na sua integridade*.

O *Convênio DPVAT*, para cumprir a relevante função social exigida na lei, necessita impreterivelmente dos recursos próprios para ultimar as indenizações sofridas pelas vítimas de trânsito. Há nisso um consenso óbvio porque é um fato incontestável que o prêmio pago no seguro obrigatório é o *recurso indeclinável e essencial* à existência desse próprio sistema securitário. Ora, a se admitir como constitucional o art. 7º da Lei 6.194/74, teremos uma interpretação cujo resultado flagrante é a quebra do próprio sistema, pois será imposto ao Convênio o dever legal de custear *indenizações sem o respectivo lastro*. É dizer, *mutilla-se* o objeto primário da lei que é justamente amparar e proteger as vítimas de trânsito.

O caso não admite ingenuidade e a imprudência de se achar que as indenizações sem lastro serão insignificantes ou pulverizadas dentro da massa de recursos que compõe o *fundo comum, de propriedade e destinação comunitária de todos os segurados*<sup>13</sup>. Isso porque, a partir do momento em que a Excelsa Corte venha a chancelar o entendimento de que são possíveis indenizações mesmo com o respectivo prêmio impago, estará declarada a temporada de inadimplência, confirmando um *serfíssimo risco no equilíbrio atuarial do seguro obrigatório*, não sendo surpresa e nem exagero antever a falha ou o esfacelamento de todo o sistema.

Desse teor, é imperativo que a interpretação sobre a inconstitucionalidade do dispositivo em voga não deva ser apenas

cotejada ao exame pontual dos interesses privados demonstrados pelas entidades seguradoras, mas sobretudo sob uma *dimensão maior*, que é a preservação do próprio bem jurídico a que se presta a lei, não se devendo sacrificar todo o sistema universal de garantia legal em favor da sociedade, apenas em função de uma dimensão comprovadamente reduzida de casos isolados de trânsito, pois, do contrário, deduziremos uma interpretação clamorosamente inexata, em franco desrespeito não aos princípios da propriedade privada, da livre iniciativa e da livre concorrência, que na hipótese são apenas reflexos, mas sim a transgressão bruta dos próprios *valores fundamentais da supremacia do interesse público previsto na lei*, que estão ameaçados pelo cancerígeno dispositivo inconstitucional que a integra.

#### 4. Seguro automóvel: valor médio de mercado ou valor da apólice?

Tema intranquilo e de profunda controvérsia foi estabelecido entre os segurados e as seguradoras quando do critério a ser observado na liquidação de indenizações, por perda total, no seguro facultativo de automóveis. Valor médio de mercado ou o valor da apólice? Eis a questão.

Defendem as entidades seguradoras que a indenização do veículo pelo valor médio de mercado é decorrência lógica do *princípio indenitário*<sup>14</sup> sendo que Ernesto Tzirulnik<sup>15</sup> definiu, com proficiência, a diferença entre *valor estimado* e o *valor ajustado*, ressaltando que a importância segurada (IS) não é prefixada, mas sim estimada e constitui o *limite máximo* de responsabilidade do segurador, numa evidência clara de que o mesmo não ficaria obrigado ao pagamento *daquela quantia*, mas *até aquela quantia*, dependendo de prova dos prejuízos efetivos.

A despeito da razoabilidade argumentativa, o fato é que o Judiciário inclinou sua simpatia para a interpretação na seara da *legislação consumerista* e também ao teor do art. 1.462 do *Codex Civil*, sinalizando

orientação para os órgãos de defesa ao consumidor e da Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça, que divulgou lista oficial de cláusulas contratuais consideradas *abusivas*, entre elas justamente a indenização securitária pelo valor médio de mercado.

No âmbito do Juizado Especial Cível, nicho do Judiciário onde se mostram mais intensas e sensíveis as causas do consumidor, valeu destaque a Ementa Cível nº 01/99, das Turmas Recursais dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro:

“SEGURO DE VEÍCULO – PERDA TOTAL (FURTO) – QUITAÇÃO – VALOR DE INDENIZAÇÃO – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Os termos da quitação, em se tratando de relação de consumo, como é aquele entre segurado e seguradora, devem ser interpretados em benefício da parte mais fraca, que é o consumidor, evitando o prejuízo deste. E o valor da indenização é o constante na apólice, visto que a cláusula do pacto securitário que impõe o preço médio de mercado é abusiva, obrando tão-só em prol da seguradora, incidindo na censura do art. 51, inciso IV, do CDC, em face do evidente desequilíbrio contratual. Improvimento do recurso. (Recurso nº 2429-9, 1ª Turma Recursal – Unâm. – jul. 12-5-99).*

Na Justiça Comum, a orientação é no sentido de que “o pagamento da indenização tem que ser feito pelo valor sobre o qual o seguro foi contratado e não pelo preço médio de mercado do bem subtraído” (TJRJ, ementa nº 41/98, D.O.E.R.J., 25-6-98, p.176). “Se o segurado pagou o prêmio correspondente a um determinado valor, não pode a seguradora se eximir de pagar o valor da indenização pactuada” (TJRJ, Ac.unâm. da 1ª Câm. Cív., Ap. 5584/97, in ADCOAS 8171872). “Sendo o valor da apólice o preço de mercado na época da contratação, com o pagamento do respectivo prêmio, deve aquele ser observado quando do ressarcimento da indenização” (TJRJ, ementa nº 40/99, D.O.E.R.J., 25-3-99, p.192). Assim também outros Tri-

bunais: TAMG, in RJTAMG 63/271; TAMG, ac. unâm. da 3ª Câm. Cív., Ap.225873-3/00, Des. Kildare Carvalho, j.6-11-96; 1º TACivSP, ac. unâm. da 2ª Câm. Esp., Ap.682755-7/00, j.20-4-98. publ. em 8-5-98; TJRS, ac. unâm. da 5ª Câm. Cív., Ap.598441111, j.2-6-99, in ADCOAS 8175751).

Não obstante a torrencial jurisprudência disponível, mostrou-se expressiva e significativa a manifestação inaugural do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

“SEGURO AUTOMÓVEL. INDENIZAÇÃO. VALOR. APÓLICE. A Seção, por maioria, declarou que no contrato de seguro automóvel, quando houver perda total do bem, a indenização deve ser paga conforme o preço ajustado na apólice, e não pelo preço de mercado.” (EResp 176.890-MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 22-9-1999)<sup>16</sup>.

Portanto, a orientação é clara: ocorrido o sinistro, a indenização por perda total terá que ser o valor estipulado na apólice. Impende registrar, porém, que esse autorizado entendimento terá aplicação somente nos contratos cujas apólices tenham o valor expresso da importância segurada. É que, com o advento da *Circular SUSEP nº 88, de 26-3-99*<sup>17</sup>, tornou-se *facultativa* a fixação do valor indenitário tanto pelo valor determinado quanto pelo valor de mercado<sup>18</sup>, com o que se espera prevenir – nos contratos novos – os conflitos quanto ao exato critério de indenização, permitindo-se ao segurador e, em especial, ao segurado visualizar e avaliar previamente a equivalência do que efetivamente contratar, tornando certa e definitiva a *comutatividade* do contrato firmado.

5. *Lei nº 9.656/98 e a exclusão da SUSEP na fiscalização dos planos de saúde (Medida Provisória nº 1.908-18, de 24-9-99).*

Na esteira das intermináveis reedições de medidas provisórias que marcam a Lei nº 9.656/98, sobreveio a MP nº 1.908-18, de 24-9-99, que mortificou de vez a disputa

entre a SUSEP e o Ministério da Saúde, que tanta polêmica serviu para alimentar a insaciável avidez da mídia.

Como todo país, o Brasil também tem seus problemas com origem no seu traço cultural e até mesmo pelo relativo determinismo geográfico, pois David S. Landes<sup>19</sup>, embora não julgue o predeterminismo geográfico como fator decisivo para definir a sorte de um povo, não nega que se paga o preço para reduzir ou evitar as crueldades da natureza.

Sociedade e governo são o prisma de tudo o que fomos no passado, sofrendo os efeitos no presente, e que ainda enfrentaremos no futuro. Somos, a um só tempo, agentes e vítimas do invisível processo de transformações que permeia a humanidade.

A Administração Pública, tanto no sentido lato quanto estrito, tem o seu modo de ser profundamente afetado pelo contexto político e econômico de determinada época. E que época vivemos? Vivemos a pulsante globalização e a imposição inafastável do capitalismo flexível, que é profundamente corrosivo das qualidades do caráter humano, como a lealdade, o compromisso, propósito e resolução, que são de longo prazo na natureza. Richard Sennett<sup>20</sup> indaga-nos como se podem buscar objetivos de longo prazo numa sociedade de curto prazo? Como se podem manter relações sociais duráveis? Acentua que inexiste longo prazo, pois no trabalho a carreira tradicional está fenecendo e os indivíduos, percebendo que não mais podem contar com a empresa, passam a ser negociáveis e a blindagem superficial e mutável prefere ao comportamento baseado em valores de lealdade e serviço.

O setor público também se ressentido desse fenômeno e muitos dos seus agentes políticos e administrativos influenciam ou se deixam influenciar pelas necessidades impostas pelo capitalismo flexível, descompromissando-se da lealdade à causa pública para dar frente às realizações de curto prazo.

Ressalvado esse espectro generalizado, não cabe aqui alinhar os motivos, e se eles existem, de ordem política ou administrativa que ensejaram na exclusão da SUSEP na fiscalização dos planos de saúde. Apenas é digno de nota, porque clamorosamente divulgado na mídia, que diversos órgãos do consumidor (Procons) pleiteavam a exclusão da autarquia na fiscalização desse setor privado, pois sua conduta estaria na contramão da linha de atuação do Ministério da Saúde e dos interesses homogêneos dos consumidores. Justo ou não, a ocorrência desse fato confere um tom de séria advertência aos dirigentes do órgão fiscalizador, no sentido de se repensar o papel institucional da SUSEP junto à sociedade, a título de prevenir e resguardar a credibilidade que dela normalmente se espera.

Seja como for, já tínhamos anotado, com antecedência, que a instituição de dois órgãos – SUSEP e Ministério da Saúde – para a fiscalização aparelhada das seguradoras e empresas do ramo traria um “descompasso na regulamentação de matérias intrinsecamente específicas e complexas” e que a “duplicidade de procedimentos de fiscalização ocasionaria denodado gravame nas entidades fiscalizadas, em prejuízo justamente do equilíbrio que se esperava para esse setor privado”<sup>21</sup>. Com a edição da medida provisória *sub oculi*, outorgou-se ao Conselho de Saúde Suplementar – CONSU a competência privativa para regulamentar os serviços privados de assistência à saúde (art. 35-A) e ao Ministério da Saúde, precipuamente, a atividade executiva e fiscalizatória (art. 35-C). À SUSEP restou apenas a atribuição residual de remeter os expedientes pendentes ao Ministério da Saúde, acompanhados de parecer conclusivo da autarquia (art. 35-L), saindo definitivamente de um cenário em que um dia foi protagonista.

São esses os breves comentários acerca das atualidades jurídicas no seguro privado, que submetemos ao conhecimento e à reflexão da comunidade jurídica.

## Notas

<sup>1</sup> COUTURE, Eduardo. Os mandamentos do advogado. 3 ed. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1987. p.21.

<sup>2</sup> O princípio da Lealdade Constitucional é explanado por Canotilho como o necessário respeito entre os Poderes para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis, conforme anotado por Alexandre de Moraes, in Direito Constitucional, 4. ed., Atlas, 1998. p.310.

<sup>3</sup> As peregrinações de Ulisses em seu regresso de Tróia revelam a fantástica determinação do herói da mitologia grega para alcançar seu objetivo (*In O Livro de Ouro da Mitologia Grega – A Idade da Fábula*. 8. ed. Rio de Janeiro : Ediouro, 1999.).

<sup>4</sup> Expressão utilizada por Shakespeare em “Hamlet”, ato III, cena I, para se referir à morte.

<sup>5</sup> TJSP, Ap.Cív.270.643-1, Oitava Câm. de Direito Público. Rel. Antonio Villem. j.18.09.96; TARGS, Ap. Cív. 195101746, Sexta Câm. Cív. j.16.11.95; TJES, Ap. Cív. 11932354, Rel. Des. Renato de Mattos. j.14.06.94; TAPR, Ap. Cív.69317400, Quinta Câm. Cível, Rel.Cícero da Silva. j.30.11.94 – Ac.3373- Publ.03.02.95; TACivRJ, Ap. Cív. 9428/96, ac. unâm., Sexta Câm. Cív., j.17.12.96.

<sup>6</sup> SHIH, Frank Larrúbia. In *Revista de Informação Legislativa. Brasília* : Senado Federal-Subsecretaria de Edições Técnicas, nº 140, out./dez., Brasília, 1998. p.299.

<sup>7</sup> DOERJ, 29-9-99, p.3.

<sup>8</sup> *In O seguro, esse desconhecido*. Seminário do Centro de Debates e Estudos/TACivRJ. Rio de Janeiro : EMERJ, 1994. p.65.

<sup>9</sup> *Direito de seguro no cotidiano*. 1. ed., Rio de Janeiro : Forense 1999, p.189.

<sup>10</sup> D.O.E.R.J, 29-9-99, p.4 e *Clipping* do DJ, de 10-9-99.

<sup>11</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 10 - Tomo 1. 1984. p.10.

<sup>12</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1994. p.166.

<sup>13</sup> Para J.J. Calmon de Passos, o fundo comum é uma universalidade que se qualifica por interesses transindividuais por força de sua destinação (*RT* 763/98).

<sup>14</sup> O princípio indenitário preconiza o mero restabelecimento do *statu quo*, hipótese em que a cláusula de indenização é limitada ao valor do prejuízo efetivamente apurado. V. art.1.437 e 1.462 do *Codex Civil*.

<sup>15</sup> “Princípio indenitário no contrato de seguro” In *RT* 759/113.

<sup>16</sup> Informativo do STJ nº 33 e D.O.E.R.J em 11-10-99, p.5.

<sup>17</sup> Publicada no D.O.U. em 30-3-99. p.205.

<sup>18</sup> Circular SUSEP nº 88/99: Art. 1º . “Fica facultado às Sociedades Seguradoras comercializar apólices de Seguro de Automóvel com as cláusulas de indenização por perda total a seguir referidas:

I – Valor determinado – cláusula em que a Seguradora garante ao Segurado, quando caracterizada a perda total do veículo sinistrado, o pagamento da quantia estipulada pelas partes no ato da contratação; ou

II – Valor de Mercado – cláusula em que a Seguradora garante ao Segurado a reposição do veículo sinistrado, quando caracterizada a perda total, pelo valor médio de mercado na data de liquidação do sinistro.

§ 1º - Nas apólices com cláusula de Valor de Mercado para veículo zero quilômetro, deverá ser estabelecido, contratualmente, o período de tempo em que o veículo sinistrado por perda total será indenizado pelo “valor novo”, contado a partir da data de sua aquisição.

§ 2º - Para efeito de controle estatístico, a seguradora deverá manter em seus registros o valor médio de mercado do veículo segurado no momento da contratação de apólices com cláusula de Valor de Mercado.

Art. 2º . As partes poderão endossar as apólices em vigor para alterar a cláusula de indenização por perda total, substituindo-a por uma das cláusulas previstas no art. 1º desta Circular.

Art. 3º . Esta Circular entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º . Fica revogada a Circular SUSEP nº 15, de 12 de julho de 1989.”

<sup>19</sup> *Riqueza e pobreza das nações*: porque algumas são tão ricas e outras são tão pobres. 3. ed. Rio de Janeiro : Campus, 1999. p. 14-5.

<sup>20</sup> *A corrosão do caráter*: conseqüências pessoais do trabalho no novo capitalismo. 2. Tirag. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 27.

<sup>21</sup> Cadernos de seguro. Ano 19– n. 94, mar./abr. FUNENSEG, 1999. p. 39.

# De Paris a Amsterdam

## Os caminhos da experiência comunitária européia

Marcílio Toscano Franca Filho

Constitui a União Européia um conjunto de ações de integração que abandonam o plano meramente fiscal para abranger a homogeneização tecnológica, social, política e econômica entre quinze países europeus que decidiram unir-se para preservar a paz e promover o progresso. Os próprios teóricos da integração reconhecem que,

“na formação de blocos econômicos, a União Européia é a primeira experiência concreta, na história econômica, política e social, de um grupo de países em plena democracia e soberania a optarem, politicamente, por uma união gradual e contínua” (KUNZLER & MACIEL, 1995, p. 271).

Embora a consolidação de uma unidade européia sempre tenha sido uma idéia recorrente nos diálogos políticos do Velho Continente, esse processo está longe de poder ser descrito de forma linear e progressiva. Houve momentos de grande entusiasmo e desenvolvimento da idéia pan-européia. Houve instantes, porém, de copioso isolamento entre as nações, normalmente vinculados a períodos de crise e recessão econômica.

Afirma Barbosa (1980, p. 37-39) que, ainda entre os anos de 1305 e 1307, o publicista normando Pierre Dubois já escrevera um longo estudo em defesa da formação de uma confederação dos Estados europeus. Mais de cem anos depois, diante da ameaça de invasão da Europa

Marcílio Toscano Franca Filho é Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da Paraíba, Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba, ex-Professor Substituto do Departamento de Direito Público da UFPB e ex-aluno da Universidade Livre de Berlim (Alemanha).

pelos turcos, George Podiebrad, Rei da Boêmia, e Antônio Marini também advogaram a formação de uma assembléia federal continental. Neste século, precisamente em 1924, o conde austríaco Coudenhove Kalergi e o Movimento Pan-Europeu por ele fundado reivindicaram a criação dos “Estados Unidos da Europa”. Bem assim, em 1929, os chanceleres Aristide Briand<sup>1</sup>, francês, e Gustav Stresemann, alemão, manifestaram perante a Assembléia Geral da Sociedade das Nações<sup>2</sup> o seu interesse na fundação de uma União Européia, o que culminou na redação do “Memorando sobre a Organização de um Regime Federal Europeu”, em 1930 – às vésperas da ascensão do nazismo na Alemanha. Tais iniciativas, ao lado de tantas outras, nunca chegaram a prosperar justamente por estarem, na maior parte das vezes, a ocultar planos de dominação hegemônica ou imperial de uma nação européia sobre as demais.

Finda a II Guerra Mundial, entretanto, os planos para uma aproximação entre os Estados europeus tomaram renovado impulso, sobretudo em razão do reconhecimento de dois fatores:

- a debilidade do continente, que, após duas guerras, havia perdido o posto de principal cenário político e econômico mundial para os Estados Unidos e a União Soviética; e
- a imperativa necessidade de se evitarem novos conflitos, mantendo-se a paz a todo custo.

A Europa – toda ela – é a grande derrotada na II Guerra Mundial. Ao fim do conflito, encontra-se empobrecida, destruída, humilhada e pessimista. Como forma de reverter esse quadro, desenvolvem-se as idéias de solidificação das relações entre os seus Estados numa tentativa de adquirir mais força e representatividade internacional. É dessa época, precisamente de 19 de setembro de 1946, o famoso discurso do Primeiro Ministro inglês Winston Churchill, proferido na Universi-

dade de Zurique, em que ele apela para a criação de uma Europa unida como forma de garantir a reconciliação franco-germânica. Veja-se:

*(...) What is this sovereign remedy? It is to recreate the European Family, or as much of it as we can, and provide it with a structure under which it can dwell in peace, in safety and in freedom. We must build a kind of United States of Europe. In this way only will hundreds of millions of toilers be able to regain the simple joys and hopes which make life worth living. The process is simple. All that is needed is the resolve of hundreds of millions of men and women to do right instead of wrong and gain as their reward blessing instead of cursing.*

*(...) I am now going to say something that will astonish you. The first step in the re-creation of the European family must be a partnership between France and Germany. In this way only can France recover the moral leadership of Europe. There can be no revival of Europe without a spiritually great France and a spiritually great Germany. The structure of the United States of Europe, if well and truly built, will be such as to make the material strength of a single state less important. Small nations will count as much as large ones and gain their honour by their contribution to the common cause. The ancient states and principalities of Germany, freely joined together for mutual convenience in a federal system, might each take their individual place among the United States of Europe.(...)*

*But I must give you a warning. Time may be short. At present there is a breathing-space. The cannon have ceased firing. The fighting has stopped; but the dangers have not stopped. If we are to form the United States of Europe or whatever name or form it may take, we must begin now.(...) The salvation of the common people of every race and of every land from war or servitude must be*

*established on solid foundations and must be guarded by the readiness of all men and women to die rather than submit to tyranny. In all this urgent work, France and Germany must take the lead together*<sup>3</sup>.

No afã de concretizar essa Europa unida, foram criados diversos organismos internacionais nos anos imediatamente seguintes ao fim do conflito mundial, entre os quais se destacam a Organização Europeia de Cooperação Econômica (OECE, que na década de 1960 foi substituída pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE) e a União Europeia Ocidental (UEO). Todas elas, diga-se, repousavam sobre o clássico princípio internacional da coordenação – os Estados se comprometiam a cooperar entre si, desde que resguardado o direito de cada um se opor às decisões comuns por veto, o que tornava indispensáveis a unanimidade e o consenso (ROCHÈRE, 1995, p. 8).

No confuso período pós-guerra, o primeiro passo concreto para o estabelecimento de uma efetiva integração europeia, de base supranacional, foi dado pelo então Ministro dos Negócios Estrangeiros da França, Robert Schuman, em 9 de maio de 1950. Nessa ocasião, ele tornou público o “Plano Schuman”, uma objetiva declaração dirigida à Alemanha Federal, idealizada por ele e por Jean Monnet<sup>4</sup>, redigida nos seguintes termos:

“(...) A Europa não se fará de um só golpe nem sem uma construção de conjunto: far-se-á mediante realizações concretas, criando primeiro uma solidariedade de fato. A reunião das nações europeias exige que a secular oposição entre França e Alemanha seja eliminada. A ação empreendida deve tocar em primeiro lugar a França e a Alemanha.

Com esta finalidade, o governo francês propõe levar a cabo, imediatamente, uma ação sobre um ponto limitado, mas decisivo.

O governo francês propõe subordinar o conjunto da produção franco-alemã de carvão e aço a uma alta autoridade comum, em uma organização aberta à participação dos demais países da Europa.

A administração compartilhada das produções de carvão e aço assegurará, imediatamente, o estabelecimento de bases comuns de desenvolvimento econômico, primeira etapa da federação europeia, e mudará o destino destas regiões, durante muito tempo consagradas à fabricação de armas de guerra, das quais têm sido as mais constantes vítimas (...)”<sup>5</sup>.

A proposta francesa formalizada no Plano Schuman – submeter a totalidade da produção de carvão e aço da França, Alemanha Federal e demais interessados ao controle de uma alta autoridade comum – foi bem recebida não só pela própria Alemanha, então governada pelo Chanceler Konrad Adenauer, mas também pela Bélgica, Itália, Luxemburgo e Holanda, possibilitando assim a futura formação do primeiro mercado comum europeu.

Para a Alemanha, de modo particular, a proposta traduzia o seu regresso à comunidade política internacional, desde o fim da II Guerra, e um avanço em relação a um sistema de controle unilateral (e alienígena) da sua produção carbo-siderúrgica. Para os demais Estados europeus, por seu turno, o Plano Schuman constituía uma forte garantia contra o receio, ainda presente, de que uma Alemanha totalmente independente, sobretudo nesse estratégico setor da economia (basilar para a indústria bélica), fosse, mais uma vez, uma ameaça à paz da Europa (BORCHARDT, 1995, p. 9).

A evolução das conversações em torno do plano elaborado por Robert Schuman e Jean Monnet resultou na assinatura do Tratado constitutivo da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), subscrito em Paris, em 18 de abril de 1951, pela Alemanha Federal (RFA), Bélgica,

França, Itália, Luxemburgo e Holanda. Em vigor desde 25 de julho de 1952, o Tratado instituidor da CECA, apesar de restrito, em seu campo de atuação, ao mercado de carvão e aço, tem o condão de inaugurar formalmente a supranacionalidade no âmbito das relações interestatais, posto que a nova comunidade se situa em um plano jus-político distinto e superior ao dos seus Estados-membros.

O art. 6º do Tratado, por exemplo, concede à Comunidade “a mais alta capacidade jurídica reconhecida às pessoas jurídicas nacionais”, enquanto o seu art. 4º dá por suprimidos ou proibidos<sup>6</sup>:

a) os direitos de entrada e/ou de saída, ou exações de efeito equivalente, e as restrições quantitativas à circulação dos produtos;

b) as medidas ou práticas que estabeleçam uma discriminação entre produtores, entre compradores ou entre usuários, especialmente no que concerne às condições de preços ou de entrega e às tarifas de transporte, assim como as medidas ou práticas que obstaculem a livre escolha pelo comprador de seu fornecedor;

c) as subvenções ou ajudas outorgadas pelos Estados ou os gravames especiais impostos por eles, qualquer que seja sua forma; e

d) as práticas restritivas tendentes à divisão ou à exploração dos mercados.

Note-se ainda que, desde a vigência do Tratado de Paris, apenas as instituições da própria CECA, nomeadamente a Alta Autoridade (representando a Comunidade) e o Conselho de Ministros (representando os Estados-partes), poderiam legislar sobre o mercado de carvão e aço dos países signatários, em um sistema similar ao modelo federativo bicameral (FONSECA, 1997, p.4). Outra instituição com relevante papel na CECA foi a Corte de Justiça, encarregada de assegurar a correta aplicação e interpretação das normas contidas no Tratado institutivo mediante a utilização de um poder jurisdicional, à semelhança dos Tribunais Constitucionais nacionais.

Animados com os resultados até então obtidos, os países que tomaram parte da CECA (a “Europa dos Seis”) intentaram um novo passo. Seguiu-se, então, a tentativa – frustrada – de instituição da Comunidade Européia de Defesa (CED), cujo tratado não obteve a necessária aprovação da Assembléia Nacional francesa, em 1954, justamente por intentar a transferência de competências estatais em um domínio ainda bastante sensível no pós-guerra: o da segurança externa. Esse estrondoso fracasso foi fundamental para a mudança de orientação na condução do processo de integração européia, que abandonou o projeto de pronta formação de uma comunidade política e passou a ser mais pragmático, tendo metas mais modestas e progressivas.

Na Conferência de Messina, realizada nos dois primeiros dias de junho de 1955, os seis Estados componentes da Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA) decidiram levar adiante a integração européia justamente pelo caminho que se mostrara mais seguro até então: o das realizações concretas nos domínios econômicos setoriais. Uma análise da viabilidade de uma progressiva integração econômica européia foi confiada a uma comissão intergovernamental de Ministros das Relações Exteriores, chefiada pelo belga Paul-Henri Spaak, encarregada de redigir um detalhado relatório. Em 21 de abril de 1956, essa comissão apresentou o “Informe Spaak” que, posteriormente, veio a ser o fundamento para a instituição, em 1957, de duas novas Comunidades Européias: a Comunidade Econômica Européia (CEE) e a Comunidade Européia de Energia Atômica (CEEA ou EURATOM), ambas integradas pelos mesmos seis membros da CECA – Alemanha Ocidental, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Holanda.

Das três Comunidades, era a CEE a que possuía o objetivo mais amplo: promover o estabelecimento de um Mercado Comum, em que fossem asseguradas as quatro liberdades comunitárias a todas as eco-

nomias dos países signatários – a livre circulação de bens, de serviços, de pessoas e de capitais. A CEEA, à semelhança do que ocorreria com a CECA, representou um mecanismo de organização de apenas um segmento particular do mercado europeu, especificamente o da produção e distribuição da energia obtida a partir de reatores nucleares. A baixa eficiência das usinas termelétricas e hidroelétricas, o risco de uma perigosa dependência relativamente a países exportadores de energia e o alto custo dos investimentos para a criação da infra-estrutura nuclear foram razões que contribuíram decisivamente para a instituição da CEEA pelos seis membros da CECA.

Concomitantemente à assinatura dos Tratados constitutivos da CEE e da CEEA, em Roma, em 25 de março de 1957 (em vigor desde 1º de janeiro de 1958), também foi subscrito o “Convênio sobre Determinadas Instituições Comuns às Comunidades Européias”, que representou o primeiro passo para a convergência política entre as três Comunidades, ao criar alguns órgãos conjuntos, a saber:

- o Comitê Econômico e Social, com caráter de órgão auxiliar consultivo sobre políticas econômicas e sociais;
- a Assembléia, denominada de Parlamento a partir de 1962, formada por delegados dos parlamentos de cada um dos Estados-membros e com competências sobretudo de controle das atividades comunitárias; e
- o Tribunal de Justiça, composto por juízes e advogados-gerais escolhidos pelos respectivos Estados-membros e cuja principal competência era garantir o cumprimento da normativa comunitária.

Um novo passo para a integração efetiva entre a CECA, a CEE e a CEEA foi efetuado em Bruxelas, em 8 de abril de 1965, quando foi assinado pelos Estados-membros o Tratado da Fusão dos Executivos, que constituía um Conselho e uma Comissão

únicos para as três Comunidades. Ao Conselho, composto por um representante de cada Estado, cabiam importantes funções tipicamente legislativas e de coordenação macroeconômica entre os Estados-membros. Já a Comissão única, a quem competia propor e executar a legislação comunitária, substituiu a Alta Autoridade prevista no Tratado da CECA e as Comissões da CEE e da CEEA.

Apesar da apatia econômica advinda das “crises do petróleo”, a década de 70 trouxe a lume as negociações para as primeiras ampliações das Comunidades. Em 22 de janeiro de 1972, após prolongadas discussões, nasceu a “Europa dos Nove”, com a adesão da Dinamarca, Irlanda e Reino Unido (Grã-Bretanha e Irlanda do Norte), em vigor desde 1º de janeiro de 1973. A seguir, em meados de 1979, processou-se a adesão da Grécia, vigente desde 1º de janeiro de 1980, dando origem assim à “Europa dos Dez”. A terceira ampliação veio, entre 1985 e 1986, quando Portugal e Espanha passaram a compor a “Europa dos Doze”.

Além dessas adesões, durante as décadas de 70 e 80<sup>7</sup>, foram muitas as ações que procuraram dar continuidade à integração européia, sobretudo em uma dimensão mais política e que envolvesse aspectos como educação, saúde, direito, emprego, segurança, defesa, combate às drogas e ao terrorismo. Nenhuma iniciativa, entretanto, foi tão importante, nesse período, quanto a assinatura pelos doze Estados-membros, em fevereiro de 1986, do Ato Único Europeu (AUE), uma grande reforma dos tratados das três Comunidades Européias para adaptá-los à construção da União Européia e ao fortalecimento de um mercado interno sem fronteiras.

O início dos anos 90 marca uma nova e fundamental etapa na trajetória da Europa: é no contexto da nova ordem mundial e do processo de globalização das economias que se fortalece sobremaneira o desenvolvimento da idéia comunitária. Não por

acaso, uma nova reforma institucional nas Comunidades é levada a efeito por meio da assinatura do Tratado que criou a União Européia, conhecido como Tratado de Maastricht, em homenagem à cidade holandesa onde foi subscrito, em 7 de fevereiro de 1992. Não resta dúvida de que, ao estreitar ainda mais os seus laços de integração e cooperação por meio da criação da União Européia, o Velho Continente encontrou a forma mais segura de enfrentar os desafios do novo cenário político e econômico mundial que se descortina a partir de 1989.

Apesar de assinado desde 1992, o Tratado da União Européia (TUE) só passou a vigorar em 1º de novembro de 1993, em razão de uma série de dificuldades impostas à sua ratificação nos países membros, decorrentes sobretudo da transferência de competências soberanas a órgãos comunitários. Na verdade, o grande empecilho para a aprovação de Maastricht nos países membros da recém-criada União Européia residiu no fato de que as transformações estruturais intentadas por aquele Tratado atingiam a própria essência do que se concebe como Estado (a *Staatlichkeit* da doutrina alemã): cidadania, política econômica, moeda, política externa, entre outros. Apenas se modificadas as ordens jurídicas nacionais poder-se-ia legitimar a instituição da União Européia.

Na Dinamarca, por exemplo, sua ratificação foi recusada em um primeiro referendo e, apenas depois de feitas algumas concessões no texto do TUE, abriu-se caminho à aprovação popular em um novo referendo. Na Espanha, ainda, a assinatura do Tratado obrigou a realização da primeira reforma na Constituição de 1978, especificamente para adaptá-la às disposições comunitárias que garantiam que todo cidadão europeu teria direito de votar e ser votado, em todo o território da União, nas eleições municipais e nas eleições para o Parlamento Europeu<sup>8</sup>. Fato semelhante ocorreu ainda na França e em Portugal.

Também na Alemanha houve problemas. Inicialmente, foi necessária a aprovação de uma emenda constitucional (a “38ª Lei Modificadora da Lei Fundamental”, de 21-12-92), introduzindo um novo art. 23 na Constituição alemã, cujo texto original fora suprimido logo após a unificação, em 1990. A partir da nova emenda, o dispositivo que outrora dizia respeito à eficácia territorial da Lei Fundamental passou a ser dirigido à construção da União Européia. Da primeira alínea do novo e extenso art. 23 consta hoje o seguinte:

*“A fim de realizar uma Europa Unida, a República Federal da Alemanha colabora no desenvolvimento da União Européia, que está vinculada a princípios democráticos, de Estado de direito, sociais e federativos bem como ao princípio da subsidiariedade e à garantia da proteção de direitos fundamentais substancialmente comparável a esta Lei Fundamental. Para esse efeito, a Federação pode transferir direitos de soberania, por meio de lei e com a concordância do Conselho Federal. Aplicam-se os n.ºs 2 e 3 do artigo 79º no que diz respeito à instituição da União Européia assim como às alterações dos seus fundamentos contratuais e regulações comparáveis, através das quais se altere ou complemente o conteúdo desta Lei Fundamental, ou sejam autorizadas essas alterações ou complementações”*”.

Mesmo a lei alemã de ratificação do Tratado da União Européia teve a sua constitucionalidade questionada perante o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) por um grupo de renomados políticos e professores, cujas alegações, entre outros argumentos, baseavam-se no fato de que “o ato de adesão ao Tratado e o ato que emendara a constituição violavam seus direitos políticos de representação, seus direitos individuais (pela transferência de atribuições para sua proteção à União Européia), bem como ofendiam o princípio democrático, a soberania nacional e o direito de

serem pagos em *Deutsch Mark* (e não em uma futura moeda comum), além de deverem ser submetidos a referendo popular” (BARROSO, 1996, p. 25).

Somente em 12 de outubro de 1993, após algumas audiências públicas e por meio de longa e bem fundamentada decisão (que ficou conhecida como “*das Maastricht-Urteil*”), o Tribunal Constitucional Federal afirmou a compatibilidade entre a lei de ratificação do Tratado da União Européia e os preceitos da Lei Fundamental Alemã. Nessa oportunidade, o Tribunal cuidou ainda de manifestar importantes entendimentos acerca do relacionamento entre o Direito Constitucional alemão e o Direito Comunitário europeu, destacando-se os seguintes:

1) *O direito alemão proíbe a diminuição do Poder do Estado através da transferência de deveres e responsabilidades do Parlamento Federal, na extensão em que isso importar em violação do princípio democrático.*

2) *O princípio democrático não impede que a República Federal da Alemanha se torne membro de uma comunidade intergovernamental organizada em base supranacional.*

3) *Se uma comunidade de Estados assume poderes e responsabilidades de soberania, os povos dos Estados-membros precisam legitimar esse processo através dos seus parlamentos nacionais.*

4) *O princípio democrático impõe limites à extensão de funções e poderes a serem transferidos para a comunidade européia. O Parlamento Federal deverá reter funções e poderes de importância substancial.*

5) *O programa de integração e os direitos transferidos à comunidade européia supranacional devem ser especificados com precisão. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal determinar se os direitos de soberania exercidos pelas instituições e entidades dirigentes européias estão dentro dos limites ou se extrapolaram os que lhes foram conferidos.*

6) *A interpretação das regras de competência do Tratado de Maastricht não deverá importar em extensão do Tratado. Se tal ocorrer, a Alemanha não ficará vinculada.*

7) *O Tribunal Constitucional Federal e a Corte Européia de Justiça exercem jurisdição em uma relação cooperativa.*

8) *O Tratado de Maastricht estabelece uma comunidade intergovernamental para criação de uma unidade mais estreita entre os povos da Europa. Cada um desses povos é organizado em um Estado próprio, inexistindo, pois, um Estado da Europa, com seu próprio povo.*

9) a) *O Tratado de Maastricht não confere à União Européia autodeterminação na obtenção de recursos, financeiros ou de qualquer natureza, destinados a atender seus objetivos. É necessário o consentimento dos Estados;*

b) *a ratificação do Tratado não sujeita a República Federativa da Alemanha a um processo incontrolável e imprevisível que conduza inexoravelmente à unificação monetária. O Tratado de Maastricht simplesmente prepara o caminho para a integração gradual da comunidade européia em uma comunidade de leis. Qualquer passo adiante depende do consentimento do Governo Federal, sujeito à deliberação do Parlamento (apud BARROSO, 1996, p. 26-27).*

Por meio dessa decisão (relevante não apenas pelo prestígio intelectual do constitucionalismo alemão, mas também pelo próprio papel da Alemanha dentro da Europa, desde o “Plano Schuman”), o Tribunal Constitucional Federal manifesta que os Estados-membros da União Européia continuam a ter personalidade própria e, ao menos até o momento, ainda são os “donos do Tratado”, na feliz expressão de J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 205).

Objetivando a crescente e contínua integração entre as nações da Europa, rumo à união econômica e política, o perfil institucional concedido à recém-criada

União Européia pelo Tratado de Maastricht se sustentou em três pilares distintos. Dessa forma, a União fundou-se, desde o princípio, nas Comunidades Européias (primeiro pilar), completadas pelas demais políticas comuns e formas de cooperação instituídas pelo referido Tratado (dois outros pilares).

O primeiro pilar é baseado na supranacionalidade e, como já foi salientado, reúne as três Comunidades Européias (que continuam a existir) – a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA), a Comunidade Européia de Energia Atômica (CEEa) e a Comunidade Econômica Européia (CEE), que passou a ser denominada apenas de Comunidade Européia (CE) por determinação do Tratado de Maastricht.

Sobre essa mudança de nomenclatura, anota Borchardt (1995, p. 59) que ela teve uma conotação muito mais que meramente estilística. Veja-se:

“Em Maastricht, os chefes de Estado e de Governo riscaram a palavra ‘econômica’ do nome do Tratado. Esta pequena alteração simboliza que se pretende que a CE [Comunidade Européia] evolua de uma comunidade econômica para uma união política. Mas esta nova denominação nada altera a existência das três comunidades parciais (CECA, CEEa, CE), uma vez que não foi consagrada a unificação formal das três comunidades.”

Entre as reformas instituídas pelo Tratado de Maastricht, na esfera estritamente comunitária da União Européia (o primeiro pilar), destacam-se a adoção de uma política monetária e cambial unificada (conhecida como “União Econômica e Monetária” ou UEM), a criação de uma cidadania comunitária e a institucionalização de um Tribunal de Contas. De um modo geral, Maastricht consolidou um sistema decisório “quase-estatal”<sup>10</sup> na União Européia, em que as próprias

instituições comunitárias preparam, aplicam e controlam as decisões políticas necessárias para a progressiva união econômico-monetária, que culminou com a introdução do “euro”, a moeda única, a partir de 1º de janeiro de 1999<sup>11</sup>.

Atualmente, além de diversos outros órgãos, são instituições comuns às três Comunidades Européias (Primeiro Pilar da União Européia):

- O Parlamento Europeu, órgão com funções essencialmente ligadas ao controle das políticas públicas, sediado em Estrasburgo e eleito por sufrágio universal direto, desde 1979. Partilha, ao lado do Conselho e da Comissão, o Poder Legislativo da União Européia.

- O Conselho da União Européia (antes Conselho de Ministros), com sede em Bruxelas, que representa cada um dos quinze Estados-membros, em nível ministerial. Sua função primordial é a coordenação das políticas econômicas gerais dos Estados-membros.

- O Conselho Europeu, que também representa os Estados-membros só que através de Chefes de Estado e de Governo. Reúne-se, ao menos duas vezes por ano, com o objetivo de determinar as grandes linhas políticas da União Européia.

- A Comissão Européia, o órgão executivo por excelência, com competências de iniciativa legislativa e cujos membros atuam com independência em relação aos respectivos governos e apenas no interesse da União Européia. É a Comissão, ao encarnar o interesse supranacional, que representa a União Européia.

- O Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância, ambos sediados em Luxemburgo, a quem incumbe garantir o respeito na interpretação e aplicação do Direito Comunitário.

- O Tribunal de Contas, cuja função é a de controlar a legalidade e a legitimidade da gestão financeira da União.

O segundo e o terceiro pilares sobre os quais se fundamenta a União Européia, por ainda despertarem algumas arraigadas paixões nacionais, baseiam-se no método da cooperação interestatal e dizem respeito aos domínios da “política externa e segurança comum” (segundo pilar) e da “política da justiça e dos assuntos internos” (terceiro pilar). Por estarem, tradicionalmente, vinculados à noção de soberania, todos os processos decisórios nessas matérias ainda têm de resultar da unanimidade entre os Estados-membros, embora a União Européia pretenda, gradualmente, adotar a execução de decisões comunitárias.

Por meio do seu segundo pilar (“política externa e segurança comum”), a União pretende estabelecer uma cooperação política sistemática entre os países membros, com eventual adoção de ações comuns nessas áreas<sup>12</sup>. A União, ressalte-se, não detém competência para impor uma política exterior européia, substitutiva das políticas nacionais. As linhas mestras da política externa comum são, na verdade, definidas pelo Conselho Europeu, mediante deliberações por unanimidade (BORCHARDT, 1995, p. 61).

O terceiro pilar da União Européia (“política da justiça e dos assuntos internos”) também está atualmente embasado na cooperação interestatal, devendo evoluir, no futuro, para uma esfera comum. Diz respeito esse pilar a questões como concessão de asilos e política de imigração frente a terceiros países, criminalidade transnacional, extradição, investigação policial, nacionalidade, entre outras matérias.

Em 1994, já sob a égide do Tratado de Maastricht, iniciou-se o quarto processo de ampliação do espaço comunitário europeu, concluído – com êxito – com a adesão da Áustria, Finlândia e Suécia, a partir de 1º de janeiro de 1995. A “Europa dos Quinze”

é a conformação atual da União Européia, em que figuram Bélgica, Alemanha, França, Itália, Luxemburgo, Holanda, Dinamarca, Irlanda, Reino Unido, Grécia, Portugal, Espanha, Áustria, Finlândia e Suécia.

Entre as importantes disposições do Tratado de Maastricht, merece destaque a do seu então art. N.2<sup>13</sup>, que previa a realização de uma conferência de representantes dos Estados-membros em 1996, para avaliação e possível modificação do Tratado da União Européia. Dando cumprimento àquela norma, foi realizada, entre 29 de março de 1996 e 18 de junho de 1997, a Conferência Intergovernamental (CIG) que resultou na assinatura, em 2 de outubro de 1997, do Tratado de Amsterdam, instituidor de uma grande reforma nos textos “constitucionais” em que se funda a União (Tratado da União Européia e Tratado da Comunidade Européia).

Em linhas gerais, o Tratado de Amsterdam, em vigor desde 1º de maio de 1999, apresenta quatro grandes objetivos:

I. *Colocar o emprego e os direitos dos cidadãos no centro das atenções da União Européia* – Acompanhando as preocupações econômicas internacionais, o novo tratado insere, entre os objetivos da União, a manutenção de um elevado nível de emprego. Para tanto, prevê mecanismos de colaboração permanente entre a Comunidade e seus Estados-membros para a política de emprego, para a igualdade entre os trabalhadores e para a preservação da salubridade e da segurança no ambiente laboral.

II. *Suprimir os últimos entraves à livre circulação de pessoas e reforçar a segurança no espaço comunitário* – Reconhece o tratado que, para a livre circulação tornar-se uma realidade dentro da Comunidade, é preciso garantir a integridade e a segurança de todos os cidadãos contra o crime organizado, a xenofobia, o tráfico de entorpecentes, a corrupção e o terrorismo. Assim, entre outras medidas, ele consagra vários de seus artigos à cooperação entre os serviços

policiais e judiciais dos Estados-membros, além de garantir medidas a serem tomadas pela União, em caso de violação grave e persistente de direitos fundamentais por parte de um Estado-membro.

III. *Conceder à União a possibilidade de ter voz própria nas questões internacionais* – O Tratado de Amsterdam dá os primeiros passos para a “comunitarização” do segundo e do terceiro pilares em que se baseia a União Européia (“política externa e segurança comum” e “cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos”), substituindo o tradicional mecanismo do consenso por formas decisórias menos rígidas em alguns aspectos restritos (fronteiras externas, imigração, cooperação judicial, missões humanitárias, etc.).

IV. *Tornar mais eficiente a arquitetura institucional da União* – Pelo Tratado de Amsterdam, foram introduzidas algumas alterações institucionais que visaram dar mais celeridade e eficácia aos processos decisórios comunitários, notadamente àqueles referentes ao Parlamento, à Comissão e ao Tribunal de Justiça. Além disso, o novo tratado trouxe a lume um trabalho de simplificação de todos os textos fundamentais da União, mediante uma consolidação de fácil manuseio.

Com efeito, por meio do Tratado de Amsterdam, procurou-se dar solução a duas das mais renitentes críticas ao Tratado de Maastricht, nomeadamente a de que ele apresenta um déficit democrático<sup>14</sup> e tem uma redação pouco clara e de difícil sistematização<sup>15</sup>. Mas o resultado obtido nas Conferências Intergovernamentais que originaram esse Tratado, embora tenha avançado bastante, ainda esteve longe de ser satisfatório.

Como forma de dar um tratamento mais lógico, transparente e sistêmico à estrutura jurídico-institucional da União Européia, o Parlamento Europeu vem, desde meados de 1989, acalentando a idéia de redigir uma Constituição Européia. Nesse sentido, já há, até mesmo, um anteprojeto pronto, de

autoria do professor espanhol Marcelino Oreja, aprovado pelo Parlamento Europeu, por meio da Resolução A3-0064/94 PE, de 10 de fevereiro de 1994.

Não se pode finalizar estas breves anotações sem mencionar que, em 31 de março de 1998, os quinze Estados-membros da União Européia deram início às negociações bilaterais sobre as condições de adesão com mais seis países candidatos ao ingresso na Comunidade, a saber: Chipre, República Checa, Estônia, Hungria, Polônia e Eslovênia. Há ainda cinco outros países que também apresentaram os respectivos pedidos de adesão – Bulgária, Letônia, Lituânia, Romênia e Eslováquia –, mas, cujas negociações só serão iniciadas tão logo sejam considerados suficientes os resultados das reformas que empreenderam. Em 26 de março 1999, durante o Conselho Europeu extraordinário de Berlin, os Chefes de Estado e de Governo dos quinze Estados-membros fecharam inúmeros acordos (consolidados sob o nome de “Agenda 2000”) que permitirão abrir caminho ao alargamento da União Européia a um primeiro grupo de países da Europa Central e Oriental.

#### Notas

<sup>1</sup> Agraciado com o Prêmio Nobel da Paz em 1926.

<sup>2</sup> A Sociedade das Nações foi um organismo internacional criado em 1920 pelos Estados signatários do Tratado de Versalhes, com o propósito de desenvolver a cooperação e garantir a paz. Em 1946, foi substituída pela Organização das Nações Unidas (ONU).

<sup>3</sup> CHURCHILL, Winston. *The tragedy of Europe*. Discurso proferido em 19/9/46, na Zurich University. Internet ([www.winstonchurchill.org](http://www.winstonchurchill.org)) capturado em 10/2/99.

<sup>4</sup> O Professor Vamireh Chacon (1995, p. 16) destaca que Monnet, um economista ligado à política, provinha de uma família de comerciantes de vinho e conhaque muito apreciados na Inglaterra e nos Estados Unidos. Com a família de hábeis exportadores, aprendeu, na prática, as regras do mercado europeu (concorrentes) e americano (consumidores), o que lhe valeu um extraordinário realismo na sua luta em favor da unidade européia.

<sup>5</sup> Apud MIRALLES SANGRO, Pedro-Pablo. *La formación de la Unión Europea*. In: LINDE PANIAGUA et al., 1995, p. 28 (tradução nossa).

<sup>6</sup> Id., *ibid.*, p. 30-31 (tradução nossa).

<sup>7</sup> A década de 80, em razão de *Perestroika*, do avanço das conversações entre EUA e URSS e da relativa tranquilidade econômica internacional, sinalizou um dos momentos de maior confiança no processo europeu de integração.

<sup>8</sup> MIRALLES SANGRO, *op. cit.*, p. 63-64.

<sup>9</sup> Os r<sup>os</sup> 2 e 3 do art. 79 da Lei Fundamental dizem respeito a quórum especial para reforma constitucional (dois terços) e cláusulas pétreas (pacto federativo e direitos fundamentais), respectivamente.

<sup>10</sup> WESSELS, Wolfgang. *Evolución de la Comunidad Europea/Unión Europea*. In: OREJA, 1994, p. 99.

<sup>11</sup> Em 2 de maio de 1998, o Conselho Europeu decidiu que onze países membros constituiriam inicialmente a zona do euro (*Euroland*), a partir de 1º de janeiro de 1999: Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Finlândia, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos e Portugal. Cumpre ressaltar que a trajetória européia para a moeda única tem um dos seus principais marcos na criação do Sistema Monetário Europeu (SME), no Conselho Europeu de Bruxelas, em 1978. Como pedra angular daquele sistema, tem-se a instituição do ECU (*European Currency Unit*), uma unidade contábil que traduzia a relação entre o dólar e as moedas européias e que passou a ser utilizada desde então como referência para o planejamento orçamentário das Comunidades e o recolhimento de direitos aduaneiros.

<sup>12</sup> Com justa razão, afirma Sánchez Ruiz (1998, p. 86-87) que é certamente no âmbito desse segundo pilar que a União Européia parece mais distante de uma possível conformação estatal. Ao permitir que os seus membros conservem subjetividade internacional e políticas exterior e de defesa próprias, a União Européia repele as formas tradicionais de federalismo, cuja marca característica é a centralização nos domínios das relações exteriores e da defesa.

<sup>13</sup> “Uma conferência de representantes dos governos dos Estados-membros será convocada em 1996 para examinar, conforme os objetivos enunciados nos artigos A e B das disposições comuns, as disposições do presente tratado para as quais se previu uma revisão” (*apud* BERENBOOM & ZYLBERSTEIN, 1992, p. 296, tradução nossa).

<sup>14</sup> “Poderes sujeitos a mecanismos de decisão parlamentar ao nível Estadual são transferidos para a União Européia onde o processo de decisão, dominado pelos governos, é menos representativo e transparente” (MADURO, 1999, p. 5).

<sup>15</sup> “Maastricht foi o ponto extremo da complexidade de um sistema só compreensível pelos especialistas e opaco para a maioria dos europeus. A técnica de acumulação de instrumentos internacionais sucessivos, a ampliação de competências por decisões

casuísticas (sob o amparo do art. 235), a definição paulatina do alcance da integração pelo ‘Case Law’ das sentenças do Tribunal de Justiça, a superposição de diferentes regimes, a formação de procedimentos cada vez mais singulares, tudo isso já não é aceitável.” (OREJA, Marcelino. *Estado actual del proceso de construcción europea: europa y el mundo en 1993*. In: OREJA, 1994, p. 24-25, tradução nossa).

## Bibliografía

- ABELLÁN, Victoria, VILÀ, Blanca (dirección). *Lecciones de derecho comunitario europeo*. Barcelona : Ariel, 1995.
- BAGELLA, Michele. A experiência da CEE na integração econômica e jurídica. In: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). *Direito e integração: experiência latino-americana e européia*. Brasília : UnB, 1981. p. 97-117.
- BARBOSA, Renato de Medeiros. A utopia do parlamento europeu. *Seqüência*. Florianópolis, a. I, n.1, primeiro semestre de 1980. p. 37-44.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- BEREMBOOM, Alain, ZYLBERSTEIN, Jean-Claude. *Traité de Maastricht: Mode d'Emploi*. Paris : [s.n.], édition 10/18, 1992.
- BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O ABC do Direito Comunitário*. Luxemburgo : serviço das publicações oficiais das comunidades européias, 1994.
- \_\_\_\_\_. *A unificação européia: as origens e o desenvolvimento da união européia*. Luxemburgo : serviço das publicações oficiais das comunidades Européias, 1995.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra : Almedina, 1998.
- CARTOU, Louis. *L'Union Européenne: traités de Paris – Rome – Maastricht*. Paris : Dalloz, 1996.
- CHACON, Vamireh. *A unificação da europa*. São Paulo : Scipione, 1995.
- FONSECA, José Roberto Franco da. *A função jurisdicional na União Européia na sua primeira fase: estudo de casos*. São Paulo : Instituto de Direito Internacional e Relações Internacionais/Departamento de Direito Internacional da Universidade de São Paulo, 1997.
- FORTE, Umberto. *União Européia : direito das comunidades européias e harmonização fiscal*. São Paulo : Malheiros, 1994.
- FRANCO, Francesco. Introdução sobre a Comunidade Econômica Européia. *Revista da OAB*. [s.l. : s.n.], v. 20, n. 55, p. 141-153, set./dez. 1991.
- KUNZLER, Jacob Paulo, MACIEL, João Carlos. *O Mercosul e o mercado internacional*. Porto Alegre : Ortiz, 1995.

- LINDE PANIAGUA, Enrique et al. *Derecho de la Union Europea I: antecedentes, instituciones, fuentes y jurisdicción*. Madrid : Marcial Pons, 1995.
- MADURO, Miguel Poiars. *A crise existencial da Constituição Européia*. Working Paper 2/99. Lisboa : Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 1999.
- OREJA, Marcelino (dirección). *La Constitución Europea*. Madrid : Actas, 1994.
- ROCHÈRE, Jacqueline Dutheil de la. *Introduction au Droit de l'Union Européenne*. Paris : Hachette, 1995.
- SÁNCHEZ RUIZ, Ana Isabel. *Federalismo e integración europea*. Basauri (Bizkaia) : Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

# O sentido e o alcance do princípio da igualdade como meio de controle da constitucionalidade das normas jurídicas na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil

Cláudio Petrini Belmonte

## Sumário

1. Introdução. Exposição do trabalho. 2. O princípio constitucional da igualdade em Portugal e no Brasil. 2.1. Breve nota histórica sobre os direitos fundamentais e o princípio da igualdade. 2.2. Conceito de igualdade. 2.3 O princípio da igualdade nos direitos positivos de Portugal e Brasil. 2. 4. O princípio da igualdade nas doutrinas de Portugal e Brasil. 3. Aplicação prática do princípio da igualdade. Análise de acórdãos. 3.1. Introdução. 3.2. Análise dos acórdãos. 4. Conclusão.

### *1. Introdução. Exposição do trabalho*

O presente estudo tem por escopo magno a análise de manifestações dos tribunais “guardiães da Constituição”<sup>1</sup> nos ordenamentos jurídicos de Portugal e Brasil – Tribunal Constitucional e Supremo Tribunal Federal, respectivamente –, acerca do princípio da igualdade no controle da constitucionalidade de normas jurídicas.

Destarte, foram destacados alguns acórdãos proferidos por esses tribunais para serem ora analisados, selecionados de modo a obter uma abordagem variada da matéria, sem a pretensão de exauri-la, haja vista a inesgotável diversidade de situações do cotidiano que podem dar azo, direta ou indiretamente, à violação do princípio constitucional em questão, o que é comprovado pela vasta jurisprudência existente.

Foi enfatizada a jurisprudência do Tribunal de Portugal pelo fato de o autor ser

Cláudio Petrini Belmonte é advogado e mes-  
trando em Ciências Jurídico-Civilísticas.

aluno de curso de Mestrado junto a uma universidade portuguesa, contudo, devido a sua nacionalidade, não se pôde deixar de fazer menção, ainda que perfunctória, a algumas decisões do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

Antes de partirmos diretamente à análise jurisprudencial, *mister* tecermos algumas breves considerações doutrinárias sobre o princípio da igualdade, a fim de possibilitar melhores compreensão e aproveitamento daquela e, bem assim, ao fim e ao cabo, verificar-se se tais Cortes ratificam na prática o que é asseverado pela doutrina.

## 2. O princípio constitucional da igualdade em Portugal e no Brasil

### 2.1. Breve nota histórica sobre os direitos fundamentais e o princípio da igualdade

Os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão (direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei) encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), segundo a qual a finalidade precípua do Estado consiste na realização da efetiva liberdade do indivíduo. As revoluções políticas do final do século XVIII marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas do mundo ocidental.

Assim, os direitos fundamentais, no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, destarte, apresentados como direitos de cunho *negativo*, pois dirigidos a uma abstenção e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, nesse sentido, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado<sup>2</sup>.

Os direitos fundamentais passaram a ser considerados *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático. E mais, esses direitos passaram a espriar sua abrangência para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual – elementos da ordem jurídica objetiva –, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico<sup>3</sup>. O professor Gomes Canotilho refere que “o fundamento de validade da constituição (= legitimidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da coletividade, da sua bondade intrínseca”. Podemos dizer que é nesse contexto que os direitos fundamentais, entre os quais o da igualdade, são considerados atualmente. Com efeito, o vulto valorativo dos direitos fundamentais constitui noção intimamente agregada à compreensão de suas funções e relevâncias num Estado Democrático de Direito que efetivamente mereça ostentar esse título<sup>4</sup>.

No tocante especificamente ao princípio da igualdade, sabe-se que não é recente a atenção despendida por filósofos, políticos e juristas acerca de noções de igualdade. Esse tema já pautava discussões desde o tempo dos primeiros filósofos gregos, obviamente que com as características contextuais pertinentes a cada época<sup>5</sup> – vide Platão, “Diálogos. A República”, tradução de Leonel Vallandro, Rio de Janeiro, Ediouro Publicações, 1996, 24. ed.

A noção de igualdade aparece inicialmente na história do pensamento jurídico-político ocidental como norma de justiça. É com o constitucionalismo moderno que se torna, ao lado da legalidade, princípio estruturante da ordem jurídica, abarcando as idéias de *igualdade perante a lei* e *igualdade na lei*.

A idéia de que *todos* os homens são iguais independentemente de sua origem étnica, posição social, idade, etc. – pedra angular da ética cristã – só recebeu formulação concreta, em termos jurídico-políticos, na era das grandes revoluções liberais,

mais precisamente com o “*Virginia Bill of Rights*”, de 12 de junho de 1776, e, ainda assim, não se tratava de igualdade política plena, pois não se reconhecia direito de sufrágio às mulheres e trabalhadores, evidenciando que *todos* eram apenas alguns: os burgueses proprietários, pais de família. Em seguida, a igualdade dos homens foi também levada em consideração nas Constituições de Massachussets (2 de março de 1780) e na francesa de 1791.

Hodiernamente, o princípio da igualdade perante a lei é reconhecido como um valor fundamental nas Constituições de diferentes países, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, estas, as duas mais importantes declarações de direitos.

Como visto, o princípio da igualdade tem seu sentido e alcance relacionado com o respectivo contexto histórico. Nesse sentido, importa mencionar a lição de Castanheira Neves, na qual refere que tal princípio

“é um daqueles que, pela densa carga ideológica e axiológica que lhes vai imanente, não permanecem inalterados no seu sentido autêntico ao longo do tempo, apesar da constância das fórmulas, e antes terão de ser sempre compreendidos no contexto histórico e social em que se proclamam”<sup>6</sup>.

## 2.2. Conceito de igualdade

Igualdade significa a possibilidade de comparação entre dois ou mais objetos, de modo a fazer sobressair elementos que lhes sejam comuns<sup>7</sup>.

A igualdade é diferente da identidade. Aquela possui como pressuposto lógico fundamental a pluralidade de objetos (tanto podendo referir-se a pessoas, coisas ou situações), e esta tem como pressuposto somente um objeto. Como bem ensina o professor Alves Correia<sup>8</sup>, “um objeto não pode ser simultaneamente igual a si pró-

prio”. Para detectar-se uma igualdade, é imprescindível a comparação entre dois ou mais objetos, de modo a fazer sobressair os elementos que lhes sejam comuns.

Uma questão de suma importância é a escolha do critério de diferenciação (*tertium comparationis*) – antecedente ao ato jurídico de avaliação –, uma vez que é aquele que determina, para o avaliador, quais os pontos de comparação entre os objetos e, após tal cotejo, se os mesmos são ou não iguais e, conseqüentemente, se reclamam ou não um mesmo tratamento jurídico<sup>9</sup>. Na escolha de tal critério, o órgão decisor deve levar em consideração valores objetivos e não-subjetivos, o que significa dizer que deva basear-se no quadro de valores vigentes na sociedade, interpretados objetivamente.

Mister salientar, outrossim, que a igualdade em questão será sempre relativa, nunca absoluta. Isso porque a igualdade pressupõe também necessariamente diferença de objetos; igualdade é sempre a abstração de uma desigualdade existente, sob um determinado ponto de vista. A *igualdade* absoluta seria aquela em que há concordância de todos os pontos (características) dos objetos comparados, além da supressão de toda e qualquer diferença entre eles, fatos que seriam quase absurdos<sup>10</sup>.

## 2.3. O princípio da igualdade nos direitos positivos de Portugal e Brasil

Esse princípio, em sua forma genérica, encontra-se positivado nos artigos 13<sup>o</sup><sup>11</sup> e 5<sup>o</sup>, *caput*, respectivamente, das Leis Fundamentais de Portugal e Brasil.

Desde já, convém destacar três similitudes dos ordenamentos jurídicos em questão: *a)* em ambos o princípio da igualdade consiste num dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais; *b)* os enunciados semânticos dos dispositivos constitucionais condensam hoje uma vasta riqueza de conteúdo; *c)* as enumerações feitas nos mencionados dispositivos constitucionais não são exaustivas<sup>12</sup>.

## 2.4. O princípio da igualdade nas doutrinas de Portugal e Brasil

Na medida em que as Constituições de Portugal e Brasil receberam o princípio da igualdade (criando a figura da igualdade jurídica) da mesma forma, é natural, e efetivamente acontece, que sejam as mesmas as questões abarcadas pela doutrina dos dois países. Assim sendo, em face dessa paridade no tratamento do aludido princípio, continuaremos no mesmo rumo até agora seguido, qual seja, de não analisarmos separadamente as manifestações doutrinárias desses dois países, levando em conta as opiniões de cada doutrinador ora considerado, independente de sua nacionalidade.

A fim de ratificar essa paridade no tratamento do princípio da igualdade, e somente a título de exemplificação, vale dizer que, em ambos os ordenamentos, corroborados pelos respectivos doutrinadores, tem-se que o princípio da igualdade é pertinente a todas as funções estatais: legislação, administração e jurisdição<sup>13</sup>; um outro ponto de encontro é o entendimento de que o princípio da igualdade deve ser considerado tanto na aplicação do direito, quanto na criação do direito.

### 2.4.a. Igualdade perante a lei e igualdade na lei

Nas disposições constitucionais dos dois países em apreço, surge a afirmação “todos são iguais perante a lei”, o que significa, mantida ainda sua significação tradicional, a exigência de igualdade na aplicação da lei (direito). Seria a aplicação igual da lei, independentemente das pessoas envolvidas. A igualdade na aplicação do direito consiste ainda numa das dimensões básicas do princípio da igualdade, assumindo particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais<sup>14</sup>. A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>15</sup> leciona que, ao ser cum-

prida uma lei, todos os abrangidos por ela não de receber tratamento parificado.

Ocorre que esse entendimento *formal* do princípio da igualdade, respaldando apenas uma *igualdade perante a lei*, não é, *de per se*, garantidor de um tratamento justo e adequado aos cidadãos, tendo em conta as diversas situações vislumbradas no cotidiano das pessoas. Ou seja, se o legislador, ao criar a norma legal, o fizer apenas com base num critério *universalista* de igualdade dos cidadãos, como se todos estivessem nas mesmas condições culturais, econômicas, saudáveis, etc., mesmo que no próprio preceito legal não faça nenhuma distinção espontânea, efetiva e faticamente poderá estar desrespeitando o princípio da igualdade, pois é sabido que, na prática, as pessoas não se encontram todas nas mesmas situações e condições.

É certo que para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, por meio da norma jurídica, iguais situações ou resultados jurídicos. Contudo, o princípio da igualdade, reduzido a um postulado de universalização, pouco adianta, uma vez que permitirá discriminações quanto ao conteúdo (por exemplo, discriminações de pessoas de uma determinada raça ou de uma determinada origem étnica).

Mais uma vez merece destaque a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>16</sup>, pois, ao referir o entendimento de Hans Kelsen, espelha com brilhantismo a matéria:

“Com efeito, Kelsen bem demonstrou que a igualdade *perante* a lei não possuiria significação peculiar alguma. O sentido relevante do princípio isonômico está na obrigação da igualdade *na* própria lei, vale dizer, entendida como limite para a lei. Por isso averbou o que segue: ‘Colocar (o problema) da igualdade perante a lei é colocar simplesmente que os órgãos de aplicação do direito não têm o direito de tomar em consideração senão as distinções feitas nas próprias

leis a aplicar, o que se reduz a afirmar simplesmente o princípio da regularidade da aplicação do direito em geral; princípio que é imanente a toda ordem jurídica e o princípio da legalidade da aplicação das leis, que é imanente a todas as leis – em outros termos, o princípio de que as normas devem ser aplicadas conforme as normas” (*Teoria Pura do Direito*, tradução francesa da 2ª edição alemã, por Ch. Einsenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 190).

No mesmo sentido, Castanheira Neves<sup>17</sup> leciona que “a igualdade perante a lei oferecerá uma garantia bem insuficiente se não for acompanhada (ou não tiver também a natureza) de uma igualdade na própria lei, isto é, exigida ao próprio legislador relativamente ao conteúdo da lei”.

Isso não significa a irrelevância ou a incorreção do princípio da igualdade nesse sentido formal, uma vez que, na abrangência total do sentido e alcance desse princípio, é importante. Mas é evidente que merece atenção a questão de diferenciar-se, na prática, quem são os cidadãos iguais e quem são os desiguais, tornando necessária a análise do referido princípio também em sentido material.

Assim, passou-se a buscar uma *igualdade na lei*, impondo também ao legislador, ao criar a norma jurídica, o respeito ao princípio da igualdade. Com efeito, passou-se a exigir do legislador que a lei, ela própria, deva tratar por igual todos os cidadãos, vinculando-o à criação de um direito igual a estes<sup>18</sup>. Em outras palavras, passou-se a buscar uma igualdade *material*, sendo essa no sentido de, se for o caso, reconhecer direitos àqueles que se encontram numa situação de inferioridade (podendo ser devido ao meio, condições de vida ou situação pessoal, por exemplo) para, concreta e efetivamente, transporem essa inferioridade de modo a garantir-lhes uma *igualdade de oportunidades* ou de *chances*. Ou seja, se for o caso, agir discriminadamente.

A igualdade material pode oferecer o critério justificativo da derrogação da igualdade formal. Mas essa derrogação é somente aparente, uma vez que a intervenção do legislador a favor de grupos menos favorecidos regula diversamente situações diversas surgidas em face de um desequilíbrio econômico e social. Como visto, se há discriminações que a igualdade repudia, também existem outras que ela postula. O tratamento díspare fere o princípio da igualdade se as situações são iguais, mas, se diferentes, não é censurável. É o que se chama de *discriminação positiva*, conceito que a jurisprudência tem utilizado freqüentemente<sup>19</sup>.

O professor Alves Correia<sup>20</sup> nos ensina que, “numa fórmula curta, a obrigação da igualdade de tratamento exige que aquilo que é igual seja tratado igualmente, de acordo com o critério da sua igualdade, e aquilo que é desigual seja tratado desigualmente, segundo o critério da sua desigualdade.”

Dáí que o princípio da igualdade é rigidizado (imposto) também ao legislador, vinculando-o à criação de um direito (norma jurídica) que trate por iguais todos os cidadãos.

#### 2.4.b. Conteúdo do princípio da igualdade. Vinculações do legislador. Proibição do arbítrio, da discriminação e obrigação de diferenciação

O conteúdo jurídico-constitucional do princípio da igualdade consiste num tema muito discutido na literatura jurídica hodierna, do que fazem prova as diferentes posições doutrinárias acerca do mesmo. Contudo, parece claro que esse conteúdo tem vindo progressivamente a alargar-se de acordo com os respectivos contextos liberais, democráticos e sociais.

Assim, as considerações que serão tecidas a seguir baseiam-se em nossa convicção pessoal, sabendo-se que não há unanimidade sobre o tema.

O âmbito de proteção do princípio da igualdade na criação do direito (lei) con-

siste na proibição do legislador de agir arbitrariamente, discriminativamente e na obrigação deste atuar quando for necessário.

#### 2.4.b.1. Proibição do arbítrio

O legislador terá agido arbitrariamente quando a lei por ele criada não possuir um fundamento *objetivamente* razoável, quer no que diz respeito à natureza das coisas, quer na falta de justificativa para a diferenciação legal ou para o tratamento igual<sup>21</sup>. É claro que não se exige do legislador que, na disciplina de determinada matéria, ele tenha em conta todas as possíveis e eventuais diferenças fáticas. No entanto, numa perspectiva pautada na idéia de justiça, se as desigualdades fáticas são de tal modo significativas, o legislador deve atendê-las na regulamentação por ele criada.

O princípio da igualdade não proíbe que a norma jurídica estabeleça distinções; proíbe somente o arbítrio. No rumo do que dissemos acima, proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante (sem qualquer justificação razoável), segundo critérios de valor objetivo constitucionalmente relevantes; a norma será arbitrária se não se basear num fundamento sério, se for sem sentido e sem um fim ou se criar diferenciações jurídicas em relação às quais não é evidente um fundamento razoável<sup>22</sup>. Não é permitido, outrossim, que se tratem por iguais situações essencialmente desiguais.

Muitas críticas têm surgido à formulação do princípio da igualdade como proibição do arbítrio. Não aprofundaremos a matéria para não nos distanciarmos por demais do plano proposto ao presente trabalho; contudo, importa referir que tais posicionamentos são uníssonos em criticar a definição do conteúdo do princípio da igualdade por meio da proibição do arbítrio. Entretanto, outra corrente doutrinária aponta contrariamente a tais posicionamentos críticos, esclarecendo que o conceito de arbítrio não define o conteúdo de validade

do princípio da igualdade, apenas expressa e limita a competência do controle judicial – a proibição do arbítrio encerra uma norma de competência e uma delimitação do poder do tribunal<sup>23</sup>.

A nosso sentir, uma situação não exclui necessariamente a outra. A proibição do arbítrio faz parte, junto com a proibição de discriminação e a obrigação de legislar, do conjunto de imposições às quais o legislador resta vinculado, determinantes para a delimitação do conteúdo do princípio da igualdade. Da mesma forma, a proibição do arbítrio também é relevante para a delimitação da competência do tribunal responsável pela verificação da constitucionalidade da norma.

#### 2.4.b.2. Proibição de discriminação

Está relacionada com uma diferenciação *subjetiva* dos cidadãos.

As Constituições de Portugal e do Brasil indicam expressamente um conjunto de fatores de discriminação ilegítimos – aquela, no seu item nº 2, e esta no corpo dos seus incisos. Contudo, tais fatores são apenas os mais frequentes e historicamente os mais significativos elementos fundadores de diferenças de tratamento jurídico, não sendo, pois, exaustivos esses elencos, podendo haver outras situações de igual ilicitude em face de diferenciações de tratamento fundadas em outros motivos, basta que também sejam contrárias à dignidade humana, incompatíveis com o princípio do Estado Democrático de Direito ou simplesmente arbitrárias e impertinentes<sup>24</sup>.

O legislador fere o princípio da igualdade quando proporciona quaisquer diferenciações de tratamento entre os cidadãos baseadas em categorias meramente subjetivas ou em razão dessas categorias. Não se exige uma igualdade absoluta em todas as situações, nem se proíbe diferenciações de tratamento; o que se exige é que as medidas de diferenciação sejam materialmente fundadas sob o ponto de vista da segurança jurídica, da proporcionalidade, da

justiça, da solidariedade e não se baseiem em qualquer motivo constitucionalmente impróprio.

Mesmo sendo mais detalhadamente analisado no item seguinte, por ser pertinente também a este, convém salientar que nem sempre as diferenciações de tratamento ferem o princípio da igualdade; são legítimas *a)* quando se baseiam numa distinção objetiva de situações; *b)* quando tenham um fim legítimo segundo o ordenamento constitucional positivo; *c)* quando se revelem necessárias, adequadas e proporcionadas à satisfação do seu objetivo<sup>25</sup>.

#### 2.4.b.3. Obrigação de diferenciação

Trata-se de uma concepção “expansionista” da intensidade vinculativa do legislador com relação ao princípio da igualdade material. Consiste numa dimensão jurídico-social do princípio em análise, em que se busca uma “efetiva igualdade de chances para todos, nas condições ou nas possibilidades de realização da personalidade ético-social de cada um”<sup>26</sup>. Nessa corrente doutrinária, acompanhada também pelo professor Gomes Canotilho, reconhece-se uma força vinculativa ao legislador de não somente ter a obrigação de impor tratamento igual às situações fáticas iguais e desigual às desiguais (mera função normativa, na forma já antes mencionada), mas também de efetivamente transformar a situação fática de modo a superar as desigualdades reais existentes entre os cidadãos (sociais, econômicas e culturais), alcançando-se, assim, uma igualdade fática efetiva, que legitime um tratamento igual sob o ponto de vista jurídico (imposição legiferante). Destarte, o princípio da igualdade é tido também como uma imposição constitucional dirigida ao legislador de atuar na criação de uma efetiva igualdade de oportunidades ou de chances entre os cidadãos.

A obrigação em questão tem caráter relativo, ou seja, somente quando o legislador tiver iniciado a concretização da igualdade real e efetiva dos cidadãos é que o

princípio da igualdade adquire uma dimensão impositiva concreta<sup>27</sup> – ou seja, nas situações em que se faz necessária a criação de uma norma que dê efetividade a um princípio já expressamente tutelado. De qualquer forma, trata-se de um dever jurídico-constitucional imposto ao legislador, que, não o cumprindo, legitima a censura da inconstitucionalidade por omissão.

De nossa parte, concordamos com a pertinência de tal imposição legiferante, pois esta faz parte, juntamente com as proibições a que nos referimos anteriormente, na direção das demais considerações já expostas, de um conjunto de posicionamentos em que se busca o que se entende por igualdade num Estado de Direito Social, cuja missão fundamental é realizar a justiça social<sup>28</sup>. Todavia, existe sempre a ressalva de que o legislador não deve extrapolar esse seu dever-poder, no sentido de buscar que *todos sejam iguais*, porque efetivamente não o são. E isso se dá porque em Estados Democráticos de Direito as pessoas, em tese, têm livre arbítrio de optar pelo estilo de vida que preferem (com mais ou menos estudo, mais ou menos esporte, mais ou menos saudável...) e devem assumir tal escolha. O legislador deve atuar na extinção de diferenciações surgidas em face de desigualdades sociais, financeiras, culturais, etc., enquanto originárias de um Estado Social que não atinge adequadamente seus fins; no entanto, quando for o caso das próprias pessoas serem desiguais por sua livre e espontânea vontade, entendemos que nenhum favorecimento destas mesmas deva haver.

Por derradeiro, não se deve olvidar que a efetivação da igualdade social, real ou fática dos cidadãos está intimamente relacionada com o nível de desenvolvimento econômico-social de um país e, mesmo que o legislador atue adequadamente mediante as imposições que lhe cabem, é certo que os cidadãos não possuem uma justiciabilidade imediata, pois, em sendo ineficiente

o sistema econômico e produtivo do respectivo país, por exemplo, não há garantia de justiça social prática e efetiva.

#### 2.4.b.4. Princípio negativo de controle

Mediante a chamada “função negativa de princípio de controle”, perquire-se se o legislador agiu respeitando os limites da sua liberdade conformadora ou constitutiva (discricionariedade legislativa), que se traduz na idéia geral de proibição do arbítrio e da discriminação. Em outras palavras: no caso concreto, o tribunal deverá analisar se essa atitude se revela como discriminatória e/ou arbitrária, por desprovida de fundamento racional ou material, de acordo com a natureza e a situação específica, além dos efeitos visados pelo legislador, cotejados com o conjunto de valores e fins constitucionais.

O conceito de arbítrio é utilizado para expressar o limite do poder e da competência do controle judicial. Ou seja, os tribunais responsáveis pelo controle da constitucionalidade das normas jurídicas (*in casu*, Tribunal Constitucional de Portugal e Supremo Tribunal Federal do Brasil) são competentes para tornar as respectivas Constituições efetivas em face de uma eventual violação intolerável do direito. Contudo, é vedada qualquer redução na liberdade de conformação do legislador ou na sua discricionariedade legislativa. Constitui um critério meramente negativo, com base no qual são censurados apenas os casos de flagrante e intolerável desigualdade. Significa uma autolimitação do poder do juiz, o qual não controla se o legislador, no caso concreto, seguiu a solução mais razoável ou mais adequada (sentido lato); a proibição do arbítrio e da discriminação exprime apenas os casos limite de violação do princípio da igualdade que merecem censura do tribunal. Com isso, busca-se evitar a substituição do legislador pelo tribunal, o que transformaria este último em mais um legislador ou num “superlegislador”.

### 3. Aplicação prática do princípio da igualdade. Análise de acórdãos

#### 3.1. Introdução

Tal como é evidente também em outros países, os Tribunais Constitucionais de Portugal e Brasil têm-se ocupado numerosíssimas vezes de problemas relacionados com o princípio da igualdade. À jurisprudência coube, e cabe, precisar os contornos, fixar o preciso alcance ou valor do princípio da igualdade (no caso específico deste trabalho, como meio a controlar a constitucionalidade das normas jurídicas) no caso concreto<sup>29</sup>.

Devido à impossibilidade de esgotar a matéria em face de sua ampla aplicação prática, optamos por analisar os seguintes arestos não de uma forma sucinta, de modo a fornecer ao leitor, sobretudo brasileiro, o máximo possível de informações, não só no que diz com o tema específico deste trabalho, mas buscando noticiar algumas particularidades do regime jurídico português, tais como a tramitação processual de questões concernentes ao princípio da igualdade, capacidade ativa para pleitear a inconstitucionalidade de determinada norma jurídica, nomenclatura dos tribunais, etc.

#### 3.2. Análise dos acórdãos

##### 3.2.a. Acórdãos do Tribunal Constitucional de Portugal

###### 3.2.a.1. Ac.<sup>30</sup> n.º 263/98 – Proc. n.º 373/95 (DR<sup>31</sup>, II série, n.º 157, p. 9576)

Em sentença proferida pelo Tribunal da Comarca de Felgueiras, foi fixado um montante a ser pago pelo Estado a determinados cidadãos, a título de indenização por expropriação.

Como a entidade expropriante ainda não havia pago o que lhe era exigível, os expropriados intentaram junto ao mesmo Tribunal uma ação de execução de sentença visando à cobrança coercitiva desse mon-

tante, somado com os respectivos juros de mora, à taxa de 15% (sendo invocado o artigo 829º-A, nº 4, do Código Civil).

Foram opostos embargos à execução sustentando-se, em síntese, que o processo de liquidação dos juros não estava correto, pois os mesmos somente deveriam ser contados desde o termo do prazo a que alude o artigo 100º, nº 1, do Código de Expropriações de 1976, ou seja, após o trânsito em julgado do acórdão proferido pelo Tribunal da Relação do Porto (para onde haviam apelado o município de Felgueiras, na condição de diretamente prejudicado pela sentença, e os expropriados, ambos sem sucesso), e mais, para o efeito, deveria ser utilizada a taxa indicada no artigo 86º, nº 2, do mesmo Código.

Ante a improcedência desses embargos, foi interposto recurso ao Tribunal de Relação do Porto, ao qual foi dado parcial provimento, ratificando a decisão no concernente ao início da constituição em mora, sendo os juros devidos apenas após o termo do prazo a que alude o nº 1 do artigo 100º do referido Código de Expropriações.

Tal decisão foi objeto de recurso interposto junto ao Supremo Tribunal de Justiça, invocando-se a inconstitucionalidade da norma do artigo 100º, nº 1, do Código das Expropriações de 1976, na interpretação dada pelo acórdão da Relação do Porto, por violar o artigo 62º, nº 2, da Lei Fundamental. Esta Suprema Corte negou a revista ao recurso dos exequentes.

Com base nesse *decisum*, foi interposto pelos exequentes recurso junto ao colendo Tribunal Constitucional, tendo como objeto a constitucionalidade da norma expressa no aludido artigo do Código de Expropriações, na interpretação de que a indenização por sentença exarada num processo de expropriação litigioso só vence juros após o termo do prazo de 10 dias subsequentes à notificação a que esse mesmo preceito alude. Segundo os recorrentes-exequentes, a mencionada norma, na interpretação exarada pelo Tribunal da Relação do

Porto e pelo Supremo Tribunal de Justiça, infringe vários dispositivos constitucionais, entre eles o princípio da igualdade. Notadamente acerca desse princípio, diziam os recorrentes que um dos seus corolários lógicos é o da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, que foi desrespeitado pela interpretação efetuada por esses Tribunais, fazendo recair unicamente sobre os ombros dos expropriados o encargo de suportar o custo da demora no pagamento da indenização em face da expropriação de seus bens.

Na fundamentação do acórdão, o Tribunal Constitucional menciona que a norma expressa no Código de Expropriações situa-se no núcleo do conceito constitucional de justa indenização por expropriação, condensado no artigo 62º, nº 2, da Lei Fundamental. Esse Tribunal manifestou-se no sentido de que o montante da indenização tem a ver com o conceito de justa indenização e que por esse conceito, em casos de expropriação, entende-se uma indenização total ou integral do sacrifício patrimonial expropriado ou uma compensação plena da perda patrimonial suportada, que respeite o princípio da igualdade, na sua manifestação de igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, não apenas dos expropriados entre si, mas também destes com os não-expropriados. Uma indenização justa (na perspectiva do expropriado) será aquela que, repondo a observância do princípio da igualdade violado com a expropriação, compense plenamente o sacrifício especial suportado pelo expropriado, de tal modo que a perda patrimonial que lhe foi imposta seja equitativamente reparada entre todos os cidadãos.

Disse ainda o Tribunal Constitucional que

“o problema do ressarcimento dos prejuízos suportados pelo expropriado em consequência do atraso do pagamento da indenização por parte da entidade expropriante não apresenta quaisquer especificidades rela-

tivamente às conseqüências jurídicas do não cumprimento pontual de qualquer outra obrigação de conteúdo patrimonial. Não se vê, na realidade, qualquer razão válida para, com fundamento nos princípios constitucionais da justa indenização por expropriação e de igualdade, privilegiar o expropriado no que toca ao eventual atraso na satisfação pontual da indenização relativamente ao regime que, no direito civil, vigora relativamente a qualquer outra pretensão creditória insatisfeita”.

Destarte, o Tribunal entendeu que a norma do artigo 100º, nº 1, do Código de Expropriações de 1976 não viola os artigos constitucionais invocados pelos recorrentes, entre os quais o 13º, nº 1, nem qualquer outra norma ou princípio da Carta Magna.

*3.2.a.2. Ac. nº 1186/96 – Proc. nº 130/95  
(DR, II série, nº 36, p. 1833).*

Determinada professora aposentada de Canto Coral interpôs, junto ao Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa, recurso contencioso de anulação da resolução da Direção dos Serviços de Previdência da Caixa Geral de Depósitos, do dia 27 de julho de 1992, que fixou sua pensão de aposentadoria com base no vencimento do 7º escalão, índice 226, da estrutura de carreira docente instituída pelo Decreto-Lei nº 409/89, de 18 de novembro. Alegou que, com base nos termos do artigo 129º, nº 3, do Decreto-Lei nº 139-A/90, de 28 de abril, deveria ter progredido ao 9º escalão, com dispensa de candidatura, uma vez que havia realizado com sucesso o concurso de habilitação para professora de Canto Coral.

Foi negado provimento a esse recurso, o que ensejou a interposição de um recurso jurisdicional para o Supremo Tribunal Administrativo, invocando a inconstitucionalidade da interpretação dada à norma do artigo 129º, nº 3, do Decreto-Lei nº 139-

A/90, efetuada na decisão recorrida que, por restritiva, teria violado (entre outros dispositivos constitucionais) o estatuído no artigo 13º, nº 2, da Constituição Federal. Novamente, foi negado provimento ao recurso.

Com base nesse último aresto, a recorrente interpôs, então, recurso para o Tribunal Constitucional com fundamento na inconstitucionalidade da interpretação dada pelo acórdão recorrido ao já mencionado dispositivo do Decreto-Lei nº 139-A, notadamente ao referir que a expressão “provas de exame de Estado previstas no Decreto nº 36.508, de 17 de setembro de 1947, e legislação subsequente” constante daquele normativo não abrangia à situação da recorrente (que à mesma não se aplicava a progressão prevista nesse dispositivo), apesar de a mesma ter realizado todos os concursos de habilitação para professores de Canto Coral previstos nos artigos 249º e seguintes deste último decreto mencionado como forma de integração na carreira docente. Interpretação restritiva essa que estaria, entre outras violações constitucionais, estabelecendo tratamentos diferenciados e discriminatórios, em afronta ao disposto no artigo 13º, nº 2, da Carta Magna.

O Tribunal Constitucional entendeu que a interpretação da norma constante no aludido artigo 129º, nº 3, efetuada no aresto atacado, não havia sido restritiva, mas sim declarativa, uma vez que, ao interpretar no sentido de que os concursos de habilitação referidos nos artigos 249º e seguintes do Decreto nº 36.508 não são idênticos aos exames de Estado regulados nos artigos 238º e seguintes deste mesmo diploma, tal como o tinha feito o ato administrativo que foi objeto de impugnação contenciosa, a extrair daquela norma um sentido correspondente à letra e ao espírito da lei, não foi feita qualquer restrição à letra da lei, antes declararam o sentido lingüístico coincidente com o pensar legislativo.

O Tribunal asseverou que a norma do nº 3 do artigo 129º do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, ao referir-se apenas aos exames de Estado previstos no Decreto nº 36.508 para a generalidade dos professores liceais e não aos concursos de habilitação regulados no mesmo diploma e destinados exclusivamente aos professores liceais contratados de Canto Coral e de Liores Femininos, não se apresentava desprovida de fundamentos objetivos, racionais e razoáveis ou de fundamentos materiais bastantes, não sendo, por isso, arbitrária. Na verdade, ela tem como base o diferente grau de exigência dos exames de Estado e dos concursos de habilitação, e o diverso nível de habilitações estabelecido como condição para apresentação a uns e a outros. E, fazendo uso do que já havia sido suscitado no ares-to atacado, referiu que é de longa data a diferenciação estabelecida pelo legislador para professores de Canto Coral e titulares de exame de Estado e que estes foram submetidos, inclusive, a provas muito mais rigorosas e específicas.

Por elucidativo, merece destaque um trecho do acórdão em questão, no qual refere que o princípio da igualdade, no sentido de limite objetivo da discricionariedade legislativa, não veda à lei a realização de distinções, mas, sim, medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, ou seja, desigualdades de tratamento materialmente infundadas, sem qualquer fundamento razoável ou sem qualquer justificação objetiva e racional.

Assim, *in casu*, o Tribunal Constitucional não reconheceu a violação ao princípio da igualdade.

3.2.a.3. Ac. nº 1/97 – Proc. nº 845/96 (DR, I série-A, nº 54, p. 966)

Por meio de pedido de fiscalização abstrata preventiva de constitucionalidade, o excelentíssimo Senhor Presidente da República Portuguesa solicitou fossem analisa-

das as normas constantes no Decreto nº 58/VII, aprovado em 31 de outubro de 1996, mediante o qual buscava-se a criação de vagas adicionais no acesso ao ensino superior.

Segundo o requerente, tal decreto violava vários preceitos constitucionais, entre os quais o princípio da igualdade. Especificamente no que diz com este princípio, tal decreto desrespeitava a igualdade na medida em que criava situações de vantagem e discriminações negativas, e outras não-fundamentadas materialmente, quais sejam: *a*) o decreto alargou o regime destinado à compensação dos estudantes por deficiências ocorridas na 1ª fase (época de julho) a todos os candidatos que se apresentaram aos exames somente em setembro. Assim, teria sido concedida uma vantagem a estes (que, manifestamente, não foram prejudicados por quaisquer irregularidades ocorridas nos exames de julho) em relação àqueles, sem qualquer fundamento para tal benefício; *b*) o decreto teria discriminado negativamente os estudantes que, não tendo sido colocados no curso e estabelecimento de ensino da sua primeira opção na 1ª fase do concurso, não realizaram exames de melhoria de nota em setembro, porque já não havia vagas sobran-tes a que se pudessem candidatar nos cursos e estabelecimento de ensino da sua primeira opção ou porque, embora existindo vagas, não podiam contar com o benefício que o decreto viria criar; *c*) por fim, o regime criado pelo decreto teria gerado uma desigualdade entre os estudantes que garantiram no presente ano letivo o acesso a uma vaga no próximo ano e os estudantes que venham a obter, no concurso do próximo ano, notas superiores e aos quais não seja, no entanto, assegurada a entrada em virtude de o número de vagas ser limitado.

O Tribunal Constitucional reconheceu a violação do princípio da igualdade, declarando que as normas do decreto em questão criaram retroativamente um quadro legal que, se fosse conhecido anterior-

mente, teria modificado a representação das possibilidades de acesso ao ensino superior pelos candidatos à 1ª fase. Destarte, o desrespeito à igualdade foi determinado por uma violação da segurança jurídica que a modificação retroativa das regras de avaliação dos resultados de um concurso público implica.

Alguns pontos da fundamentação desse acórdão merecem especial destaque; um deles é onde o Tribunal salientou a falta de fundamentação razoável para que os candidatos que fizeram os exames da época de setembro fossem beneficiados por um critério de acesso não condicionado pelo número de vagas, mas só pela classificação. Em seguida, reconhece uma discriminação negativa dos candidatos que somente foram opositores à 1ª fase e não vieram a ser colocados no curso e estabelecimento de ensino da sua 1ª opção, referindo que, de acordo com as disposições do decreto, todos os candidatos estariam numa óbvia posição de paridade se as regras de colocação houvessem sido previamente definidas. Contudo, a circunstância de as regras de colocação na 2ª fase terem sido determinadas já depois de os candidatos terem realizado as respectivas provas e, sobretudo, terem manifestado as suas preferências por cursos e estabelecimentos de ensino é que gerou, potencialmente, um tratamento discriminatório dos candidatos que não concorreram à 2ª fase e até mesmo daqueles que, tendo-o feito, não escolheram os cursos e estabelecimentos de ensino que, em absoluto, preferiam por saberem que não tinham sobrado vagas da 1ª fase. Esses candidatos foram surpreendidos por uma mudança de regras superveniente.

Por derradeiro, merece destaque a passagem em que o Tribunal analisa se a discriminação negativa dos candidatos à 1ª fase que não foram opositores da 2ª fase do concurso seria ou não uma discriminação lesiva da igualdade, haja vista que poder-se-ia entender que o benefício de uns

(se não justificado) não significaria necessariamente o prejuízo de outros, mas corresponderia somente a um não-benefício. No entanto, esse entendimento não era aplicável ao caso concreto, uma vez que as normas em apreço redundavam numa efetiva diminuição das possibilidades de acesso ao ensino superior daqueles que, segundo as suas expectativas razoáveis, não teriam nada a ganhar com a candidatura à 2ª fase. O fato de os estudantes que se candidataram à 1ª fase (e não foram colocados no curso e estabelecimento da sua 1ª opção) não poderem prever as possibilidades de colocação em cursos e estabelecimentos de ensino sem vagas ou com um número exíguo de vagas sobrantes, qualquer que fosse a classificação obtida na 2ª fase (possibilidades que, todavia, passaram a existir retroativamente, no sistema do decreto nº 58/VII), corresponde a uma comparativa subtração de possibilidades de acesso a um grupo de candidatos, precisamente aqueles que, segundo o Tribunal, justificar-se-ia beneficiar.

*3.2.a.4. Ac. nº 646/96 – Proc. nº 201/95  
(BMJ<sup>B2</sup>, nº 457, p. 74)*

Em 1981, a Caixa Geral de Depósitos<sup>33</sup> deu início a uma execução fiscal contra alguns particulares, por meio da qual houve a penhora de bens móveis e imóveis. Durante a execução, apresentaram-se outras entidades públicas reclamando créditos que seriam devidos pelos executados e, bem assim, pugnando pelos bens penhorados.

A Caixa Geral de Depósitos interpôs recurso para o Tribunal Tributário de 2ª instância, da decisão que graduou os créditos na execução, por entender que os créditos reclamados por essas instituições públicas sobre uma das partes executadas, pessoa jurídica, não deveriam ser graduados com base em bens penhorados de outro executado, pessoa física.

Por despacho do juiz do 1º Juízo do Tribunal Tributário de 1ª instância de Lisboa,

esse recurso não foi admitido com fundamento na intempestividade da sua interposição, haja vista que, com a entrada em vigor do Código de Processo Tributário, foi revogado o artigo 5º do Decreto-Lei nº 32.276, de 24 de novembro de 1943, diploma em que a Caixa havia-se baseado para considerar tempestiva a interposição do seu recurso.

Contudo, por meio de decisão proferida pelo presidente do Tribunal Tributário de 2ª instância, foi revogado o despacho de não-admissão do recurso. Nessa decisão, considerou-se que estava em vigor a norma do artigo 5º do Decreto-Lei nº 33.276.

Em acórdão proferido em 17 de maio de 1994, o Tribunal de 2ª instância negou provimento ao recurso e confirmou a decisão que não havia admitido a interposição do mesmo, reconhecendo sua intempestividade. Tal *decisum* reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 5º do Decreto-Lei nº 33.276, sob o fundamento que a questão se resumia a um alargamento do prazo concedido à Caixa Geral de Depósitos para atacar a sentença de verificação e graduação de créditos, já que estará em tempo de atacar tal sentença se o recurso der entrada no Tribunal no 8º dia após se considerar notificada da conta de liquidação. O Tribunal não encontrou fundamento material válido para tal diferenciação de tratamento, asseverando que se tratava de uma distinção de tratamento injustificada e, por isso mesmo, irrazoável e arbitrária, com desrespeito ao princípio da igualdade. Tal decisão deu azo à interposição de recurso junto ao Tribunal Constitucional, em que a Caixa Geral de Depósitos sustentou a vigência e a não-inconstitucionalidade da norma desaplicada.

Primeiramente, o Tribunal Constitucional asseverou que o artigo 5º do Decreto-Lei nº 32.276, de 24 de novembro de 1943, foi expressamente mantido em vigor pelo artigo 18º, nº 1, do Decreto-Lei nº 693/70, de 31 de dezembro, e que, à data

em que foi admitido o recurso para o Tribunal Tributário de 2ª instância, ainda não havia sido publicado o Decreto-Lei nº 287/93, de 20 de agosto, que transformou a Caixa Geral de Depósitos, Crédito e Previdência em sociedade anônima de capitais exclusivamente públicos – diploma esse que revogou, de um modo geral, a legislação privativa da instituição, nomeadamente o Decreto-Lei nº 693/70.

Em seguida, esse Tribunal salientou que a Caixa Geral de Depósitos, irresignada com a sentença de verificação e graduação de créditos proferida em apenso à execução fiscal por ela movida, ao invés de interpor o recurso no prazo normal de oito dias a contar da notificação prévia da sentença, pretendeu fazê-lo em prazo subsequente, qual seja, contado a partir apenas da notificação àquela entidade de conta de liquidação, para tanto utilizando o privilégio concedido por legislação editada apenas para a, no caso, exequente<sup>34</sup> – foi notificada da sentença em 12 de novembro de 1991 e interpôs o recurso apenas em 9 de janeiro do ano subsequente.

Restou evidente que, no caso em análise, verificava-se uma norma que, quanto à Caixa Geral de Depósito, inibia o normal trânsito em julgado da sentença de verificação e graduação de créditos, permitindo a esta ainda impugná-la em prazo contado da notificação do ato da secretaria que lhe dá execução, sendo certo que as restantes partes na ação executiva apenas podem reagir contra tal decisão nos termos gerais e, portanto, em prazo contado da respectiva prolação e notificação. O Tribunal posicionou-se no sentido de que tal ampliação de prazo era carecedora de fundamento material bastante, não podendo justificar-se em função da natureza daquela instituição ou da especificidade das funções que lhe estavam cometidas, julgando, então, inconstitucional a norma do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 32.276, de 24 de novembro de 1943.

Merece transcrição uma passagem desse acórdão, uma vez que reflete o posicionamento do Tribunal manifesto também em outros arestos:

“os princípios da igualdade das partes e do contraditório possuem dignidade constitucional, por derivarem, em última instância, do Estado de direito (...). Por outro lado, aqueles princípios processuais constituem diretas emanações do princípio da igualdade. Assim, a sua hipotética violação consubstancia, naturalmente, uma inconstitucionalidade material por violação dos artigos 2º e 13º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa.”

Por fim, mister salientar que o Tribunal Constitucional tem admitido que a Caixa Geral de Depósito manteve até 1993 a natureza de instituto público, o que pode justificar, até essa data, a manutenção de certos regimes especiais. Atualmente, e no caso específico, não havia qualquer fundamento racional na legislação especial que conferisse privilégios à Caixa Geral de Depósitos a ponto de destruir o necessário equilíbrio na execução fiscal proveniente do princípio da igualdade, na sua vertente igualdade processual das partes.

*3.2.a.5. Ac. nº 452/95 – Proc. nº 417/91  
(DR, II série, nº 269, p. 13.897)*

O Provedor de Justiça requereu ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes nos artigos 1º a 11º do Decreto-Lei nº 332/91, de 6 de setembro, e, bem assim, de todas as normas revogadas pelo artigo 12º do mesmo diploma legal. Ou seja, o pedido de declaração de inconstitucionalidade em questão tinha como objetivo primário as normas constantes do Decreto-Lei nº 332/91 (norma que reformula os critérios e o processo de cálculo das indenizações a atribuir aos titulares de ações ou partes de capital de empresas nacionalizadas) e,

como objetivo secundário, as normas revogadas pelo artigo 12º desse Decreto-Lei (normas essas cuja conformidade com a Constituição seria apenas analisada pelo Tribunal Constitucional se se concluísse pela inconstitucionalidade das constantes no referido Decreto-Lei).

No caso presente, a relevância do princípio da igualdade está relacionada com o cálculo do montante da indenização a atribuir aos titulares de ações ou partes de capital de empresas nacionalizadas, notadamente com os artigos 1º a 7º do Decreto-Lei nº 332/91.

Na fundamentação do acórdão, o Tribunal distingue casos de indenização por expropriação dos casos de indenização por nacionalização. Nesse sentido, refere que em ambos os casos se busca a justiça na indenização, que, para efeitos de expropriação, é mais exigente, impondo-se uma indenização total ou integral do dano suportado pelo particular, e, no que tange à nacionalização, menos exigente, que se basta com uma indenização razoável ou aceitável dos prejuízos infligidos ao proprietário dos bens nacionalizados.

O Tribunal Constitucional declarou que as normas constantes nos artigos 1º a 7º do Decreto nº 332/91 não infringem a Constituição Federal (da mesma forma que os demais dispositivos legais suscitados, motivo pelo qual não foi tomado conhecimento do pedido de declaração de inconstitucionalidade das normas revogadas pelo artigo 12º do mesmo Decreto-Lei). Isso porque os três critérios estabelecidos nos artigos em questão – *a)* valor do patrimônio líquido da empresa; *b)* valor das cotações a que as respectivas ações hajam sido efetivamente transacionadas na Bolsa de Valores de Lisboa; e *c)* valor da efetiva rentabilidade da empresa – foram reconhecidos como respeitantes aos princípios constitucionais tutelados, referindo, especificamente, que não violam o já mencionado direito à indenização na forma manifestada na Carta Magna. Essa colen-

da Corte asseverou que tais critérios não são arbitrários, mas têm virtualidades de levarem, na normalidade das situações, a uma indenização razoável ou a uma compensação adequada, tal qual é exigido. Especificamente acerca do primeiro critério – *valor do patrimônio líquido da empresa* –, consta que é habitualmente utilizado em situações em que seja necessário determinar o valor de cotas de sociedade, quer nos casos de liquidação de cotas por morte, exoneração ou exclusão de um sócio, quer nos casos de determinação da contrapartida da aquisição da cota de um sócio que tenha votado contra a fusão da sociedade e que, por isso, tenha o direito de se exonerar, quer, ainda, nas hipóteses de amortização de cotas. Por fim, mister salientar que o Tribunal dispendeu consideração específica ao segundo critério apontado – *valor das cotações a que as respectivas ações hajam sido efetivamente transacionadas na Bolsa de Valores de Lisboa* –, aduzindo que tem um coeficiente de ponderação de apenas 20% e que se apura tomando por base um período de tempo relativamente longo (últimos cinco anos anteriores a 1975), mas, ainda assim, tal critério também é aceitável haja vista que, como já salientado, no âmbito da nacionalização, basta uma indenização razoável ou aceitável, isto é, que seja proporcionada à perda dos bens nacionalizados, que cumpra as exigências de justiça, na sua refração na matéria em causa.

3.2.a.6. Ac. n° 237/98 – Proc. n° 56/95 (DR, II série, n° 137, p. 8.209)

Um grupo de juízes conselheiros do Tribunal de Contas interpôs recurso junto ao Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa, em face do desatendimento de pretensão por eles formulada, qual seja, de suas remunerações consistirem nos níveis determinados, notadamente, pelo disposto na Lei n° 2/90, de 20 de janeiro. Os recorrentes fundamentaram sua irrisignação no fato de a decisão recorrida se ter baseado no estatuído no artigo 1° da Lei n° 63/90, de 26 de de-

zembro, que seria uma norma contrária aos princípios constitucionais da igualdade e da confiança (este ínsito no princípio do Estado Democrático de Direito – art. 2°).

O Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa concedeu provimento ao recurso, reconhecendo a inconstitucionalidade das normas dos n°s 1 e 2 do artigo 1° da aludida Lei n° 63/90 por violarem os princípios da igualdade (arts. 13° e 59°, n° 1, a) e da confiança, e, conseqüentemente, anulou a deliberação recorrida. Tal *decisum* foi objeto de recurso interposto pelo Ministério Público junto ao Tribunal Constitucional.

Na fundamentação do acórdão, o Tribunal Constitucional, ao clarificar o objeto do presente recurso, asseverou que o mesmo consistia na questão da constitucionalidade das normas conjugadas dos n°s 1 e 2 do artigo 1° da Lei n° 63/90<sup>35</sup>, enquanto estabelecem a suspensão da atualização das remunerações dos magistrados judiciais. Após uma minuciosa análise de dispositivos legais concernentes, essa colenda Corte refere que as razões justificativas da elaboração da Lei n° 63/90 – que atingiu indiretamente os magistrados judiciais e os magistrados do Ministério Público, por força da equiparação adotada pela Lei n° 2/90, entre a retribuição base da categoria mais elevada da magistratura judicial e a retribuição base dos ministros – estavam relacionadas com uma eventual reação negativa da opinião pública, em face de outros aumentos de rendimentos que haviam sido anteriormente concedidos à classe política, e que tal reação poderia afetar gravemente o prestígio do regime democrático.

O Tribunal Constitucional analisou se o tratamento mais favorável para as magistraturas, em comparação com o restante dos titulares de cargos públicos abrangidos pelo n° 1 do artigo 1°, constante da norma do n° 2 do mesmo artigo da Lei n° 63/90, era constitucionalmente legítimo à luz do princípio da igualdade, tendo deci-

dido afirmativamente, reconhecendo que a situação fática e jurídica concreta justificou esse tratamento jurídico diferenciado. Para tanto, mencionou que

“os magistrados são titulares permanentes dos cargos públicos que ocupam, não usufruem de prerrogativas especiais de reinserção ou reforma, não beneficiam (exceto os presidentes dos tribunais superiores e os titulares dos cargos superiores do Ministério Público) de abonos para despesas de representação, nem, na generalidade dos casos, da possibilidade de constituírem um gabinete de apoio de utilizarem viaturas oficiais, além de estarem constitucionalmente vinculados à exclusividade de funções”.

Entretanto, no que tange à análise das remunerações das categorias de juízes em questão, essa egrégia Corte entendeu que tais normas feriram o princípio da igualdade (tanto na acepção geral – art. 13º, quanto específica – art. 59º) na medida em que não trataram desigualmente situações desiguais (“assistiu-se uma anulação da diferenciação de remunerações entre as categorias de juiz conselheiro e juiz desembargador, bem como entre as de vice-procurador-geral e procurador-geral-adjunto”), sem que, para tanto, houvesse fundamento material bastante. Asseverou, outrossim, que o legislador ordinário tinha a obrigação de confirmar que, tanto na carreira da magistratura judicial, quanto na da magistratura do Ministério Público (tal como nas carreiras da função pública), às várias categorias a que correspondem diferentes níveis de experiência e de responsabilidade correspondem diferenciações de níveis remuneratórios. Justificou seu posicionamento no mesmo sentido da sentença proferida pelo Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa, em que consta que

“a arbitrária equiparação remuneratória de magistrados pertencentes a escalões diferentes e a exercerem fun-

ções em tribunais ‘hierarquicamente’ diferenciados – para além de integrar violação flagrante da afloração do princípio da igualdade constante no citado artigo 59º, nº 1, alínea a)<sup>36</sup> constituirá, muito em particular, violação do estatuído nos artigos 212º e 217º da Constituição da República Portuguesa, preceitos que necessariamente levam ínsita a existência de escalões diferenciados em termos funcionais e, portanto, remuneratórios dos magistrados”.

### 3.2.b. *Acórdãos do Supremo Tribunal Federal do Brasil*<sup>37</sup>

#### 3.2.b.1. *RE<sup>38</sup> nº 170471-3 – julgado em 10-11-94 – publicado sob nº 3.07*

Trata-se de um Recurso Extraordinário que foi interposto junto ao egrégio Supremo Tribunal Federal, em que se perquiria a constitucionalidade da norma estatuída pelo artigo 6º do Decreto-Lei nº 2.434/88, por meio da qual era concedida isenção tributária relativa ao pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) relativas a pagamentos de bens importados.

Essa colenda Corte reconheceu *in casu* a violação ao Princípio Constitucional da Igualdade, na medida em que essa norma jurídica tratou desigualmente pessoas que se enquadravam em situações iguais, mencionando, com base nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, que “não havia correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a discriminação legal decidida em função dele”; foi adotado como fator de *discrimen* um fato aleatório, qual seja, a época de emissão das guias para pagamento do imposto, ou seja, fato alheio à hipótese de incidência do IOF/câmbio.

Merece destaque o posicionamento do eminente Relator Ministro Carlos Velloso quando refere que a simples declaração de inconstitucionalidade da norma em apreço causaria a retirada da mesma do mun-

do jurídico, fazendo com que a concessão fiscal não fosse aproveitada por ninguém, e que, portanto, o Tribunal deveria, segundo sua opinião, estender a aplicação da norma jurídica concessionária da isenção a todos quantos estivessem em situação idêntica.

Contudo, reconhece que se tratava de um posicionamento quase que isolado na jurisprudência do Tribunal, sendo amplamente majoritário o de que o controle da constitucionalidade deve ser negativo, tendo em vista o princípio da separação dos poderes, via de consequência, não devendo o Poder Judiciário se arvorar na condição de legislador (Súmula 339).

Respeitando o entendimento quase que totalitário contrário ao seu próprio, o Relator negou seguimento ao recurso, haja vista que a intenção dos recorrentes era ampliar o âmbito de aplicação da norma em análise.

*3.2.b.2. RE n° 199161-5 – julgado em 26-11-96 – publicado sob n° 22.22*

Por meio de um recurso extraordinário, o egrégio Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade da norma exposta na Portaria n° 08/91 do Departamento do Comércio Exterior do Ministério da Fazenda, por meio da qual, com o intuito de defender os interesses fazendários nacionais, restringiu a importação de bens de consumo usados.

O Tribunal posicionou-se no sentido de que, no caso concreto, o princípio isonômico não havia sido violado, sustentando que os conceitos de igualdade e desigualdade são relativos, via de consequência, impondo “a confrontação e o contraste entre duas ou várias situações, pelo que onde só uma existe não é possível indagar sobre tratamento igual ou discriminatório”. Assim, como a restrição à importação de bens de consumo usados é destinada às mesmas pessoas, quais sejam, importadores em geral, sejam pessoas jurídicas

ou físicas, não há que se falar em cotejo de situações; para fins da análise em questão, tem-se uma única situação.

Destarte, o recurso da União foi conhecido e provido.

*3.2.b.3. RE n° 165305-1 – publicado sob n° 3.21*

Por meio de um recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade, à luz do princípio da igualdade, de norma editada por determinado município brasileiro, mediante a qual instituiu-se a idade mínima de 45 anos para inscrição em concurso público para a categoria de médico do quadro pessoal do município.

O Tribunal reconheceu o discrimen injustificado, referindo que a limitação da idade, *in casu*, não constituía requisito necessário em razão da natureza e das atribuições do cargo a preencher.

Destarte, foi provido o recurso e reformada a decisão *a quo*.

*3.2.b.4. ADI<sup>39</sup> n° 1355-6 – julgado em 23-11-95 – publicado sob n° 13.24*

Por meio de uma medida liminar, foi colocada à apreciação da Corte Constitucional brasileira a questão se determinados artigos da Lei n° 9.100, de 29 de setembro de 1995, feriam a Constituição Federal à luz do princípio da igualdade.

Tais normas condicionavam o número de candidatos às Câmaras Municipais ao número de representantes do respectivo partido político na Câmara Federal.

A Corte Constitucional manifestou-se no sentido de que o princípio em questão havia sido violado pelas normas jurídicas, na medida em que as mesmas instituíram “critério caprichoso que não guarda coerência lógica com a disparidade de tratamento nelas estabelecida. Afronta à igualdade caracterizadora do pluralismo político consagrado pela Carta de 1988”.

Desse modo, foi deferida a liminar de suspensão da vigência dessa norma, em

face da iminência do desencadeamento do processo eleitoral.

#### 4. Conclusão

Mediante o presente estudo, buscou-se demonstrar, sobretudo ao leitor brasileiro, a forma com que o ordenamento jurídico português respalda o princípio da igualdade no controle da constitucionalidade das normas jurídicas. Donde se depreende a similitude com o sistema jurídico brasileiro, também analisado.

Merece destaque, outrossim, o fato de os acórdãos ora elencados, muito embora consistam apenas numa amostragem exemplificativa, refletirem a consonância entre a aplicação prática do princípio da igualdade pelos Tribunais Constitucionais e os posicionamentos doutrinários concernentes aos Estados aqui considerados, inclusive no que diz com entendimentos atuais e modernos, como por exemplo a exigibilidade de respeito a esse princípio já quando da criação da lei (igualdade na lei).

Por fim, gostaríamos de salientar que a pesquisa prévia à elaboração do presente estudo espelhou uma profunda ingerência do princípio da igualdade no cotidiano forense, notadamente no controle da constitucionalidade das normas jurídicas, objeto específico deste trabalho. Destarte, impraticável uma abordagem exaustiva da matéria; contudo, esperamos ter contribuído para uma adequada utilização jurídica de tão importante princípio, analisando seu sentido e alcance e, bem assim, procurando transmitir o posicionamento do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

#### Notas

<sup>1</sup> Cfr. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. [s.l. : s.n.], s./d. p. 594.

<sup>2</sup> Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 48.

<sup>3</sup> O que será novamente levado em consideração mais adiante, quando analisarmos a discricionarie-

dade e o livre arbítrio do legislador na criação das normas jurídicas.

<sup>4</sup> Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, ob. cit., p. 62.

<sup>5</sup> Conforme ensina Maren Guimarães Tabora (*O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções*, p. 108), para os gregos, especificamente, iguais eram tão-somente os cidadãos, ou seja, os homens livres; as mulheres, até o raiar do século XX, sempre foram consideradas equivalentes ou “iguais” às crianças, não participando da vida política e nem merecendo tutela.

<sup>6</sup> Cfr. Fernando Alves Correia. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 395.

<sup>7</sup> Cfr. João Martins Claro. O princípio da igualdade. In: *Nos Dez Anos da Constituição*. p. 32.

<sup>8</sup> Ob. cit., p. 396.

<sup>9</sup> Isso porque, ao analisar-se a igualdade, os objetos em questão não são comparados na sua totalidade, mas apenas com base em determinados aspectos, com referência a um maior ou menor número de características.

<sup>10</sup> Cfr. Alves Correia. ob. cit., p. 399.

<sup>11</sup> “1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica ou condição social.”

<sup>12</sup> Vide Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. vol. 4. p. 214.

<sup>13</sup> Vide Gomes Canotilho/Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. p. 129 e Celso Antônio Bandeira De Mello. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. p. 9.

<sup>14</sup> Cfr. Gomes Canotilho. ob. cit., p. 389.

<sup>15</sup> Ob. cit., p. 10.

<sup>16</sup> Ob. cit., p. 10.

<sup>17</sup> O Instituto dos ‘Assentos’, p. 166.

<sup>18</sup> Cfr. Gomes Canotilho. ob. cit., p. 389.

<sup>19</sup> Cfr. João Martins Claro. ob. cit., p. 37.

<sup>20</sup> Ob. cit., p. 404.

<sup>21</sup> Nesse caso, quando deveria ter agido discriminadamente e não o fez.

<sup>22</sup> Cfr. Alves Correia. ob. cit., p. 404.

<sup>23</sup> Para aprofundar o tema, vide Alves Correia, ob. cit., p. 422/426.

<sup>24</sup> Nesse sentido, vide Jorge Miranda, ob. cit., p. 214.

<sup>25</sup> Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira. ob. cit., p. 128.

<sup>26</sup> Cfr. Castanheira Neves. ob. cit., p. 129/131.

<sup>27</sup> Vide Gomes Canotilho. *Constituição Dirigente*. p. 385/388.

<sup>28</sup> Vide Alves Correia, ob. cit., p. 408.

<sup>29</sup> A análise de alguns arestos pode ser encontrada em José Casalta Nabais, *Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional*; Martim de Al-

buquerque, *Da Igualdade. Introdução à Jurisprudência*; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, tomo IV*, p. 224 e ss.

<sup>30</sup> Acórdão.

<sup>31</sup> Diário da República Portuguesa.

<sup>32</sup> Boletim do Ministério da Justiça.

<sup>33</sup> Instituição financeira portuguesa.

<sup>34</sup> Artigo 5º, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 33.276:

“Dentro dos oito dias seguintes à notificação poderá a administração da Caixa ou reclamar contra ou recorrer da sentença de graduação, se a conta se houver limitado a aplicar as disposições da sentença.”

<sup>35</sup> Art. 1º

1. É suspensa, a partir de 1º de janeiro de 1991, e até que a Assembléia da República aprove os princípios de atualização das remunerações dos titulares de cargos públicos, vigência do disposto no artigo 2º da Lei nº 26/84, de 31 de julho, para efeitos de aplicação do regime provisório previsto nas alíneas b) e c) do nº1 do artigo 31º do decreto-Lei nº 353-A/89, de 16 de outubro, aplicando-se, enquanto vigorar a suspensão, unicamente o regime previsto no artigo 4º deste diploma.

2. A suspensão prevista no número anterior é apenas aplicável à parcela das remunerações e pensões fixadas pela Lei nº 2/90, de 20 de janeiro, que exceda o montante correspondente à remuneração base do cargo de primeiro-ministro.

<sup>36</sup> Art. 59º:

1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito:

a) À retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna;”

<sup>37</sup> Todos os acórdãos aqui mencionados foram publicados na Revista de Jurisprudência Informatizada Plenum, editora Saraiva.

<sup>38</sup> Recurso Extraordinário.

<sup>39</sup> Ação Direta Inconstitucionalidade.

## Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade: introdução à jurisprudência*. Coimbra : Almedina, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra : Almedina, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra : Editora Coimbra, 1993.
- CLARO, João Martins. *O princípio da igualdade*. In: Nos Dez Anos da Constituição. Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1987, p. 31 ss.
- CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra : Almedina, 1997.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 1998.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. v. 4, Coimbra : Editora Coimbra, 1998.
- NABAIS, José Casalta. *Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional*. [s.l. : s.n.], s/d.
- PLATÃO. *Diálogos. A República*. 24. edição. Tradução de Leonel Vallandro. Rio de Janeiro : Ediouro, 1996.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.
- TABORDA, Maren Guimarães. *O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções*. In: *Estudos Jurídicos*. v. 30, n. 80, 1997. p. 105 ss.

# **Evolução da responsabilidade civil e seus problemas modernos**

Mario Antonio Lobato de Paiva

“A casa do Direito, como a casa de Deus, tem muitas moradas. Mas não há lugar, em nenhuma delas, para os medíocres de vontade e fracos de coração”

A história comparada mostra-nos que todos os sistemas sofreram uma evolução idêntica. Nos primórdios das instituições jurídicas da generalidade dos povos, o direito de vingança que a consciência coletiva reconhecia à vítima constituía o modo por que se operavam, ao mesmo tempo, a reparação do dano e a punição do seu autor. Tratava-se de uma reação quase instintiva contra o mal sofrido, mais baseada na causalidade material, entre a ação humana violadora da ordem jurídica e o dano, do que na intenção do agente. E, nesses direitos primitivos, a solidariedade familiar, dos vizinhos ou de entidades protetoras – tanto da parte da vítima como da parte do agressor – desempenhava um papel de relevo. Era, em resumo, uma responsabilidade predominantemente objetiva e coletiva, sobretudo de índole penal.

Cedo, porém, admitiu-se que o autor do prejuízo pudesse escapar ao direito de reivindicar do ofendido, entregando-lhe uma soma de dinheiro, que continuava a ter o simultâneo alcance de reparação e de punição.

Entretanto, verifica-se a intervenção da autoridade pública a fim de evitar as desordens e lutas produzidas pela vingança

Mario Antonio Lobato de Paiva é Advogado.

privada. Essa intervenção operou-se de duas formas: por um lado, os poderes públicos fixaram o montante das várias indenizações pecuniárias e obrigaram os ofendidos a aceitá-las; por outro lado, passaram a punir certos fatos que, em virtude de não afetarem diretamente os particulares, ficavam desprovidos de sanção. Dando-se depois um passo em frente, os poderes públicos passaram também a punir os autores de certos prejuízos que, não obstante atingirem interesses particulares, faziam especialmente perigar a ordem social.

Apuramos, assim, que a responsabilidade civil e a responsabilidade penal (reparação e punição), embora confundidas no começo, foram-se a pouco separando. O que equivaleu a cindir-se a reação contra o autor do fato ilícito: a vítima obtém dele uma reparação (ação privada) e autoridade pública pune-o (ação pública).

No direito romano, costuma-se apontar a Lei das XII Tábuas (meados do século V a.C.) como o ponto de transição da fase da composição obrigatória: em certos casos, a vítima era já obrigada a aceitar a composição e a renunciar à vingança privada. Mas, segundo parece, só com os juristas bizantinos da época pós-clássica surgiram verdadeiras preocupações e esforços doutrinários de análise psicológica da culpa.

Desde cedo se começou a distinguir, mais ou menos nitidamente, a responsabilidade civil da responsabilidade penal. Ao mesmo tempo em que, superando-se a concepção arcaica de responsabilidade objetiva e coletiva, caminhou-se para uma responsabilidade subjetiva e individual.

Os estudos sobre a matéria, após alguma possível letargia, tendem de novo a ocupar um plano cimeiro nas preocupações dos civilistas. Ao fato não será de todo estranho o estímulo resultante da profunda análise a que os penalistas e os filósofos do direito submeteram a responsabilidade criminal. Quer dizer: a civilística como que deseja conservar ou retomar a posição condutora e

paradigmática que lhe tem pertencido ao longo dos tempos na investigação da generalidade dos temas comuns aos vários ramos do direito.

Todavia, mais do que em motivações dessa ordem, o interesse ultimamente despertado pela responsabilidade civil muito se radica na conveniência ou até urgência de reformulação de alguns aspectos básicos. Verifica-se que a responsabilidade se encontra, em nossos dias, sob a influência de dois parâmetros irrecusáveis: por outro lado, sofre a concorrência de sistemas de reparação coletiva, tais como o seguro e a segurança social, que lhe retiram uma parte da razão de ser e modificam o seu alcance. Conseqüentemente, determinados fundamentos a que se prendia a construção clássica do instituto foram ruindo ou colocados em pauta.

O direito moderno, na verdade, mercê da relevância sempre crescente atribuída ao interesse coletivo, tem superado os tradicionais dogmas individualistas e voluntaristas. O fenômeno revela-se particularmente nítido em matéria de responsabilidade civil. Desde logo, esta desviou-se do subjetivismo para as concepções objetivas: ou admitindo que pessoas isentas de culpa respondam por danos causados, ou como decorrência de uma evolução registrada no próprio conceito de culpa.

Segundo a perspectiva clássica, a noção da responsabilidade constitui um corolário do princípio de que o homem, sendo livre, deve responder pelos seus atos. Portanto, a condição essencial da responsabilidade civil, nessa óptica, incide na culpa, que pode traduzir-se num fato intencional, ou em simples imprudência ou negligência.

Contudo, no mundo contemporâneo, fortemente tecnológico e industrializado, o desenvolvimento das possibilidades e dos modos de atuação humana multiplicou também os riscos. Cada nova conquista pelo homem das forças da natureza não exclui que um tal domínio lhe possa escapar e que essas forças retomem os seus movimentos naturais. É o risco que acompanha a ativi-

dade humana.

Acresce que os fatos causadores de prejuízos se apresentam freqüentemente imputáveis não a indivíduos isolados, mas a conjunto de homens. E quanto mais complexa e numerosa seja a composição desses grupos humanos, tanto mais tende a ficar no anonimato o exato culpado. Qual foi, por exemplo, o engenheiro, o desenhista ou o operário que pela sua atuação ocasionou as deficiências de uma peça essencial à segurança de uma viatura?

Toda essa mudança de condicionamentos levou a encarar a responsabilidade civil de novos ângulos. A vida moderna, fazendo avultar a categoria dos danos resultantes de acidentes, suscitou o problema paralelo da sua indenização mais adequada, a que não satisfazem os esquemas tradicionais.

É manifesto que a concepção clássica da responsabilidade do culpado continua a ter um vasto papel. Mas, ao lado do princípio da responsabilidade baseada na culpa – responsabilidade subjetiva –, acolhe-se a idéia, posto que em casos excepcionais, de uma responsabilidade independentemente de culpa – responsabilidade objetiva e responsabilidade pelo risco. Os acidentes de circulação terrestre e os acidentes de trabalho representam o ponto de partida, visando-lhes juntar depois outras situações expressivas.

A evolução chegou ainda mais longe. Admitiu-se, também excepcionalmente, sem dúvida, que a obrigação de indenização pudesse resultar de uma conduta lícita do agente causadora de danos. Trata-se do campo da responsabilidade por intervenções lícitas.

Deve observar-se que os referidos caminhos da responsabilidade civil não estancam no reconhecimento e alargamento das hipóteses de responsabilidade isenta de culpa, em especial pelo que respeita aos utentes de coisas perigosas. Procura-se ir adiante, num sentido que traduz uma socialização do risco do dano.

Com efeito, assiste-se a um claro movi-

mento de segurança social, que procura garantir a reparação de todo e qualquer dano ao lesado, independentemente do carácter culposo ou ilícito do ato que o produziu. O sistema encontra a sua expressão mais avançada nos países escandinavos a respeito dos danos pessoais.

A questão põe-se, sobretudo, com os acidentes de trabalho. Mas também quanto aos acidentes de viação, alguns autores e projetos legislativos modernos preconizam que o Estado garanta sempre, em princípio, a indenização devida ao lesado, quer o acidente resulte de circunstâncias de força maior estranhas ao funcionamento do veículo, quer se desconheça o efetivo responsável ou este não disponha de meios para cobrir a indenização; embora se atribua ao Estado um direito de regresso.

A uma tal propensão para subtrair à responsabilidade civil certos domínios de reparação de danos se junta, mesmo no âmbito desta, um outro aspecto relevante. Referimo-nos à generalização voluntária do seguro da responsabilidade, que é um fenómeno radicado e característico do espírito do nosso tempo, não só nos países ocidentais, mas também no comum dos países socialistas, cujos sistemas se encontram, de qualquer modo, mais ligados ao conceito de responsabilidade fundada na culpa. Assiste-se até a uma crescente tendência que propugna pela consagração do seguro obrigatório, para além das áreas da circulação rodoviária e dos acidentes de trabalho, em determinados domínios, como os das profissões liberais. E, inclusive, os seguros pessoais, tão difundidos, proporcionam à vítima uma reparação dos danos resultantes da sua própria culpa.

Um elemento novo se introduz, por essa via, na querela sobre a função da responsabilidade civil, que o consenso predominante, ainda sob inspiração do positivismo do século XIX, entende apenas reparadora do dano ou indenizatória. Não é inédito uma função sancionatória ou punitiva ao ilícito civil. Só que a difusão do seguro da respon-

sabilidade diminui a força desse aspecto, mormente a sua eficácia preventiva. Daí o problema da maneira de atenuar a natural modificação que se opera na mentalidade do segurado, propicia à eliminação do efeito pedagógico-educativo ligado ao suporte da indenização.

Apontemos ainda circunstância de se vir assistindo ao desenvolvimento da responsabilidade civil em direções novas. À medida que a vida moderna tem alcançado determinados êxitos científicos e tecnológicos ou posto em destaque certas atividades ou profissões, suscetíveis de causar danos a terceiros, colocam-se aos juristas problemas de responsabilidade civil, muitas vezes contemplados insatisfatoriamente na lei. Assim, por exemplo, a reparação dos danos devidos à utilização de algumas formas de energia, como a nuclear e a elétrica, ou

resultantes da poluição industrial. Questão que concita largo interesse na doutrina dos sistemas mais representativos é a da responsabilidade do fabricante, intimamente ligada ao comércio e consumo de massas que caracteriza a sociedade contemporânea. O tema encontra-se melhor teorizado a respeito dos bens de consumo, mas não se descarta, também, quanto aos bens de equipamento.

Por outro lado, como antes se salientou, a responsabilidade civil implantou-se com grande vigor no domínio profissional, particularmente em relação às chamadas artes ou profissões liberais. E sempre se organizando um respectivo sistema de seguro.

Assim, acreditamos que o que se salientou parece bastante para mostrar os motivos por que a responsabilidade civil constitui uma das áreas que mais vêm solicitando as atenções e a imaginação dos juristas e dos legisladores.

# ***Ius cogens* e o tema da nulidade dos tratados**

Vera Lúcia Viegas

## Sumário

Parte I – Existência e identificação de *ius cogens*. 1. Considerações iniciais. 2. Comprovação da existência do *ius cogens*. 3. Critérios de identificação do *ius cogens*. 4. Caráter geral da norma cogente de Direito Internacional. 5. “Aceita” e “reconhecida” pela comunidade internacional no seu conjunto. 6. Processo de formação do *ius cogens*. Parte II - *Ius cogens* e a Teoria Geral dos Tratados. Da nulidade dos tratados. 1. Considerações iniciais. 2. Conflito entre um tratado e uma norma de *ius cogens* existente no momento de sua celebração. 3. Sobre quem pode alegar a invalidade de tratado conflitante com norma de *ius cogens*. 4. Conflito entre um tratado e uma norma de *ius cogens superveniens*. 5. Conteúdo da incompatibilidade. 6. Procedimento para invalidar ou extinguir tratado conflitante com norma de *ius cogens* internacional. 7. Tratados contrários ao *ius cogens*, anteriores à entrada em vigor da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. 8. Considerações finais.

## Parte I

### *Existência e identificação do ius cogens*

São inúmeros os problemas relacionados ao tema das normas imperativas (*ius cogens*) no Direito Internacional: sua existência; fonte de produção; campo de sua incidência; Direito cogente regional; *ius cogens* e a hierarquia das fontes de Direito Internacional, fundamento do *ius cogens*<sup>1</sup>; sua função; concreta individualização (características, critérios de identificação); implica-

Vera Lúcia Viegas é bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pós-graduanda na mesma instituição, especialista em “Direito da Integração” pela Universidade de Roma “Tor Vergata” e professora de Direito Romano no Centro Universitário F.I.E.O.

ções (conseqüências de sua violação: conseqüências da nulidade do Tratado violador, responsabilidade internacional...); efetividade; correlação com institutos jurídicos afins<sup>2</sup> (ordem pública internacional, bons costumes, princípios de Direito...),etc.

Não é nossa pretensão aqui enfocar tal objeto por todos esses ângulos. Abordaremos apenas algumas das questões desse complexo tema.

Nosso intuito aqui é apenas e tão-somente, com objetivos didáticos, procurar, do modo o mais conciso e sistemático possível – sem porém sermos superficiais –, desenvolver os aspectos escolhidos do tema, propiciando, assim, o que se destina a ser uma leitura rápida e esclarecedora.

### 1. Considerações iniciais

*Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*

D. 2. 14. 38

Já os romanos aludiam a normas que não podiam ser alteradas pela vontade das partes. Empregavam o termo *ius publicum* também no sentido que hoje entendemos por Direito cogente, isto é, inderrogável pelo exercício da autonomia privada.

Nesse sentido supra-empregado, o *ius publicum* estaria em antítese ao Direito dispositivo, não podendo ser derogado por disposição em contrário<sup>3</sup>.

Di Pietro claramente nos diz que há temas que, justamente por interessarem a todos, comportam-se necessariamente como obrigatórios: *ius cogens*<sup>4</sup>.

São várias as opiniões sobre o *ius cogens*. Há os que negam a sua existência no campo do Direito Internacional, por não haver na comunidade internacional um governo centralizado com força física dominante e tribunais com jurisdição compulsória que possam formular e impor normas de natureza similar às que definem a ordem pública no nível nacional<sup>5</sup>.

Outra corrente afirma a existência do *ius cogens*, pois estão preenchidos os requisi-

tos mínimos de uma comunidade organizada. Assim, o *ius cogens* seria o “conjunto de normas gerais de Direito cuja inobservância pode afetar a essência mesma do sentido jurídico ao qual pertence”<sup>6</sup>.

Há ainda uma terceira corrente, que considera apenas os efeitos jurídicos do *ius cogens*, sem tentar determiná-lo. Para Ruda, é essa a posição adotada pela Convenção de Viena que, no seu art. 53, considera os efeitos do *ius cogens*: são normas que não admitem acordo em contrário, não podem ser derogadas pelas partes num tratado. São normas que foram reconhecidas pela comunidade internacional e sem a necessidade de uma aprovação unânime, mas com a exigência do reconhecimento por um número considerável e representativo dos diversos setores da comunidade internacional, incluindo, conseqüentemente, países chamados ocidentais, socialistas, desenvolvidos, em vias de desenvolvimento, de diversos continentes<sup>7</sup>.

### 2. Comprovação da existência do *ius cogens*

Fausto de Quadros e André Gonçalves Pereira tratam do tema *ius cogens* na parte relativa à hierarquia das fontes: a multiplicidade das fontes formais do Direito suscitaria o problema da contrariedade de seus conteúdos, o que é solucionado pelo estabelecimento de uma hierarquia das fontes do Direito Internacional.

O *ius cogens* foi definitivamente consagrado no topo da hierarquia das fontes do Direito Internacional, o que é, justamente, um dos traços mais marcantes da evolução do Direito Internacional contemporâneo<sup>8</sup>.

A Convenção de Viena não traz exemplo algum de norma de *ius cogens*, mas alguns exemplos podem ser citados: a Carta das Nações Unidas proibindo o *uso da força*, a proibição à *escravidão, genocídio, pirataria* etc. Todos os Estados estão obrigados a cooperar com a proibição de tais atos.

A própria jurisprudência internacional aceita a existência do *ius cogens*.

Nesse sentido, a Corte Internacional de Justiça, no caso *Barcelona Traction*, em 1970, afirmou que o Direito Internacional impõe aos Estados certas obrigações *erga omnes*, derivadas, no Direito Internacional contemporâneo, da *ilegalidade de atos de agressão*, do *genocídio*, de *princípios e normas relativos a direitos básicos das pessoas humanas*, inclusive a *proteção contra a escravidão e a discriminação racial*<sup>9</sup>.

Também, em alguns países, tribunais nacionais já reconheceram a existência do Direito Internacional cogente<sup>10</sup>.

Pereira e Quadros mencionam o caso mais citado, o do Tribunal Constitucional Federal alemão, em que o *ius cogens* internacional foi definido como:

“O conjunto de regras que são essenciais à existência do Direito Internacional e que já obtiveram da parte dos Estados a consciência da sua obrigatoriedade”<sup>11</sup>.

### 3. Critérios de identificação do *ius cogens*<sup>12</sup>

Para caracterizar a noção de *ius cogens*, discutiu-se basicamente a adoção de três métodos<sup>13</sup>:

1) elencar taxativamente as normas imperativas de Direito Internacional;

2) formular uma definição de caráter geral, acompanhada de um elenco meramente exemplificativo de normas de *ius cogens*; ou

3) fornecer uma definição de *ius cogens* que contivesse os critérios idôneos a identificar a natureza imperativa. Foi esse o método seguido na redação do art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

O primeiro critério não foi aceito porque as regras de *ius cogens* existem independentemente de sua codificação em instrumento pactício, não sendo, assim, conveniente enumerar singularmente as regras na Convenção ou em protocolos adicionais<sup>14</sup>.

O segundo método, por sua vez, inicialmente fora adotado pela Comissão de Di-

reito Internacional, mas foi posteriormente abandonado porque um elenco meramente exemplificativo de normas imperativas portaria consigo o risco de atribuir, na prática, natureza cogente apenas a essas normas arroladas no elenco<sup>15</sup>.

Desse modo, descartados tanto o rol taxativo quanto o exemplificativo, restou o terceiro método: definir o *ius cogens* fornecendo os critérios identificadores da natureza imperativa da norma.

Assim sendo, norma imperativa é aquela aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, enquanto norma não suscetível de derrogação, podendo ser modificada apenas por uma outra norma cogente, posterior, de Direito Internacional geral.

Em suma, os requisitos identificadores de uma norma cogente, encontrados no art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, são:

1) ser tal norma *aceita e reconhecida* pela comunidade internacional como norma cogente;

2) comunidade internacional essa formada pelos *Estados no seu conjunto*;

3) e, por fim, deve essa norma ser irrevogável ou

3.1) ser revogável apenas por meio de uma outra norma cogente, posterior.

Já que definir *norma cogente* como norma *inderrogável* (item 3 e 3.1 do parágrafo *supra*<sup>16</sup>) é tautológico, os critérios identificadores acabam por se resumir em:

1) generalidade da norma imperativa (como se verá);

2) e ser a mesma reconhecida e aceita – como norma cogente – pela comunidade dos Estados no seu conjunto<sup>17</sup>.

Analisemos cada um desses dois requisitos.

### 4. Caráter geral da norma cogente de Direito Internacional

A norma de *ius cogens* deve necessariamente ser uma *norma de caráter geral*<sup>18</sup>. Tanto o artigo 53 quanto o 64 e o 71, referem-se

sempre à norma cogente como norma de caráter geral.

Os trabalhos preparatórios da Convenção, quanto ao conceito de norma de caráter geral, referem-se sempre ao critério da obrigatoriedade *universal* da norma, ou seja, ser uma norma que vincule a todos os membros da comunidade internacional, refletindo, assim, a *consciência jurídica universal*, incorporadora dos princípios fundamentais da comunidade internacional, destinada a proteger os interesses dessa comunidade<sup>19</sup>.

Isso porque é uma norma sem uma esfera delimitada de destinatários, dirigindo-se, ao contrário, a todos os sujeitos do ordenamento internacional, indistintamente<sup>20</sup>.

Trata-se de norma aceita e reconhecida por todos os componentes essenciais da comunidade internacional, como irrevogável (como se verá *infra*)<sup>21</sup>.

### 5. “Aceita” e “reconhecida” pela comunidade internacional no seu conjunto

Para interpretar esse requisito, devemos analisar:

- 1) o que se entende por “aceitação” e “reconhecimento”,
- 2) bem como, quem deve operá-los.

#### 1) O que se entende por “aceitação” e “reconhecimento”

Já vimos que o Comitê de redação havia incluído o termo de *norma “aceita”*, colocado antes de reconhecimento. Assim o fez porque o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça emprega tanto o termo “reconhecimento” quanto o de “aceitação”.

Porém, tal artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça refere-se à formação do costume: a expressão “aceitação” indica o elemento psicológico no processo de formação do costume e o “reconhecimento” refere-se à manifestação de vontade dos Estados.

Mas Grécia, Espanha e Finlândia, com o termo “reconhecimento” em sua emenda<sup>22</sup>, pretendiam apenas fazer referência à convicção dos Estados: o termo “reconhecimento” não tinha sido empregado com significado diverso de “aceitação”; não significava expressa manifestação de vontade<sup>23</sup>.

Além disso, não era propósito dos redatores da Convenção tratar da questão das fontes do *ius cogens*, mas só dos critérios identificadores.

Assim sendo, para concluir essa questão, pode-se dizer que o convencimento de um Estado quanto à natureza cogente de uma norma pode advir tanto de uma expressa manifestação de vontade, quanto de um comportamento que, de algum modo, assim o manifeste, ou seja, ainda que de um modo tácito (v.g. com a celebração de um tratado, ou pelo costume...) <sup>24</sup>.

#### 2) Quem é o agente da “aceitação” e “reconhecimento”:

O art. 53 afirma que a *Comunidade Internacional dos Estados no seu conjunto* deve aceitar/reconhecer o caráter imperativo de uma norma de Direito Internacional Geral para que se tenha uma norma cogente internacional.

Mas, o que se entende por “Comunidade Internacional dos Estados *no seu conjunto*”?

Também nesse caso o acréscimo do termo “no seu conjunto” é fruto do Comitê de Redação. Trata-se de expressão não nova na praxe internacional e foi inserida com o escopo de deixar claro que a oposição de um determinado Estado não impede o nascimento de uma norma cogente<sup>25</sup>.

Pereira e Quadros expressamente afirmam que não é necessário que o Direito imperativo internacional seja aceito por todos os Estados da comunidade internacional, bastando a aceitação generalizada por parte desses Estados<sup>26</sup>.

Para esses autores, o *ius cogens* abrangeria todo o – assim chamado pelos mesmos autores – “Direito Constitucional Internacional”, ou seja:

“a) o costume internacional geral ou comum – por exemplo, os princípios da liberdade dos mares, da coexistência pacífica, da autodeterminação dos povos, da proibição da escravatura, da pirataria, do genocídio e da discriminação racial, a qualificação dos crimes internacionais, e todo o vasto ‘Direito Humanitário Internacional’; b) as normas convencionais pertencentes ao Direito Internacional geral – por exemplo, os princípios constitucionais constantes da Carta das Nações Unidas, como é o caso da proibição do uso da força, a solução pacífica dos conflitos, a condenação da agressão, a preservação da paz, da segurança e da justiça internacionais, a legítima defesa, etc. É nesse sentido que deve ser interpretado o artigo 103º da Carta da ONU; c) o Direito Internacional geral, de fonte unilateral ou convencional, sobre Direitos do Homem – é o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos Pactos<sup>27</sup> de 1966”<sup>2829</sup>.

O reconhecimento/aceitação provém de um número suficientemente representativo dos componentes da comunidade internacional<sup>30</sup>, fazendo com que seja de *caráter universal* a convicção da existência de uma dada norma cogente de Direito Internacional geral.

Tendo-se em mente que universalidade não significa unanimidade, surge uma questão delicada: a da validade de uma norma cogente internacional a um Estado que persistentemente tenha-se oposto à formação dessa norma cogente, por meio de atos inequívocos, v. g., afirmando-a repetidamente como norma derogável, ou seja, de Direito dispositivo.

É sabido que, em matéria de costume internacional, desenvolveu-se a teoria da não-oponibilidade de uma norma costumeira a um Estado que tenha-se oposto à formação dessa mesma norma costumeira<sup>31</sup>.

Essa teoria da não-oponibilidade parece, porém, não ser aplicável às normas cogentes.

Isso porque “*le regole imperative, infatti, essendo destinate a proteggere interessi fondamentali della comunità internazionale, vincolano, per loro natura, tutti i membri della comunità*”<sup>32</sup>.

Para concluir: o art. 53 da Convenção de Viena fornece os critérios identificados de uma norma cogente. Uma vez presentes esses critérios, tal norma vincula toda a comunidade internacional.

## 6. Processo de formação do *ius cogens*

O art. 53 da Convenção de Viena, apenas fornecendo os critérios identificadores do *ius cogens*, nada menciona quanto à origem, ao processo de formação da norma cogente.

Porém, podemos deduzir o *processo de formação do ius cogens*:

- a) dos próprios critérios identificadores da norma cogente;
- b) dos trabalhos preparatórios da Convenção; e
- c) de outros elementos da própria Convenção.

Uma primeira pergunta que pode ser feita é esta: as fontes das normas imperativas internacionais são as arroladas no art. 38 da Corte Internacional de Justiça, ou, por serem uma categoria particular de normas, o *ius cogens* internacional teria um processo de produção jurídico diverso<sup>33?</sup>

Uma norma imperativa internacional deve, de acordo com o art. 53 da Convenção, ser uma norma de Direito Internacional geral e – conforme o supra-aludido – pertencer à categoria de normas que vinculam os Estados independentemente da aceitação destes.

Assim, um acordo não poderia produzir uma norma de Direito Cogente, porque norma pactícia não é norma de Direito Internacional geral e, além disso, principalmente por poder o Tratado ser posterior-

mente derogado pelas mesmas partes. Logo, não estariam presentes os elementos identificadores da norma imperativa, elencados pelo art. 53 da Convenção<sup>34</sup>.

Nada impede, no entanto, que uma norma pactícia se torne posteriormente uma norma costumeira<sup>35</sup>, nem que um tratado refira-se a uma norma cogente de Direito Internacional geral, mas, neste último caso, o caráter imperativo da norma pactícia não adviria do tratado, mas sim da norma costumeira que preenche os requisitos do art. 53 da Convenção.

Questão igualmente interessante é a das *Convenções multilaterais*. Vejamos.

Se uma convenção multilateral contém uma cláusula prescrevendo serem inválidos os acordos contrários às disposições dessa convenção, esta não se torna uma convenção de *ius cogens*, já que não perde o seu caráter pactício, e, se dois Estados membros dessa convenção multilateral celebram um tratado contrário à mesma, esse tratado permanece válido, configurando apenas uma violação de tal cláusula da convenção multilateral e também um ilícito internacional, já que uma convenção multilateral deve ser respeitada e cumprida por todos os seus membros (art. 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados)<sup>36</sup>.

Quanto às outras fontes indicadas pelo art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, os *princípios gerais de Direito reconhecidos pelas Nações civilizadas* (art. 38, I, “c”, do Estatuto da Corte) são *ius cogens* se forem admitidos como princípios uniformemente previstos nos ordenamentos internos e forem, internacionalmente, “sentidos” como obrigatórios e também como cogentes, isto é, não passíveis de derrogação<sup>37</sup>.

Quanto ao *costume*, este, diferentemente dos princípios gerais reconhecidos pelas nações civilizadas, destina-se a proteger interesses fundamentais da comunidade internacional, podendo, assim, assumir caráter de norma cogente. Isso não significa, porém, que todo o costume internacional tenha esse caráter.

Sendo os dois elementos do costume a *diuturnitas* e a *opinio juris*, para que uma norma costumeira seja cogente, o diferencial é o elemento psicológico: a *opinio iuris* da comunidade internacional deve ser no sentido, além da obrigatoriedade de uma certa praxe, também da sua irrevogabilidade. Assim, o processo de formação de uma norma cogente é dissociado do processo de formação do costume: o caráter cogente da norma surge com a posterior manifestação do convencimento da sua inderrogabilidade<sup>38</sup>.

## Parte II

### Ius cogens e a Teoria Geral dos Tratados

#### Da nulidade dos tratados

Os tratados também estão submetidos a requisitos de validade e nulidade, tanto quanto os contratos do Direito Interno<sup>39</sup>.

No entanto, não se podem aplicar indiscriminadamente as normas contratuais do Direito Privado aos tratados internacionais, pois para estes não existe a centralização de órgão legislativo e jurisdicional encontrada no Direito Interno.

Assim, diante dessa peculiaridade, para o tratamento da validade de um tratado consideram-se a jurisprudência dos tribunais internacionais, o trabalho da Comissão de Direito Internacional e as disposições da Convenção de Viena sobre Tratados<sup>40</sup>. Vejamos.

#### 1. Considerações iniciais

No Direito Interno, distinguem-se o ato inexistente do ato nulo:

1) ato inexistente: aquele que não preenche os elementos de fato exigidos para a sua existência, pela sua natureza e seu objeto e em ausência dos quais é logicamente impossível conceber sua existência;

2) ato nulo: preenche as condições essenciais para a existência do ato jurídico, mas se encontra privado de efeitos por lei.

O mesmo se aplica ao Direito Internacional. Exemplos de atos inexistentes no Direito Internacional: um bloqueio não efetivo; uma ocupação sem posse efetiva; etc.

O Direito Interno distingue também o ato nulo do anulável:

1) ato nulo: a nulidade decorre da lei; uma vez provada a causa de nulidade, o juiz deve declará-la, podendo até fazê-lo *ex officio*;

2) ato anulável: uma vez provada a causa de nulidade, o juiz tem a faculdade de declará-la ou não.

Discute-se a existência dessa distinção entre ato nulo e anulável no Direito Internacional, por não haver no plano internacional um órgão jurisdicional obrigatório<sup>41</sup>.

O Direito Interno faz também a distinção entre atos nulos ou anuláveis absolutos e atos nulos ou anuláveis relativos:

a) atos nulos ou anuláveis absolutos: violam a ordem pública e os bons costumes, não se podem convalidar, sua nulidade pode ser pronunciada pelo juiz, requerida pela parte interessada ou por terceiros;

b) atos nulos ou anuláveis relativos: estabelecidos pela lei em benefício de interesses particulares, somente podem ser invocados pela parte interessada e são passíveis de convalidação.

Essa última distinção foi, de certa forma, reconhecida pela Convenção de Viena.

As *nulidades relativas* ocorrem no caso de vício de consentimento – exceto a coação – a saber: violação de procedimentos internos (art. 46), restrição de poderes (art. 47), erro (art. 48), dolo (art. 49) e corrupção do representante do Estado (art. 50). Só o Estado contratante vítima dessas causas de nulidade é que pode invocá-las. Essas causas de nulidade foram estabelecidas em interesse particular do Estado e, por isso, este não as pode alegar se, após ter conhecimento delas, manifestou sua aquiescência na validade do contrato, expressa ou tacitamente.

Já as causas de *nulidade absoluta* são as seguintes: coação<sup>42</sup> – quer seja sobre o re-

presentante do Estado ou sobre o próprio Estado – ou violação de uma norma imperativa de Direito Internacional: *ius cogens* (art. 53)<sup>43</sup>.

“Art. 53. *Tratado em conflito com uma norma imperativa de Direito internacional geral (ius cogens).*

É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de Direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por nova norma de Direito internacional geral da mesma natureza.”<sup>44</sup>

“Art. 64. *Superveniência de uma nova norma imperativa de Direito internacional geral (ius cogens):*

Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito internacional geral, qualquer tratado existente em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.”<sup>45</sup>

Trata-se de uma nulidade absoluta cuja causa não é um vício de consentimento, mas sim objeto ilícito do tratado.

Feitas as observações *supra*, passemos agora, ainda dentro destas considerações iniciais, às conseqüências da nulidade de um tratado. Vejamos.

A nulidade de um tratado não elimina eventual responsabilidade internacional do Estado e a necessidade de reparação<sup>46</sup>.

Existe, até hoje, um setor da doutrina que entende que se deva reconhecer *a todo e qualquer Estado* uma *actio popularis* em relação a infrações ao Direito Internacional *cogente*.<sup>47</sup>

Os artigos 69 e 71 da Convenção regulam as conseqüências da nulidade de um tratado.

O tratado nulo carece de força jurídica, ou seja, não tem caráter obrigatório

(art. 69, 1). O tratado é nulo *ab initio* e não a partir da data da invocação de nulidade. As partes devem retroceder ao *status quo ante*, à situação anterior à celebração do tratado (art. 69, 2, “a”). Os atos praticados de boa fé antes da invocação da nulidade do Tratado não serão afetados por esta.

O vício de consentimento em um tratado multilateral afeta apenas a relação jurídica entre o Estado com consentimento viciado e os demais Estados, e não a relação entre estes (art. 69, 4).

Já as conseqüências da nulidade de um tratado gerada por violação à norma de *ius cogens* são outras, estando reguladas diferentemente pelo art. 71 da Convenção.

De acordo com o art. 71, se um tratado for nulo por violação ao *ius cogens*, as partes devem:

“a”: eliminar na medida do possível as conseqüências de eventuais atos executados com base em disposição contrária ao *ius cogens*

“b”: ajustar suas mútuas relações à norma imperativa de Direito Internacional geral. Logo, esta é de fato imperativa, impõe-se aos Estados; estes devem necessariamente observá-la.

Assim, se a causa da nulidade de um tratado for a violação do *ius cogens*, não basta o retorno ao *status quo ante*, sendo também necessário que as partes se ajustem à norma de *ius cogens*.

## 2. Conflito entre um Tratado e uma norma de *ius cogens* existente no momento de sua celebração

Nesse ponto, cabe indagar: um tratado contrastante com uma norma imperativa é automaticamente inválido ou continua a produzir provisoriamente os seus efeitos até que o procedimento da invalidade seja observado?

O supramencionado art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados declara ser nulo o tratado que, ao momento de sua conclusão, conflite com uma norma cogente. O art. 69, § 1<sup>o</sup><sup>48</sup>, por sua vez, apre-

goa que as disposições de um tratado “nulo” não têm força jurídica.

Mas é o art. 65 que regula o procedimento a ser adotado no caso de nulidade de um tratado: *a parte* que impugna a validade do tratado, dando-o por extinto, retirando-se dele ou suspendendo sua execução, *deve notificar sua pretensão* às outras partes, indicando, na notificação, a medida que pretende tomar e as suas razões (esse ponto será aprofundado *infra*).

O prazo dessa notificação, de acordo com o próprio art. 65, será de no mínimo três meses, salvo em caso de extrema urgência.

Já o art. 71, por sua vez, regula os efeitos da invalidade dos atos cumpridos em execução de um tratado contrário a uma norma imperativa: além do dever de eliminar, na medida do possível, as conseqüências de qualquer ato praticado com base em disposição conflitante com o *ius cogens*, devem as partes adaptar o tratado violador à norma de *ius cogens* violada, conforme já vimos.

Assim, o *ius cogens*, como já se disse *supra*, é realmente de imposição obrigatória, devendo ser não apenas respeitado, isto é, não violado, como também cumprido, executado, pela Comunidade Jurídica Internacional.

Mesmo considerando-se que a invalidade opera *ex tunc*, ou seja, retroage ao momento inicial da celebração do tratado, sabe-se, porém, que a retroatividade nem sempre conduz eficazmente as partes ao *status quo ante*.

Surge então uma dúvida quanto a essa declaração de invalidade que deve ser feita pela parte que alega a violação do tratado ao *ius cogens*, bem como do prazo mínimo dessa notificação às demais partes.

Durante o prazo de notificação, a parte é obrigada a continuar cumprindo esse tratado, mesmo sendo violador de uma norma imperativa de Direito Internacional geral?

Deve a parte obrigatoriamente observar o supra-aludido procedimento prescrito

pelo art. 65 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados?

O estabelecido no art. 65 tem por escopo evitar meras declarações unilaterais de invalidade de tratados, independentes de verificação, consensual ou judicial, da real existência da causa de invalidade invocada. Mas, ao mesmo tempo, na outra face da moeda, estão em jogo não apenas os interesses dos Estados contratantes, mas sim os de toda a comunidade internacional, por tratar-se, justamente, da violação de uma norma de *ius cogens*.

Na redação do art. 65 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, deu-se mais peso à estabilidade dos tratados internacionais<sup>49</sup>.

Por um outro lado, o próprio art. 65 menciona que tal prazo de notificação deve ser observado “salvo em caso de extrema urgência”<sup>50</sup>.

É interessante ainda observar que um tratado contrastante com uma norma de *ius cogens* não se convalida por aquiescência da parte, ou seja, não se aplica o art. 45 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, já que esse artigo refere-se a vícios de consentimento.

Uma outra consequência é a invalidade causada por violação ao *ius cogens* atingir todo o tratado: o inteiro tratado, e não apenas a cláusula violadora da norma imperativa de Direito Internacional geral, fica privado de força jurídica, em virtude do § 5º do art. 44 da Convenção de Viena, que proíbe a divisibilidade das disposições de um tratado, nesse caso.

Porém, numa interpretação sistemática da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, devemos considerar eventuais efeitos causados por atos executados com base em “cláusulas não evadidas do vício” de nulidade por contraste com norma de *ius cogens*. Nesse caso, incide a alínea “b” do § 2º do art. 69 da Convenção: *os atos praticados de boa fé, antes de a nulidade de um tratado haver sido invocada, não serão afetados pela nulidade do tratado.*

### 3. Sobre quem pode alegar a invalidade de tratado conflitante com norma de *ius cogens*

Já que o Direito cogente protege interesses de toda a comunidade internacional, todo e qualquer Estado, parte de um tratado violador de *ius cogens*, pode invocar a invalidade desse tratado (o art. 65, § 1º, refere-se a Estado “parte”)<sup>51</sup>.

Já nos casos de vício de consentimento (arts. 46 a 50 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados), apenas o Estado que teve o consentimento viciado é que pode impugnar o tratado<sup>52</sup>.

### 4. Conflito entre um tratado e uma norma de *ius cogens* superveniens

De acordo com o art. 64 da Convenção de Viena, um tratado antagônico a uma norma de *ius cogens* superveniente torna-se nulo e extingue-se: *se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito internacional geral, qualquer tratado existente em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se*<sup>53</sup>.

Um tratado contrastante com uma norma de *ius cogens* superveniente tem seus efeitos cessados *ex nunc*, ou seja, apenas a partir do aparecimento da nova norma de *ius cogens* superveniente, e não desde o início da celebração do tratado (art. 71, § 2º, “b”, da Convenção de Viena).

Não se prejudicam os direitos e obrigações havidos na execução do tratado anteriores ao surgimento da nova norma de *ius cogens*<sup>54</sup> justamente por terem por base a boa fé das partes no momento da celebração e início da execução do tratado (o vício é apenas posterior, só surge quando do nascimento da nova norma imperativa, admite-se retroagir, fazendo cessar os efeitos da execução do tratado, apenas ao momento do aparecimento dessa nova norma imperativa superveniente)<sup>55</sup>.

Quanto ao procedimento para a extinção, nesse caso, basta mencionar que a Convenção de Viena distingue entre as causas de extinção previstas diretamente por um

tratado e as causas de extinção previstas pela própria Convenção. As primeiras operam independentemente do procedimento estabelecido no art. 65 e seguintes; já para as segundas, estão justamente subordinadas ao procedimento do art. 65 e seguintes<sup>56</sup>.

Um outro ponto interessante é que, tanto no caso de conflito de tratado com norma imperativa já existente ao tempo de sua celebração, ou superveniente, a parte não perde o direito de reclamar a extinção do tratado, ou seja, não se configura a hipótese de incidência do art. 45 da Convenção de Viena (não se admite convalidação por aquiescência).

Quanto à legitimidade para a extinção do tratado por incompatibilidade com norma de *ius cogens* superveniente, apenas um Estado parte nesse tratado é titular do poder de fazer valer o procedimento do art. 65 da Convenção, pelos mesmos motivos supra-explicitados, quando da análise de conflito com norma imperativa já previamente existente ao tempo da celebração do tratado.

Diferentemente ocorre, porém, quanto à possibilidade de divisão do tratado viciado. O conflito com norma imperativa superveniente torna nula e extingue apenas a cláusula incompatível, e não todo o tratado. O art. 44, § 5º, da Convenção admite a divisibilidade, nesse caso, fazendo com que o tratado continue a produzir efeitos, extinguindo-se, apenas, as cláusulas conflitantes.

### 5. Conteúdo da incompatibilidade

Os arts. 53 e 64 da Convenção de Viena não determinam qual deva ser o núcleo da incompatibilidade. Nos trabalhos preparatórios, percebemos que inicialmente havia sido feita a distinção entre o objeto do tratado (conteúdo de suas cláusulas contratuais) e a sua execução.

Do desenrolar dos trabalhos preparatórios, infere-se que o critério da execução do tratado para a aferição da incompatibilida-

de foi afastado. Assim, apenas o conteúdo do tratado deve ser considerado para a verificação da incompatibilidade do mesmo com uma norma do *ius cogens*<sup>57</sup>.

Logo, se o tratado não tem um conteúdo incompatível com o *ius cogens*, mas é executado por uma forma violadora de norma imperativa internacional, é válido; porém, as partes, ao executá-lo desse modo contrastante com o Direito cogente, cometem um ilícito internacional.

Para Ronzitti, a análise da incompatibilidade deve ser feita com base não apenas no objeto do tratado, mas também de seu escopo, ou seja, o fim perseguido pelo Tratado, inferido do próprio conteúdo das cláusulas contratuais. Objeto e escopo seriam dois critérios indissociáveis<sup>58</sup>.

### 6. Procedimento para invalidar ou extinguir tratado conflitante com norma de *ius cogens* internacional

Como já havíamos mencionado *supra*, o Estado que alega incompatibilidade do tratado com norma cogente deve inicialmente notificar a outra parte e indicar a medida que pretende tomar, ou seja, se pretende declarar inválido ou extinto o tratado e os seus motivos (art. 65, § 1º, da Convenção de Viena).

Esse Estado poderá declarar o tratado inválido ou extinto se, decorridos três meses do recebimento da notificação, a outra parte não objetar (art. 65, § 2º)<sup>59</sup>.

Se, porém, houver objeção, as partes devem procurar uma solução, valendo-se de um dos meios previstos no art. 33 da Carta da ONU (art. 65, § 3º)<sup>60</sup>. Essa controvérsia será resolvida até doze meses após a objeção, ou então qualquer das partes poderá, mediante recurso unilateral, outorgar a controvérsia à Corte Internacional de Justiça, se não se preferir recorrer à arbitragem (art. 66 da Convenção, *caput* e § 1º).

Assim, consequência importante desse procedimento é a atribuição da competência obrigatória da Corte Internacional de Justiça: para provocar a manifestação da

Corte quanto à aplicação ou a interpretação dos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena, não se exige a anuência da outra parte; apenas uma das partes, mediante recurso unilateral, pode iniciar o procedimento<sup>61</sup>.

A Tunísia fez reserva ao art. 66, alínea “a”, justamente por este determinar obrigatória a competência da Corte Internacional de Justiça. Ela se opôs, mesmo se tratando apenas de competência obrigatória quanto à matéria de *ius cogens*<sup>62</sup>.

O que a Corte deve fazer, uma vez provocada por recurso unilateral de uma das partes, é determinar se uma dada norma tem a natureza cogente e se o tratado atacado em questão é contrário a essa norma.

Já as conseqüências da invalidade e extinção de um tratado contrário à norma de *ius cogens* não estão compreendidas na jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça. Logo, a Corte não pode declarar inválido ou extinto o tratado<sup>63</sup>.

### *7. Tratados contrários ao ius cogens, anteriores à entrada em vigor da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados*<sup>64</sup>

As disposições da Convenção de Viena sobre Direito dos tratados só se aplicam, obviamente, aos Tratados concluídos após a sua entrada em vigor, com ressalva, porém, para aquelas cláusulas que são mera codificação do Direito Internacional geral preexistente (art. 4º da Convenção)<sup>65</sup>.

Isso posto, considerando-se que o *ius cogens* internacional não é criação da Convenção de Viena – esta apenas expõe os critérios identificadores –, suas disposições relativas ao Direito cogente internacional aplicam-se também a tratados anteriores à Convenção.

De acordo com o art. 4º da Convenção, para sabermos se uma determinada estipulação da Convenção pode ser aplicada a um tratado a ela anterior, basta verificarmos se

se trata de uma estipulação fruto do Direito pactício/convencional da Convenção ou, então, de Direito consuetudinário, anterior à mesma.

A invalidade de um tratado em conflito com o *ius cogens* decorre não do Direito pactício/convencional da Convenção de Viena, mas sim do Direito Internacional geral, preexistente, que foi apenas codificado no art. 53 da Convenção. O mesmo se dá com o art. 64.

Logo, tanto o art. 53 quanto o art. 64 – bem como o art. 71, pelos mesmos motivos, ou seja, sua adequação ao Direito consuetudinário preexistente – aplicam-se inclusive a tratados anteriores à entrada em vigor da Convenção de Viena, já que não são criação da mesma, mas, sim, pertencem ao Direito Internacional geral, consuetudinário, que foi apenas codificado nesses artigos<sup>66</sup>.

Outra questão é a referente às conseqüências da invalidade ou extinção de um tratado concluído antes da entrada em vigor da Convenção de Viena. Essas conseqüências são reguladas pela Convenção? Ou seja, considerar-se-á inválido todo o tratado ou apenas a cláusula contrastante?

A cláusula que veda a divisibilidade das disposições contratuais (art. 44, § 5º, da Convenção), essa sim deve ser considerada fruto apenas do Direito pactício/convencional da Convenção de Viena: não se trata de codificação de Direito Internacional geral preexistente<sup>67</sup>.

Isso porque tal artigo foi alvo de inúmeras contestações por parte dos Estados membros da Convenção e também de uma emenda em sentido contrário<sup>68</sup>.

Já quanto ao procedimento para a declaração de invalidade ou extinção, a sua regulação é também entendida como fruto do Direito pactício/convencional, não se aplicando, portanto, aos tratados celebrados antes da entrada em vigor da Convenção.

## 8. Considerações finais

Como bem afirmam Pereira e Quadros, a doutrina aceita hoje pacificamente a existência do *ius cogens* internacional<sup>69</sup> e, além disso:

“A admissão de um Direito Internacional imperativo representa a aceitação do princípio de que a Comunidade Internacional assenta em ‘valores fundamentais’ ou ‘regras básicas’, que compõem a *ordem pública da Comunidade Internacional* ou *ordem pública internacional*, e que, dessa forma, obrigam todos os sujeitos do Direito Internacional, limitando inclusivamente a liberdade dos Estados e das Organizações Internacionais quer na conclusão de tratados, quer na prática de actos unilaterais. É nesta medida que é justo continuar a afirmar-se que o *ius cogens* se opõe ao *ius dispositivum*.”<sup>70</sup>

Essa necessidade de assentar a comunidade internacional em valores fundamentais surgiu principalmente após a 2ª Guerra Mundial.

A própria jurisprudência internacional aceitou a existência do *ius cogens*, ainda que muitas vezes não tenha-se valido dessa expressão.

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, admitindo a existência de regras imperativas de Direito Internacional, limitou-se a:

– caracterizar o *ius cogens* internacional como norma imperativa de *Direito Internacional Geral*,

– exigir que seja aceite e reconhecido pela comunidade internacional no seu conjunto e

– tornar nulo o tratado a ele contrário<sup>71</sup>.

A admissão da existência do *ius cogens* internacional é prova da crise do voluntarismo e está de acordo com as modernas concepções do Direito Internacional, que não mais se baseiam no conceito de soberania indivisível dos Estados<sup>72</sup>.

O artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados foi aprovado por 87 (oitenta e sete) votos contra 8 (oito), com 12 (doze) abstenções, o que comprova a existência do *ius cogens* internacional limitando a liberdade contratual dos Estados em nome de interesses de toda a comunidade internacional de Estados<sup>73</sup>.

## Notas

<sup>1</sup> Sobre o fundamento do *ius cogens*, vide o Capítulo II de ALEXIDZE, Levan. *Legal Nature of jus cogens in Contemporary international law*. Recueil des cours de l'Académie de Droit International, 1981-III, Tomo 172, p. 243-258.

<sup>2</sup> Sobre esse último ponto, vide ALEXIDZE, 1981:237-242.

<sup>3</sup> BURDESE, A. *Manuale di Diritto Privato Romano*. 4. ed. Torino : Utet, 1993. ristampa 1996. p. 5.

<sup>4</sup> Di PIETRO, Alfredo. *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires : Depalma, 1996. p.41.

<sup>5</sup> Vide RODAS, João Grandino. “*Ius cogens* em Direito Internacional”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 69, 1974. p. 134.

<sup>6</sup> RUDA, José María. Nulidade de los Tratados. In: *International Law at a Time of Perplexity—Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, organizado por Yoram Dinstein, p. 674.

<sup>7</sup> Todas essas considerações iniciais serão adiante aprofundadas, oportunamente.

<sup>8</sup> PEREIRA, André Gonçalves, QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. 3. ed. Coimbra : Almedina, 1997. p. 277.

<sup>9</sup> PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 279., e notas 4 a 6 mencionam outros casos envolvendo aplicação do direito cogente internacional.

<sup>10</sup> BOGGIANO menciona dois casos da Corte Suprema da Nação Argentina aplicando o conceito de *ius cogens* (BOGGIANO, Antonio. *Teoria del Derecho Internacional—las relaciones entre los ordenamientos jurídicos—ius inter iura*. Buenos Aires : La Ley, 1996. p. 60).

– à violação ao princípio da defesa e direito à jurisdição (caso Washington Carranza). A questão básica envolvida, nesse caso, é a da conciliação da norma de um tratado conferindo imunidade de jurisdição a uma organização internacional e a norma constitucional argentina reconhecendo à outra parte o Direito à jurisdição (o art. 4º do Acordo de Sede da Comissão Técnica Mista de Salto Grande atribui-lhe imunidade de jurisdição) BOGGIANO, Antonio. 1996. p. 447.

– à proibição do genocídio, alegando que o genocídio não pode-se justificar como represália por um ato ilícito prévio (caso Priebke) BOGGIANO, Antonio. 1996. p. 740.

<sup>11</sup> Os autores citam, ainda, outro caso, o *Filartiga*, da Suprema Corte norte-americana. PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 280.

<sup>12</sup> Esse tópico é tratado no Capítulo II (*The Identification of the ius cogens norms*) de ROZAKIS, Christos L. *The Concept of ius cogens in the Law of Treaties*. Amsterdam/New York/Oxford: North-Holland Publishing Company, 1976. p. 44-84.

<sup>13</sup> RONZITTI, Natalino. *La disciplina dello ius cogens nella Convenzione di Viena sul Diritto dei Trattati*. In: *Comunicazioni e Studi*. Milano: Giuffrè, v. 15, 1978. p. 248-250. O autor utilizou-se, nessa parte, das informações contidas nos Documentos Oficiais das Conferências das Nações Unidas sobre Direito dos Tratados (Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première session, Vienne, 26 mars – 24 mai 1968. Documents Officiels, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière, New York, 1969 e também Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969, Documents Officiels, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière, New York, 1970).

<sup>14</sup> Quanto a uma enumeração de normas de *ius cogens*, para Antonio BOGGIANO, faz parte do *ius cogens* a proibição:

- ao uso da força;
- ao tráfico de escravos;
- à pirataria;
- ao genocídio;
- à violação dos direitos humanos;
- à igualdade dos Estados e
- ao princípio da autodeterminação dos povos.

O autor complementa, ainda, aduzindo que o conceito de *ius cogens* deve ser desenvolvido pela prática dos Estados e pela jurisprudência dos Tribunais internacionais BOGGIANO, Antonio. 1996. p. 60-61.

<sup>15</sup> Vide, a respeito, RODAS, 1974. p.129.

<sup>16</sup> Esses itens apenas descrevem a natureza de uma norma de *ius cogens*, sem, porém, permitirem uma individualização.

<sup>17</sup> O primeiro requisito – exigência da generalidade da norma – encontrava-se já no projeto da Comissão, cujo texto definitivo foi redigido em 1966. RODAS. 1974. p.127; já o segundo decorre de emenda da Grécia, Finlândia e Espanha, que porém, mencionavam só “reconhecimento”, e pela Comunidade Internacional (sem se referir a “no seu conjunto”). Os acréscimos posteriores (“aceitação”, além de reconhecimento, e Comunidade Internacional “no seu conjunto”) decorrem das propostas do Comitê de Redação. RONZITTI. 1978. p. 250-251.

<sup>18</sup> Como é sabido, além do Direito Internacional Geral, existe o Direito Internacional Pactício, decorrente este último da celebração de tratados por parte dos membros da comunidade internacional. A propósito, Rodas apregoa que o caráter universal de o *ius cogens* está justamente realçado pelo fato de o direito cogente ser constituído exclusivamente de normas de Direito Internacional geral. RODAS. 1974. p. 128.

<sup>19</sup> RONZITTI. 1978. p. 251. PEREIRA e QUADROS chegam a falar em “Direito Constitucional Internacional” [PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 282-283].

<sup>20</sup> Sobre a admissão de um *ius cogens* regional, vide RONZITTI. 1978. p. 252., nota 18, em que há referências bibliográficas de autores que o admitem.

<sup>21</sup> PEREIRA e QUADROS mencionam o Acórdão da Corte Internacional de Justiça, de 27 de junho de 1986, referente ao caso das atividades militares e paramilitares na Nicarágua, “onde o Tribunal admitiu a existência de Direito cogente regional” PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 281. outra tentativa de alegação da existência de *ius cogens* regional encontra-se nas páginas 281-282. Os autores expressamente se manifestam favoráveis à existência do direito cogente regional, que porém “deverá sempre respeitar as regras para-universais ou gerais de *ius cogens*.” PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 282. Já para MORELLI, as normas imperativas pertencem ao Direito Internacional geral. MORELLI. Gaetano, *A proposito di norme internazionali cogenti*, Rivista di Diritto Internazionale, v. 51, 1968. p. 110-116.

<sup>22</sup> Feita com o escopo apenas de melhor aclarar a definição de *ius cogens* elaborada pela Comissão.

<sup>23</sup> RONZITTI. 1978. p. 253-254.

<sup>24</sup> Nesse sentido, manifestou-se a Polônia [RONZITTI, 1978:255].

<sup>25</sup> RONZITTI, 1978:255. Vide também a nota 27 do mesmo autor, indicando quem compartilha desse mesmo entendimento e quem, porém, levanta dúvidas.

<sup>26</sup> Assim, não é pelo fato de a República Popular da China – e outros poucos Estados de regime não-democrático – “não terem ainda ratificado a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os Pactos de 1966 que se pode dizer que as suas regras não são imperativas para toda a Comunidade Internacional.” PEREIRA, QUADROS: 1997:282. Nesse mesmo sentido, Alexidze entende que “comunidade internacional no seu conjunto” deve englobar cada qual dos grupos políticos de Estados existentes no mundo, e um ou dois membros de cada grupo não podem afetar o estabelecimento do *ius cogens* ALEXIDZE. 1981. p. 258.

<sup>27</sup> Ou seja, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, entrando em vigor em 22 de março de 1976. PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 91.

<sup>28</sup> PEREIRA, QUADROS: 1997:282-283.

<sup>29</sup> Quanto à controvérsia de se saber se todos os tratados, até mesmo os regionais, sobre Direitos do Homem, configuram direito cogente ou não, os autores afirmam que pertencem ao direito imperativo ao menos os mais importantes dos direitos e liberdades consagrados na Declaração Universal de 1948 e nos Pactos de 1966 e que não fazem parte do direito consuetudinário geral, como os direitos à vida, propriedade privada, liberdade, constituição da família, liberdades de

expressão do pensamento, de reunião, associação, de circulação... Afirmam ainda os autores que o âmbito do Direito Internacional geral imperativo deve-se alargar, englobando todos os direitos e liberdades reconhecidos pela Declaração Universal e pelos Pactos de 1966, e encerram esse ponto de vista corroborando o entendimento de Dominique Carreau, afirmando que: “o conceito de *ius cogens* é evolutivo, podendo regras que hoje já cabem nele deixar de o fazer e vice-versa. Mas a tendência é, sem dúvida, para o alargamento do conteúdo do conceito.” PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 284. Considerando o caráter evolutivo do *ius cogens*, podemos afirmar que um tratado pode conter uma nova norma de *ius cogens* que contrarie uma anterior e a derogue.

<sup>30</sup> Isso significa a participação de Estados tanto ocidentais quanto orientais, desenvolvidos e em vias de desenvolvimento, etc.

<sup>31</sup> Sobre as dúvidas em torno dessa teoria, vide nota 28 de RONZITTI. 1978. p. 256.

<sup>32</sup> RONZITTI. 1978. p. 256. Essa opinião é reforçada pelos trabalhos preparatórios da Convenção.

<sup>33</sup> Artigo 38: “1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;

b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;

c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;

d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.”

<sup>34</sup> Há, porém, os que afirmam ser possível um acordo criar normas imperativas (vide, a respeito, nota 31, RONZITTI. 1978. p. 258); entre os argumentos ali utilizados, está o da possibilidade de uma Convenção multilateral geral poder modificar, e, portanto, também criar, uma norma cogente. RONZITTI. 1978. p. 258.

<sup>35</sup> Vide, a propósito, o art. 38 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (art. 38 *Regras de um tratado tornadas obrigatórias para terceiros Estados por força do costume internacional* “Nada nos artigos 34 a 37 impede que uma regra prevista em tratado se torne obrigatória para terceiros Estados como regra costumeira de direito internacional, reconhecida como tal”).

<sup>36</sup> Art. 26 *Pacta sunt servanda* “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”.

<sup>37</sup> RONZITTI. 1978. p. 260-261. principalmente nota 34. Sobre a possibilidade de derrogação de princípios gerais de direito, vide ALEXIDZE. 1981. p. 252-

253, e sobre princípios de direito internacional com caráter imperativo, vide o mesmo autor, p. 253, *in fine*. Já Pereira e Quadros entendem que todos os princípios gerais de direito encontram-se incluídos no Direito Imperativo, estando, assim, igualmente, no topo da hierarquia. Conseqüentemente, todo e qualquer tratado que seja celebrado contrariamente a um princípio geral de Direito é nulo PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 287. Já quanto ao conflito entre os próprios princípios, é curiosa a hipótese proposta por Boggiano: o autor trata do caso de conflito entre duas normas de *ius cogens*, v. g., a proibição ao uso da força e a autodeterminação dos povos. Entende Boggiano que não é lícito violar uma norma imperativa – proibição ao uso da força – “para alcançar o resultado ao qual conduziria a aplicação da autodeterminação dos povos” BOGGIANO, Antonio. 1996. p. 61.

<sup>38</sup> A Itália manifestou-se considerando normas imperativas um grupo restrito das normas consuetudinárias; igualmente o fez a Bulgária. Já para a Polônia, as normas imperativas de Direito Internacional advêm tanto do costume quanto do acordo, mas, neste último caso, o pacto deve-se transformar em Direito Internacional consuetudinário (art. 38 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados). RONZITTI. 1978. p. 363. Vide, também, RODAS. 1974. p.128.

<sup>39</sup> O ato jurídico, para ser válido juridicamente, deve preencher os seguintes requisitos:

1) sujeito capaz;

2) objeto lícito;

3) observação da forma prescrita ou não defesa em lei.

Essas condições gerais de validade do ato jurídico também se aplicam aos tratados, já que estes não deixam de ser atos jurídicos (atos jurídicos internacionais, mas, de qualquer forma, atos jurídicos).

Se o tratado não atender a esses três requisitos, será sancionado pelo Direito Internacional com a nulidade, ou seja, carece de efeitos jurídicos (ser nulo significa não produzir efeitos jurídicos).

Isso porque se um tratado conflitar com uma norma de direito cogente, configura-se justamente a hipótese de objeto ilícito. O mesmo se dá quando é violada a ordem pública internacional e os bons costumes. Como bem acentua Vicente Ráo, os atos que contrariem a ordem pública, as disposições imperativas de lei e os bons costumes são nulos, sendo essa nulidade absoluta, podendo assim ser argüida por qualquer interessado e pelo Ministério Público, podendo, inclusive, ser decretada *ex officio* pelo juiz, ao conhecer o fato. RÁO, Vicente, *Ato Jurídico*: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração, 3. ed. São Paulo : RT, 1994. p. 132-133.

<sup>40</sup> RUDA, José Maria. Nulidade de los tratados. In: *International Law at a Time of Perplexity – Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, organizado por Yoram Dinstein, p. 661.

<sup>41</sup> Não entraremos aqui nessa discussão, nem tampouco na diferença terminológica existente na doutrina quanto à nulidade dos tratados. Mencionaremos apenas que Ronzitti prefere “invalidade” – termo mais amplo – à “nulidade”, isso depois de ressaltar que alguns autores adotam a dicotomia nulidade relativa/nulidade absoluta, enquanto outros, ao contrário, afirmam não existirem, no ordenamento internacional, as categorias, do Direito Interno, de nulidade/anulabilidade. RONZITTI. 1978. p. 264-265.

<sup>42</sup> O objetivo aqui é desencorajar o uso da força no cenário internacional.

<sup>43</sup> Procura-se aqui defender a ordem pública internacional.

<sup>44</sup> Ou, se preferir, na versão inglesa: “A *treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.*” In: ALEXIDZE, 1981. p. 227.

<sup>45</sup> O texto da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados pode ser encontrado em RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 4. ed. São Paulo : RT, 1993. p. 242-271.

<sup>46</sup> Sobre responsabilidade do Estado, *vide* GAJA, Giorgio. *Jus Cogens* beyond the Vienna Convention. *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 172, 1981-III, p. 290-301.

<sup>47</sup> Essa ação popular foi admitida pela Corte Internacional de Justiça no caso *Barcelona Traction* PE-REIRA, QUADROS. 1997. p. 285.

<sup>48</sup> Trata-se de regra geral, disciplinando todas as causas de “invalidade”.

<sup>49</sup> Para RONZITTI, melhor teria sido a opção de considerar desde logo eficaz a declaração da parte de invalidade do tratado por violação do *ius cogens* e a posterior verificação da procedência dessa declaração. Caso a declaração do Estado fosse, porém, de fato, improcedente, desconsiderar-se-ia essa declaração de invalidade e o Estado responderia pela falta de execução do tratado. Assim, evitar-se-ia a situação absurda de ter um Estado que continua executando um tratado que entende violador do *ius cogens*, por observância do procedimento estabelecido no art. 65 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Para amenizar essa situação, o que a parte pode fazer é ater-se ao prazo mínimo da notificação (três meses) ou, então, requerer à Corte Internacional de Justiça a concessão de uma liminar, em medida cautelar, de suspensão da execução do tratado. RONZITTI. 1978. p. 267-268.

<sup>50</sup> Bernardini igualmente entende que a parte pode adotar o procedimento do art. 65 ou, então, simplesmente fazer uma declaração de invalidade, que seria

plenamente operante e lícita, e encerrar imediatamente a execução do tratado. *apud* RONZITTI. 1978. p. 267-268, mais especificamente na nota 47.

<sup>51</sup> *Vide* nota 55, de RONZITTI, 1978. p. 273; sobre a discussão levantada, nos trabalhos preparatórios da Convenção de Viena, sobre a possibilidade de qualquer Estado, ainda que não-membro do tratado violador, invocar a invalidade desse tratado. O autor esclarece, ainda, em referida nota, que, pelo fato do *ius cogens* proteger interesses de toda a comunidade internacional, a execução de um tratado violador de norma de *ius cogens* é um ilícito, podendo, assim, todo e qualquer Estado requerer dos Estados membros do Tratado violador uma reparação, que pode, inclusive, consistir no reconhecimento da invalidade desse tratado, fazendo valer o § 1º do art. 71 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

<sup>52</sup> RONZITTI. 1978. p. 272.

<sup>53</sup> A doutrina discute se esse art. 64 é uma causa de extinção ou de invalidade de tratado, ou, ainda, uma categoria intermediária. *Vide* nota 57 de RONZITTI. 1978. p. 274., sobre a doutrina em cada um desses sentidos. O autor demonstra sua opinião ao nos dizer que o art. 71, § 2º, da Convenção de Viena determina as conseqüências da nulidade e extinção de um tratado, decorrente justamente do supramencionado art. 64, e o estipulado por esse art. 71, § 2º, repete, em linhas gerais, o contido no art. 70, que regula as conseqüências da *extinção de tratados*, e não do art. 69, referente à invalidade.

<sup>54</sup> *Desde que esses direitos, obrigações ou situações possam ser mantidos posteriormente, na medida em que isso não entre em conflito com a nova norma imperativa de direito internacional geral* (art. 71, § 2º, “b”, *in fine*, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados).

<sup>55</sup> RONZITTI. 1978. p. 276-278.

<sup>56</sup> RONZITTI. 1978. p. 276.

<sup>57</sup> RONZITTI. 1978. p. 279-281.

<sup>58</sup> RONZITTI. 1978. p. 281-282.

<sup>59</sup> Esse prazo de três meses pode ser abreviado, dependendo de particular urgência, conforme já informamos *supra*.

<sup>60</sup> Art. 33 da Carta das Nações Unidas: (Capítulo VI: Solução pacífica de controvérsias)

“§ 1º: As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha.

§ 2º: O Conselho de Segurança convidará, quando julgar necessário, as referidas partes a resolver, por tais meios, suas controvérsias.”

<sup>61</sup> *Vide*, sobre a jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça. RODAS. 1974. p. 131.

<sup>62</sup> Vários Estados se opuseram à reserva da Tunísia, acentuando que o art. 66, alínea “a”, conferia com-

petência obrigatória à Corte Internacional de Justiça apenas em matéria de interpretação e aplicação dos arts. 53 e 64 da Convenção de Viena. RONZITTI. 1978. p.284-285.

<sup>63</sup> RONZITTI. 1978. p. 285-286.

<sup>64</sup> A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados foi aberta à assinatura, em Viena, em 1969 e entrou em vigor a 27 de janeiro de 1980. RANGE. 1993. p. 242.

<sup>65</sup> “Art. 4º. Sem prejuízo da aplicação de quaisquer regras enunciadas na presente Convenção, às quais os tratados estejam submetidos em virtude do direito internacional independentemente da Convenção, esta somente se aplicará aos tratados concluídos por Estados depois de sua entrada em vigor, em relação a esses Estados.”

<sup>66</sup> Também Pereira e Quadros entendem que, pela Convenção de Viena, é nulo *qualquer tratado, anterior ou posterior*, que contrarie o direito cogente internacional PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 281.

<sup>67</sup> RONZITTI. 1978. p. 295-296.

<sup>68</sup> RONZITTI. 1978. p. 296, principalmente nota 87.

<sup>69</sup> PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 277.

<sup>70</sup> PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 278.

<sup>71</sup> PEREIRA, QUADROS. 1997. p.281.

<sup>72</sup> PEREIRA, QUADROS. 1997. p. 285-286.

<sup>73</sup> ALEXIDZE. 1981. p. 231.

### Bibliografia

ALEXIDZE, Levan. Legal nature of *jus cogens*. In: *Contemporary international law*. [s.l.] : Recueil des cours de l'Académie de Droit International. Tomo 172, 1981-III, p. 219-270.

BOGGIANO, Antonio. *Teoria del Derecho Internacional*: las relaciones entre los ordenamientos jurídicos – *ius inter iura*. Buenos Aires : La Ley, 1996.

BURDESE, A. *Manuale di Diritto Privato Romano*. 4. ed. Torino : Utet, 1993. ristampa 1996.

*Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première session, Vienne, 26 mars – 24 mai 1968. Documents Officiels, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière*, New York, 1969.

DINSTEIN, Yoram (org.) In: *International Law at a Time of Perplexity – Essays in Honour of Shabtai Rosenne*. Netherlands : Martinus Nijhoff Publishers, 1989.

GAJA, Giorgio. *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*. Recueil des cours de l'Académie de Droit International. Tomo 172, 1981-III, p. 271-316.

MORELLI, Gaetano. Norme dispositive di diritto internazionale. *Rivista di Diritto Internazionale*. v.11, 1932. p. 483-508.

MORELLI, Gaetano. A proposito di norme internazionali cogenti. *Rivista di Diritto Internazionale*. v.51, 1968. p. 108-117.

PEREIRA, André Gonçalves, QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. 3. ed. Coimbra : Almedina, 1997.

Di PIETRO, Alfredo. *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires : Depalma, 1996.

RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 4. ed. São Paulo : RT, 1993.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 3. ed. São Paulo : RT, 1994.

RODAS, João Grandino. “*Jus cogens* em Direito Internacional”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v.69, 1974. p. 125-136.

RONZITTI, Natalino. La disciplina dello *ius cogens* nella Convenzione di Viena sul Diritto dei Trattati. in *Comunicazioni e Studi*. Milano : Giuffrè, v. 15, 1978. p. 243-299.

RUDA, José Maria. Nulidade de los Tratados. In: DINSTEIN, Yoram (org.). *International law at a time of perplexity* : essays in Honour of Shabtai Rosenne. Netherlands : Martinus Nijhoff Publishers, s.d. p. 661-678.

# O controle de constitucionalidade na França

Domingos Augusto Paiva

## Sumário

1. Introdução. 2. O Conselho Constitucional. 3. A reviravolta de 1971 e a reforma de 1974. 4. Os textos legais controlados. 5. Os limites e o alcance do controle. 6. As técnicas interpretativas. 7. A eficácia. 8. Os novos rumos? 9. Conclusão.

## 1. Introdução

Quantos não são os estudos sobre controle de constitucionalidade que não evocam o chamado “modelo francês”?

Saber que é do tipo *a priori* ou preventivo e que efetuado pelo Conselho Constitucional são traços apenas preliminares, em vista do enorme interesse que a justiça constitucional desperta hoje no mundo.

Afinal, como se opera o dito controle? Quais são as normas a ele submissas? Como pode a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 bloquear a edição de uma lei? O Conselho Constitucional é um órgão político, um supremo tribunal ou uma corte constitucional? Qual o alcance de sua competência? O que se passa com um projeto de lei declarado não-conforme? E com um projeto declarado parcialmente conforme? Existiriam técnicas interpretativas próprias? Que eficácia possui?

Essas são algumas das questões que buscaremos responder ao longo dos próximos capítulos.

Domingos Augusto Paiva de Almeida é aluno do 9º período da graduação em direito na UFPE. Ex-monitor de direito constitucional.

## 2. O Conselho Constitucional

Compreender como se opera ou mesmo o que é o controle de constitucionalidade na França pressupõe um estudo prévio sobre a origem, a composição e o funcionamento do órgão que o exerce: o Conselho Constitucional.

As primeiras Constituições foram criadas para limitar o poder estatal e precisavam ser respeitadas. Incumbir a tarefa aos juizes era impensável, porque cúmplices do *Ancien Régime*. Assim, de início, coube ao próprio rei o dever de não sancionar e aos ministros o de não promulgar os projetos do *Corpo Legislativo* quando violadas as regras procedimentais (art. 10 da Carta de 3-9-1791); poder que passou ao *Diretório Executivo* na Carta de 22-8-1795, art. 131.

Sob Napoleão, o controle foi transferido do executivo ao *Senado Conservador*, intervindo agora também no conteúdo das leis (arts. 21 e 37 da Carta de 13-12-1799), o que foi retomado no Segundo Império, sob Napoleão III (art. 26 da Carta de 14-1-1852). Ambas experiências fortaleciam o poder imperial em detrimento da representação popular, de onde a secular desconfiança republicana no controle de constitucionalidade.

A Carta de 27-10-1946 instituía um bicameralismo quase que fictício, no qual as leis eram votadas apenas pelos deputados (art. 13). Para evitar abusos, criou-se o *Comitê Constitucional*, composto por parlamentares e pelo Presidente da República. Cabia-lhe verificar, quanto ao procedimento, se os projetos de lei supunham uma revisão da Constituição, que seria reformada caso mantido o vício (arts. 91 a 93).

Enfim, nascida de uma vasta crise institucional, a 5ª República (Carta de 4 de outubro de 1958) reformulou profundamente o parlamentarismo francês e a criação do Conselho Constitucional representou um dos marcos nessa mudança de paradigmas.

De um lado, as funções do Parlamento foram estritamente reguladas. As matérias privativas da lei ficaram enunciadas taxati-

vamente (art. 34), podendo o Governo legislar residualmente via *decreto autônomo* (art. 37), divisão que seria fiscalizada pelo Conselho Constitucional. O Executivo foi fortalecido como nunca. Foi dotado de ampla ingerência no procedimento legislativo, podendo dissolver a Assembléia Nacional, recusar emendas, estipular a pauta de deliberações, solicitar delegação legislativa, apresentar projetos de lei<sup>1</sup>.

O Conselho Constitucional foi concebido como órgão que viria auxiliar o Governo. Ele fiscalizaria a nova divisão de competências normativas estabelecidas pela Constituição de 1958, de modo a manter a lógica da *racionalização do parlamentarismo*. O controle de constitucionalidade visava portanto a regulação dos poderes políticos, que se realizaria por meio de um controle abstrato de normas ou contencioso objetivo<sup>2</sup>.

O Conselho se compõe de nove membros e se renova trienalmente por terças partes. O mandato dos membros é de nove anos, sem recondução. Três deles são nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente do Senado e três pelo da Assembléia Nacional. Os ex-presidentes da República têm direito perpétuo a integrar o colegiado, regra porém de rara eficácia (art. 56 da CRF. 58)<sup>3</sup>.

O Presidente da República nomeia o Presidente do Conselho, cujas prerrogativas são as de desempatar as votações (art. 56, al. 3), designar o relator de cada processo, conduzir o contencioso, ordenar as despesas e nomear o secretário-geral, o qual organiza e prepara os trabalhos dos conselheiros auxiliado por um grupo de assistentes.

Os conselheiros gozam de inamovibilidade no cargo. Suas funções são incompatíveis com as de membro do Governo, do Parlamento (art. 57 da CRF. 58), do Conselho Econômico e Social (art. 4º da *ordonnance* de 7-11-1958 regrido lei orgânica sobre o Conselho Constitucional) e com todo mandato eletivo (lei orgânica de 20-1-1995).

Particularidade francesa, não se exigem quaisquer requisitos profissionais, intelec-

tuais ou morais como habilitação ao cargo e as nomeações são totalmente discricionárias. É de praxe a escolha de magistrados, advogados e professores de direito e de muitos com atividades políticas (deputados, ministros, senadores...).

Também de praxe as normas reguladoras do procedimento, pois não codificado. O mais usual é o das leis ordinárias. Ele se inicia com o registro da arguição de inconstitucionalidade. Em seguida, são solicitadas informações aos presidentes das Assembleias e ao Governo. Designa-se um relator, que reunirá o projeto de lei impugnado, o requerimento impugnante, documentos relativos aos debates parlamentares, jurisprudência do Conselho, das cortes judiciais (Conselho de Estado e Corte de Cassação) e mesmo de cortes estrangeiras ou supranacionais<sup>4</sup>.

À guisa de contraditório, o Secretariado-Geral do Governo envia contrarrazoado defendendo a constitucionalidade do projeto. Cartas, memorandos e demais documentos remetidos por parlamentares, sindicatos, associações ou grupos interessados, além de pareceres de juristas, artigos de doutrina ou mesmo de jornal também podem ser coletados, dando maior amplitude ao debate.

Finda a fase instrutória, o relator apresenta o seu relatório junto com o projeto de decisão. Não há audiência pública e nem intervenção de procuradores. Tradição francesa, os votos dissidentes não são divulgados, a decisão sendo tomada em segredo, por maioria simples, presentes ao menos sete conselheiros. As decisões tornaram-se mais longas e melhor estruturadas a partir de 1983, quando também as peças das autoridades litigantes passaram a ser publicadas no Diário Oficial.

Embora discricionárias as nomeações, o Conselho adquiriu grande autonomia funcional, sem dúvida graças à inamovibilidade do cargo, à irrecondutibilidade, ao sigilo das votações, ao próprio bom senso e integridade dos conselheiros, além da estabilidade das instituições da 5ª República.

### 3. A reviravolta de 1971 e a reforma de 1974

Quando o General De Gaulle elaborou a Constituição de 1958, duas concepções do controle de constitucionalidade eram aplicadas no mundo.

Uma, intitulada do tipo *difuso* ou sistema americano, inaugurada pela decisão Marbury/Madison em 1803, cabendo a qualquer juiz, à luz do caso concreto, negar eficácia a uma lei inconstitucional, resguardado o poder de cassação da Suprema Corte.

Outra, do tipo *concentrado* ou sistema continental europeu, concebida por Hans Kelsen e posta em prática na Áustria em 1920. Inicialmente, visava assegurar a repartição de competências entre os órgãos estatais e entre os componentes da Federação. Mais tarde, passou a proteger os direitos fundamentais dos governados contra a atuação abusiva do Estado-legislador e do Estado-juiz.

Chama-se controle concentrado porque exercido por um órgão único e especializado, a corte ou tribunal constitucional, a quem o juiz do caso concreto deve dirigir-se, suspendendo o andamento do processo, quando alguma das partes tenha argüido a exceção de inconstitucionalidade.

As constituições de vários países passaram a adotar essa ou aquela forma de controle sobretudo depois do trauma provocado pela experiência nazista: sistema concentrado na Áustria (1945) e na Alemanha (1949); e difuso no Japão (1947) e na Itália (1948-1956). Entre outras, havia a preocupação de melhor tutelar os direitos fundamentais contra os abusos cometidos por simples *maiorias políticas passageiras*.

A França de 1958 não se preocupou em tutelar princípios fundamentais ou direitos básicos do homem. Buscou apenas resguardar a distribuição de competências normativas entre Governo e Parlamento, o que de certo modo se aproximava da concepção kelseniana de 1920. O próprio texto constitucional sequer dispõe de uma listagem de

direitos fundamentais, contendo raras normas substantivas<sup>5</sup>. No entanto, diz o seu Preâmbulo:

*“O povo francês proclama solenemente sua ligação aos Direitos do Homem e aos princípios da soberania nacional tais como eles foram definidos pela Declaração de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946”*.

Foi justamente com base no preâmbulo que se proferiu uma das decisões jurisprudenciais mais ousadas após a célebre *Marbury/Madison* de 1803: *a decisão de 16 de julho de 1971 (liberdade de associação)*.

O mérito da decisão de 16 de julho de 1971 foi de *constitucionalizar* o Preâmbulo de 1958 e, por conseqüência, as normas-princípios enunciadas na Declaração de 1789 e no Preâmbulo de 1946.

O raciocínio desenvolvido foi o seguinte. O projeto de lei cerceava o princípio da liberdade de associação. Esse princípio não era enunciado em qualquer texto, preâmbulo ou declaração constitucional. Mas se qualificava no vago conceito de *princípio fundamental reconhecido pelas leis da República* (PFRLR), contido no Preâmbulo de 1946, ao qual fazia referência o Preâmbulo de 1958. E, para o Conselho, os PFRLR seriam aqueles que nunca sofreram restrição pelas leis ordinárias da 3ª República sobretudo (1875-1940).

Assim, a Constituição francesa passou a ter um sentido ampliado. Usa-se comumente a expressão “bloco de constitucionalidade”<sup>7</sup> para indicar os elementos que compõem: a) o próprio texto de 58; b) seu Preâmbulo; c) a Declaração de 1789, que enuncia direitos civis e políticos; d) o Preâmbulo de 1946, enunciando direitos sociais e econômicos “particularmente necessários ao nosso tempo”; e) os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República<sup>8</sup>; e f) os princípios ou objetivos de valor constitucional<sup>9</sup>.

A segunda grande mudança veio com a *reforma constitucional de 29 de outubro de 1974*, ao permitir que grupo de 60 (sessenta) depu-

tados ou 60 (sessenta) senadores desencadeie o controle facultativo das leis ordinárias, o que, *grosso modo*, corresponde a 1/8 da Assembléia Nacional ou a 1/5 do Senado (art. 61, al. 2).

Antes, só os Presidentes da Assembléia, do Senado, da República e o Primeiro Ministro possuíam essa legitimidade e, como até então eram coligados políticos, não precisavam impugnar as próprias leis. A reforma de 1974, portanto, ajustou o controle de constitucionalidade ao chamado *fenômeno majoritário* alcançado na 5ª República. Nela, os conflitos políticos se centraram no eixo Governo/majoria parlamentar x minoria parlamentar, findo o problema da multiplicidade de partidos e da fragilidade das coligações governistas.

A partir da reforma, a oposição passou a argüir de inconstitucionalidade os projetos de lei mais importantes. As decisões do Conselho passaram a interessar cada vez mais à opinião pública, pois capazes de coroar ou reprimir determinadas políticas que o Governo, mediante sua maioria, tentava veicular<sup>10</sup>.

Sistematicamente argüido, o Conselho pôde então expandir consideravelmente sua jurisprudência, sobretudo em função da reviravolta de 16 de julho de 1971. Consagra-se aí o surgimento de um autêntico controle de constitucionalidade, que deixou de se limitar à regulação dos conflitos entre os órgãos estatais para alcançar também a proteção dos direitos fundamentais dos governados.

A reforma de 1974, combinada com a decisão de 16-7-1971, levou o Conselho a firmar vasta jurisprudência, calcada sobretudo em princípios, como o da igualdade diante da lei (27-12-73), liberdade individual (12-1-77), liberdade de ensino (23-11-77), direito de greve (25-7-79), pluralismo dos meios de expressão (27-7-82), direito de propriedade e liberdade de comércio (16-1-82, Nacionalizações; 25-26-6-86, Privatizações), liberdade sindical (25-7-89), dignidade da pessoa humana (27-7-94) etc.

#### 4. Os textos legais controlados

A previsão de controle se restringe a quatro tipos de textos: a) leis orgânicas; b) regulamentos internos das assembleias; c) leis ordinárias; e d) “engajamentos internacionais”.

Nos dois primeiros casos, o exame diz-se obrigatório, pois constitui uma etapa indispensável do procedimento legislativo, sem o que não haverá promulgação. Nos outros dois, diz-se facultativo, cabendo às autoridades requerentes a opção entre argüir-lhes a inconstitucionalidade ou deixar precluir a oportunidade.

As *leis orgânicas* são as que complementam a Constituição nas matérias por ela previstas e seguem procedimento legislativo especial (art. 46)<sup>11</sup>. O controle é do tipo obrigatório e a legitimidade ativa compete ao Primeiro Ministro. Registrado o requerimento, o Conselho tem trinta dias para proferir sua decisão (art. 61, al. 1).

Também obrigatório o exame dos *regulamentos internos das assembleias*, legitimado o Presidente da Assembleia concernente e de trinta dias o prazo de julgamento (art. 61, al.1). Testemunho do *parlamentarismo racionalizado*, esse tipo de controle evitou que as assembleias se auto-conferissem novas atribuições. Por outro lado, assegurou o respeito à minoria parlamentar, algumas vezes ameaçada pela supressão dos seus direitos básicos (Rousseau, 1995, p. 167).

As *leis ordinárias* são controláveis por três diferentes vias: a) pelo art. 41; b) pelo art. 37, al. 2, *in fine*; e c) pelo art. 61, al. 2, todos da CRF. 58.

O *art. 41* faculta ao Primeiro Ministro insurgir-se contra a usurpação de sua competência pelo legislador. Na Carta de 1958, como vimos, as matérias reguláveis por lei são taxativamente enunciadas (art. 34); enquanto as demais são do âmbito residual chamado regulamentar, disciplinadas por *decreto autônomo* (art. 37).

Se o Primeiro Ministro considerar que uma proposta de emenda ou um projeto de lei de iniciativa parlamentar implica extra-

polação do âmbito legal, poderá então declarar-lo(a) *irrecevável*, de modo a bloquear a votação. Nesse caso, o Presidente da Assembleia poderá ou não retirá-lo(a) da pauta. Não retirando, ocorre impasse entre as duas autoridades, que poderão argüir o Conselho para resolvê-lo em oito dias.

A declaração de *irrecevabilidade* não se subordina, todavia, a efeito preclusivo, pois o conflito de competência continua sendo discutível mesmo a lei já tendo sido promulgada. Por meio do *art. 37, al. 2, in fine*, o Primeiro Ministro pode, quando entender oportuno, provocar o Conselho para que opere a chamada “delegalização da lei”. Trata-se de um exame *a posteriori*, que consiste não em invalidar as disposições viciadas, mas apenas em retirar-lhes o *status* de lei, o que é feito dentro do próprio texto, de modo que possam posteriormente ser revogadas via simples decreto (30-7-82)<sup>12</sup>.

Na prática, a distinção entre o domínio legal e o regulamentar tornou-se menos relevante do que projetara o constituinte. O fenômeno majoritário permite ao Governo veicular leis ordinárias ao invés de decretos, o que democraticamente é mais legítimo. No mesmo sentido, é preferível afastar as propostas da oposição no momento da votação ao invés de se expor ao incidente da *irrecevabilidade*. Enfim, o Conselho não invalida as disposições legais apenas por infringir o âmbito regulamentar e inclusive consolidou jurisprudência no sentido de quase suprimir a *fronteira da lei*.

De maior interesse prático é o controle da lei ordinária via *art. 61, al. 2*, tendo em vista os efeitos produzidos pela reforma de 1974 combinada com a decisão de 16 de julho de 1971.

Lembremos que a legitimidade ativa compete aos Presidentes da República, da Assembleia Nacional, do Senado, ao Primeiro Ministro e a grupo formado por 60 (sessenta) deputados ou senadores. O julgamento se dá em 30 (trinta) dias, salvo se o Primeiro Ministro invocar urgência, caso em que se dará em 8 (oito) dias.

Via de regra, o procedimento é instaurado pelo grupo parlamentar e a defesa do projeto atacado incumbe ao Secretariado-Geral do Governo, mas permitida ampla instrução documental (*vide* cap. II). Considerando-se a diversidade dos temas discutidos (aborto, nacionalizações, privatizações, concentração de empresas da mídia, asilo, representação sindical, transferência de soberania para o âmbito comunitário, bioética etc.), é mesmo aconselhável a manifestação pluralista dos diversos setores da sociedade.

Ainda em relação às leis ordinárias, foi criada jurisprudencialmente uma importantíssima modalidade de controle *a posteriori*, que, caso melhor explorada, poderia acarretar uma nova e radical mudança do modelo francês.

Na *decisão de 23 de janeiro de 1985*, o Conselho entendeu admissível controlar as leis promulgadas alcançando inclusive os vícios de conteúdo, diferentemente da “delegatização”, também exercido *a posteriori*, mas restrito aos vícios de competência e ainda assim incapaz de invalidar uma disposição vigente.

A decisão de 23-1-85 permite o controle da lei promulgada na ocasião do controle *a priori* do projeto de lei que modifica, completa ou lhe afeta o domínio. Ou seja, não seria um controle direto sobre o texto da lei em vigor, mas inicialmente voltado para o projeto que de certo modo a altera. Nessa ocasião, o exame poder-se-ia estender também aos dispositivos da lei promulgada e, caso inconstitucionais, seriam anulados.

Por fim, o controle dos “engajamentos internacionais”. São os tratados bilaterais e multilaterais passíveis de ratificação, excluídas do conceito as normas produzidas pelos órgãos comunitários como os regulamentos e as diretivas.

São autoridades requerentes os Presidentes da República, da Assembléia Nacional, do Senado, o Primeiro Ministro e, depois da reforma de 25-6-92, também grupo de 60 (sessenta) deputados ou senadores (art. 54). O

prazo de julgamento é de trinta dias (9-4-92). Havendo inconformidade, não é o tratado que deve ser modificado, visto que outros países também o assinaram, mas a própria Constituição<sup>13</sup>.

Até o 1º de março de 1998, o contencioso objetivo produziu 585 decisões, sendo 81 sobre leis orgânicas; 56 sobre regulamentos internos das assembléias (art. 61, al. 1); 11 sobre *irrecevabilité* (art. 41); 181 sobre “delegatizações” (art. 37, al. 2, *in fine*); 250 sobre leis ordinárias via art. 61, al. 2 (sendo 233 ações de iniciativa de grupo parlamentar); e 6 sobre “engajamentos internacionais” (art. 54) (Avril, 1998, p. 84).

### 5. Os limites e o alcance do controle

Existem dois grandes parâmetros que balizam o alcance do controle de constitucionalidade: a *competência de atribuição* e o *controle de ofício*.

A competência do Conselho é dita de “atribuição” (Favoreu, 1967, p. 5). Não é todo conflito constitucional que se sujeita ao controle, mas apenas os indicados pelo texto. Por exemplo, não é atribuição do Conselho intervir na dissolução da Assembléia Nacional ou na destituição do Governo, nem tampouco solucionar o problema da bivalência de poderes executivos entre o Presidente da República e o Primeiro Ministro<sup>14</sup>.

No fundo, trata-se do princípio geral de direito público, que veda aos órgãos estatais atuar além dos poderes que possuem. Mas como guardião da Constituição, pragmaticamente compete ao próprio Conselho definir a que limites se subordina.

Assim, ele se declarou incompetente para controlar a subordinação das leis aos tratados, que, pelo art. 55, são-lhes hierarquicamente superiores (15-1-75); e para controlar a constitucionalidade do *referendum*, pois o entende como expressão “direta da soberania nacional”, ou seja, como expressão do poder constituinte (6-11-62 e 23-9-92).

Por outro lado, ele ampliou consideravelmente suas atribuições mediante as decisões: de 16 de julho de 1971, quando cen-

surou o legislador em face do Preâmbulo de 1946; de 23 de janeiro de 1985, quando permitiu o controle de leis já promulgadas; e de 9 de janeiro de 1990, quando autorizou a revogação de *referendum* por lei ordinária, ainda que não se julgue competente para examiná-lo.

Jurisprudência marcante é a da chamada “*inconstitucionalidade negativa*”. Por meio dela, censura-se o legislador que fica aquém de sua competência, que outorga um campo “muito excessivo” de regulamentação aos órgãos administrativos e governamentais.

Por exemplo, foram reputados inconstitucionais os projetos de lei que: em 17-1-82, permitia às próprias empresas estatais definir regras quanto à privatização de seu capital; em 18-9-82, limitava a concentração de empresas da mídia dada a ausência de regras suficientemente precisas para assegurar o princípio do pluralismo dos meios de expressão; em 30-12-87, autorizava às Câmaras de Comércio e Indústria a fixação do montante da taxa que arrecadam.

Censurar a “*inconstitucionalidade negativa*” significa, portanto, evitar uma outorga desmedida de competência ao Governo ou à Administração. Evita o esvaziamento das funções do Parlamento e assegura a proteção dos seus poderes, mantendo-os sempre ao alcance do controle de constitucionalidade.

O segundo grande parâmetro é o chamado “*controle de ofício*”. Diz respeito a uma certa condução autônoma do processo, o que não se confunde com a autoprovocação, porque o Conselho não é ele mesmo autoridade com legitimidade ativa<sup>15</sup>.

De um lado, o controle dito de ofício significa simplesmente que as razões apresentadas pelas autoridades litigantes não vinculam o veredicto. Embora deva apreciá-las e eventualmente rebatê-las, o Conselho pode fundamentar-se em motivos próprios. A motivação do pedido, aliás, não é condição de admissibilidade, de modo que, não raro, sequer há argumentos a serem apreciados<sup>16</sup>.

De outro lado, o controle de ofício significa julgamento *extra* e *ultra petita*, porque o

Conselho se entende competente para examinar na sua integralidade o texto que lhe é submetido (11-8-60).

Para as leis orgânicas e os regulamentos internos das assembléias, o exame integral é reputado obrigatório. Há o dever de encontrar todo tipo de vício: os do procedimento legislativo (inconstitucionalidades formais objetivas); os de competência do órgão (inconstitucionalidades formais subjetivas); e os de conteúdo da norma (inconstitucionalidades materiais ou substantivas)<sup>17</sup>.

Quanto às leis ordinárias, novamente se distinguem as três vias já referidas.

Pelo art. 61, al. 2, o exame da integralidade do texto é uma faculdade. Há os vícios que são explicitamente apontados pelas autoridades requerentes e os que eventualmente o Conselho entenda apurar *ex officio*. Mas, ao assim proceder, todo tipo de inconstitucionalidade é apreciável.

Por violação do princípio da igualdade, foi barrada uma disposição prevendo que, nas cidades com população superior a 3.500 habitantes, as listas de candidatos para as eleições municipais não poderiam contar mais de 75% de pessoas do mesmo sexo, vício que sequer tinha sido suscitado pelos requerentes (18-11-83).

O exame da *irrecevabilidade* (art. 41, al. 2) e da “*delegalização*” (art. 37, al. 2, *in fine*) se limita às inconstitucionalidades formais subjetivas. Conforme já dito, limita-se a verificar se o legislador extrapolou sua competência, ultrapassando a fronteira da lei com o “*decreto autônomo*”. Eventuais vícios de conteúdo e de procedimentos não são apreciáveis (23-5-79).

Os “*engajamentos internacionais*”, tal como as leis orgânicas e regulamentos internos, devem obrigatoriamente ter todo o seu texto examinado. Quando a argüição não recai diretamente sobre o tratado mas sobre o projeto de lei que o ratifica, o exame integral torna-se então apenas facultativo, pois baseado no art. 61, al. 2, e não no art. 54 (25-2-92). Também é o caso das diretivas comunitárias, cuja constitucionalidade pode

ser auferida por meio do projeto de lei que a transpõe ao direito interno (3-8-94).

Vale frisar que, a partir de 1981, quando a França permitiu o recurso individual à Corte Européia dos Direitos do Homem, maior número de decisões passaram a apreciar minuciosamente a integralidade do texto (18-11-82, 28-7-89, 16-7-96 etc.), sem dúvida, precavendo-se contra eventual desfeita das instituições pátrias no âmbito internacional.

### 6. As técnicas interpretativas

As técnicas interpretativas empregadas pelo juiz constitucional são um hábil mecanismo de se evitar uma declaração de inconstitucionalidade. Na França, seu uso é freqüente. Elas se exprimem nas decisões de conformidade sob reservas, decisões que a doutrina classifica da seguinte forma (Burdeau, 1997, p. 702).

*Não puro e simples:* é uma decisão que simplesmente declara inexistir compatibilidade da norma legal com a Constituição, sem acrescentar maiores comentários, sem sugerir modificações que permitam remediar o vício.

*Não, mas:* é o veredicto de inconstitucionalidade, mas que orienta o legislador a alcançar o objetivo pretendido por vias constitucionais.

Por exemplo, na decisão de 16-1-82, o Conselho declarou inconstitucional o projeto sobre a nacionalização de um grande número de empresas por considerar “injustas” as modalidades de indenização aos seus acionários. Mas os motivos da decisão indicavam detalhadamente como o cálculo deveria ser feito, o que foi seguido pela nova versão do projeto, posteriormente julgada conforme.

*Sim, puro e simples:* é o juízo de conformidade, sem ressalvas, permitindo seja o projeto promulgado.

*Sim, com reservas:* é o juízo de conformidade, mas sob as reservas interpretativas formuladas na motivação, que visam indicar em qual sentido a norma deverá ser enten-

dida. Pressupõe-se que, entre as várias interpretações possíveis que o texto possui, algumas seriam inconstitucionais, onde o papel do juiz em afastá-las.

A doutrina francesa aponta três tipos de interpretações: neutralizante, construtiva e diretiva.

A *interpretação neutralizante* suspende a eficácia de alguma parte do texto recusando-lhe alcance jurídico. Essa parte, embora não declarada explicitamente inconstitucional, é tida como inoperante, inapta para produzir efeitos. Ainda que formalmente válida, não tem eficácia alguma.

A *interpretação construtiva* modifica o conteúdo aparente de uma disposição para restringir ou completar-lhe o âmbito de aplicação. O Conselho confere ao texto um sentido aparentemente novo, como que contribuisse na sua construção.

Por exemplo, um projeto relativo à imigração proibia a concessão da carta de residente “a todo estrangeiro que vive em estado de poligamia”, disposição que foi julgada conforme sob a reserva de que “deveria ser entendida como só sendo aplicável aos estrangeiros que vivem na França em estado de poligamia” (12,13-10-93).

Um projeto sobre a representação judicial do trabalhador pelo seu sindicato previa que aquele fosse notificado da ação ajuizada em seu nome por “carta recomendada com aviso de recebimento”. A reserva foi de que

“na carta estejam contidas todas as precisões sobre a natureza e objeto da ação impetrada, sobre o alcance de sua aceitação e sobre o direito a ele reconhecido de pôr fim à ação a qualquer momento...” (25-7-89).

A *interpretação diretiva* tem a particularidade de detalhar precisamente como as autoridades administrativas ou judiciais competentes deverão aplicar o texto no caso concreto.

Assim, na decisão de 26,27-6-86, o Conselho fixou todo um conjunto de regras a serem seguidas pelo Governo na privatiza-

ção de empresas públicas. No exame da Lei de Finanças para 1998, declarou que, concorrendo sanções penais e administrativas, o montante da condenação não deve ultrapassar o valor mais elevado entre cada uma delas (30-12-97)<sup>18</sup>.

As reservas interpretativas partem do pressuposto de que o legislador agiu de boa-fé e que não pretendia contrariar a Constituição. Mas, sobretudo, evidenciam a peculiaridade do juiz constitucional, que participa ativamente na elaboração da norma. Alguns sugerem que se trata de autêntica “função legislativa concorrente” (Avril, 1998, p. 120)<sup>19</sup>.

### 7. A eficácia

Os efeitos do controle de constitucionalidade francês incidem em dois âmbitos distintos: *a priori*, como etapa do processo legislativo; e *a posteriori*, no restante do ordenamento, uma vez a lei promulgada, por meio dos órgãos competentes para aplicá-la.

Os efeitos que incidem ‘*a priori*’, no âmbito legislativo, estão diretamente relacionados com o tipo de decisão proferida, que pode ser de: a) conformidade total; b) inconformidade total; e c) inconformidade parcial.

A decisão que declara a *conformidade total* autoriza a promulgação do texto, o que é feito após a sanção do Presidente da República.

A que declara a *inconformidade total* impede a promulgação (art. 61, al. 2). Diante dela, o Presidente da República poderá arquivar o projeto ou remetê-lo ao Parlamento. Esse, dando continuidade ao procedimento, tentará sanear o(s) vício(s) mediante nova votação (art. 10, al. 2).

No caso de *inconformidade parcial*, cabe verificar se o Conselho declarou, explícita ou implicitamente, ser a parte viciada separável do restante do texto. Se inseparável, todo ele estará contaminado. Se separável, poderá o Presidente mandar promulgar ape-

nas a parte conforme ou remeter todo o texto para nova votação (art. 10, al. 2).

Condicionado à essas decisões, o processo legislativo como um todo incorporou o que se chama “reflexo de constitucionalidade”. Significa que os debates políticos passaram a observar também os aspectos jurídicos capazes de bloquear a edição dos projetos de lei. A maioria deles sendo elaborada pelos Ministérios e estreita a correlação destes com o Parlamento, decerto que também o Governo receia de se revelar perante a opinião pública como violador dos direitos e garantias fundamentais<sup>20</sup>.

Quanto à autoridade dos julgados, diz o art. 62, al. 2:

“As decisões do Conselho Constitucional não são suscetíveis de nenhum recurso. Elas se impõem aos poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais”.

Por esse dispositivo, entende-se que as decisões têm força de coisa julgada. Como se trata de um controle preventivo, logo se põe a dúvida: se os vícios de inconstitucionalidade são detectados e eliminados antes de a lei entrar em vigor, então todas as leis vigentes são perfeitas? Incabível rediscuti-las?

A resposta, como se sabe, é negativa. O entendimento do Conselho a respeito é de que “a autoridade de coisa julgada é limitada à declaração de inconstitucionalidade visando certas disposições da lei” (20-7-88).

Assim interpretado, o art. 62, al. 2, veda apenas a rediscussão das disposições declaradas explicitamente inconstitucionais. Essas não devem ser reeditadas, sob pena de o legislador incorrer em desconhecimento da coisa julgada, que nesse caso é absoluta ou material.

Todas as outras disposições, que foram explícita ou tacitamente consideradas conformes, são rediscutíveis no futuro. É possível argüir-lhes a inconstitucionalidade caso reinseridas num novo projeto de lei ou mediante o hipotético controle das leis promul-

gadas, conforme admitiu a decisão de 23-1-85 (cap. IV); a coisa julgada aqui sendo do tipo relativa ou formal.

Portanto, no ordenamento gaulês, como nos demais países que não adotam o sistema *a priori* ou preventivo, a imensa maioria das leis goza apenas de relativa presunção de constitucionalidade.

Não fossem esses os limites da coisa julgada, a evolução do direito constitucional estaria irremediavelmente comprometida. A mudança da sociedade acarreta a descoberta de novos valores, a demanda por novas garantias, a afirmação de novos princípios supremos, supervenientemente incompatíveis com ações ou omissões toleradas no presente.

Até então, falamos da eficácia *a priori*.

Quanto à eficácia *a posteriori*, que repercute em todo o ordenamento, vale lembrar que o Conselho Constitucional é um órgão que atua junto ao Parlamento. Embora dotado de jurisdição em matéria eleitoral (contencioso subjetivo) e em controle de normas (contencioso objetivo), ele não possui vínculo funcional ou hierárquico com o Poder Judiciário, nem tampouco com a Administração Pública.

Diante disso, como sancionar o Estado-administrador ou o Estado-juiz que despreza os princípios constitucionais recém-descobertos? Como exigir a observância das reservas interpretativas, cujo fim é justamente o de indicar um modo específico de aplicação da lei sem ferir a Constituição?

A solução ao problema não foi imediata, porque não dependia diretamente do Conselho. Só pouco a pouco, a partir do final da década de 70, os juízes foram-se conformando à lógica do controle de constitucionalidade e a ela adaptando seus julgados.

Não que antes inexistisse, na França, tutela judicial às liberdades individuais. Nesse aspecto, o Conselho de Estado possui uma jurisprudência exemplar, mundialmente conhecida. Ele determina os limites da atuação da Administração frente aos administrados, por meio do *controle da lega-*

*lidade* dos decretos e das *ordonnances*, que são um tipo de leis delegadas, sujeitas a termo e ratificação parlamentar (art. 38).

Mas a lei parlamentar, tida como expressão da vontade geral, era reputada infalível e não-sujeita a controle de conteúdo, mito que foi profundamente abalado a partir da reviravolta de 1971 e da reforma de 1974. Ficou provado que o legislador também é propenso a violar os direitos fundamentais do cidadão, que devem transcender o livre arbítrio de uma *maioria passageira*. Notadamente no caso francês, princípios que exprimem os momentos mais angustiantes da *Nação* na luta contra o arbítrio do poder (1789 e 1946).

Os órgãos nacionais parece então terem-se sensibilizado diante de fatores cada vez mais incontornáveis: a) a progressiva expansão da jurisprudência constitucional (quantidade de julgados e diversidade de temas abordados); b) uma jurisprudência juridicamente coerente; c) a tendência pela banalização da justiça constitucional nos demais países europeus.

O próprio Conselho Constitucional não hesitou em inserir, nas suas decisões, apelos conclamando tais ou quais autoridades a tomar certos posicionamentos.

Em 15-1-75, ele declarou-se incompetente para realizar o controle de *conventionnalité*, que consistiria em fiscalizar a supremacia dos tratados sobre as leis (art. 55), mas passou a sugerir-lo constantemente aos juízes, no que foi atendido pela Corte de Cassação (24-5-75) e, mais tarde, pelo Conselho de Estado, que se mostrava mais reticente (20-10-89). Desse modo, todo juiz francês é apto para decidir acerca do incidente da exceção de *conventionnalité* invocado pela parte para se eximir da aplicação de uma lei contrária a normas internacionais ou comunitárias.

O fenômeno da constitucionalização da justiça francesa se revela, portanto, no momento em que os juízes passaram a fortalecer seus julgados empregando neles princípios constitucionais, inclusive com vistas a

alargar e fortalecer o seu papel, com repercussões em todo o ordenamento jurídico (Rousseau, 1996, p. 150).

Em alguns casos isolados, chegou-se mesmo a admitir exceção de inconstitucionalidade. O Tribunal Administrativo de Versailles, por exemplo, numa decisão de 5-11-87, afastou a *ordonnance* com força de lei de 2-11-45 em nome da Declaração de 1789 considerando que:

“se não cabe ao juiz administrativo pronunciar-se sobre a constitucionalidade de uma lei, ele deve, quando aplicá-la e, na ausência de indicações expressas, interpretar suas disposições em vista do conjunto de regras e princípios com valor constitucional que regem o exercício do poder legislativo”.

Por fim, um aspecto de extrema importância a ser ressaltado é a aplicação da chamada *teoria dos fundamentos determinantes* (Paiva, 1998, p. 63). Por meio dela, a autoridade de coisa julgada vincula não só o dispositivo como também os “motivos que constituem seu suporte necessário” (16-1-62)<sup>21</sup>.

Assim, não é só o veredicto final de conformidade ou inconformidade que deve ser cumprido, até porque já o é naturalmente, resultando ou não na promulgação da lei. Pela teoria dos fundamentos determinantes, também as razões jurídicas explanadas ao longo dos motivos se impõem *erga omnes*, devendo servir como pauta de conduta de todos os agentes estatais.

São nos motivos que se encontram as reservas interpretativas, sem as quais a lei seria declarada inconstitucional. E, em sentido mais abrangente, a própria jurisprudência constitucional. Ou seja, um conjunto de postulados lógicos, que conciliam caso a caso os princípios supremos mediante um delicado trabalho de exegese.

## 8. Os novos rumos?

O sistema usado na França possui certas vantagens, porém muitas lacunas.

Por um lado, é benéfico porque evita a entrada no ordenamento de leis inconstitucionais. Boa parte dos vícios sendo expurgada na origem, sequer dá-se margem à sua aplicação. Ganha-se em segurança jurídica, poupam-se esforços.

Por outro lado, não se controlam os vícios das leis em vigor. A decisão de 23-1-85, que permitiria esse controle, praticamente não foi explorada. O Poder Judiciário, embora venha incorporando a jurisprudência constitucional nos seus julgados, não admite exceção de inconstitucionalidade, salvo casos raros. Logo, significativa parte das leis é de fato incontrolável.

Quantas não foram as leis promulgadas antes da criação do Conselho Constitucional? Quantas não são as que, por desinteresse das autoridades requerentes, não foram submetidas a exame? E mesmo essas, será que integralmente examinadas? O que dizer então das leis de finanças, extremamente longas e via de regra julgadas às pressas sob o pedido de urgência de oito dias?

É incompreensível que se admita a exceção de *conventionnalité*, contra a aplicação de uma lei violadora de tratado ou norma comunitária, mas não a exceção de constitucionalidade, para fazer valer princípio de natureza suprema. Em suma, o controle na França pode PREVENIR conflitos, mas não os REMEDIAR...

Assim, foi apresentado ao Parlamento, em março de 1990, projeto de reforma constitucional por iniciativa do então Presidente François Mitterrand.

O *Projeto de 1990*, aprovado na Assembleia Nacional e barrado no Senado, prevê a adoção do instituto da exceção de inconstitucionalidade, nos moldes do dito controle continental europeu, isto é, da suspensão do processo pelo juiz do caso concreto e remessa do incidente à corte constitucional, exclusivamente competente para solucioná-lo.

O Projeto prevê todavia um mecanismo de “dupla filtragem”. O juiz deveria verificar a seriedade dos argumentos e a ausên-

cia de propósitos dilatórios do processo remetendo o incidente ao órgão de cúpula da jurisdição, o Conselho de Estado ou a Corte de Cassação, que faria novo exame de procedibilidade para enfim abrir vistas ao Conselho Constitucional.

Enquanto se aguarda uma rediscussão do projeto de 1990, o cidadão francês pode sempre recorrer contra a atuação abusiva do legislador ou do juiz junto à *Corte Européia dos Direitos do Homem*.

A Corte foi criada pela Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4-11-1950. Na França, a Convenção passou a vigir em 3-5-1974; a cláusula que permite a provocação da Corte por requerimento individual depois de esgotadas todas as instâncias nacionais, em 2-10-1981.

Até fim de 1997, a França havia sido julgada em 109 denúncias de violação, só perdendo para a Itália. Vale frisar que os requerimentos eram interpostos junto a um órgão chamado Comissão, que os indeferia em cerca de 90%. Mas o Protocolo nº 11, com entrada em vigor prevista para o 1º de novembro de 1998, estabeleceu a competência direta da Corte, sem intermédio da Comissão. A partir daí, há grande expectativa de que maior número de demandas possam ser apreciadas.

Atualmente, são mais de 40 (quarenta) os Estados signatários da referida Convenção, porém nem todos admitindo requerimento individual. Nada obstante, é possível que a Corte encontre um desenvolvimento acentuado nos próximos anos. Por que não tornando o supremo tribunal europeu, na área de direitos fundamentais, apto a cassar as decisões das cortes nacionais nesse domínio?<sup>22</sup>

### 9. Conclusão

“Uma arma contra o desvio do regime parlamentar”. Essa a concepção do Conselho Constitucional que Michel Debré, relator da Constituição de 1958, proferiu em discurso um mês antes de sua promulgação (Burdeau, 1997, p. 682).

De lá para cá, o controle de constitucionalidade assumiu novo perfil. O Conselho se tornou uma autêntica corte de salvaguarda da Constituição, firmando sólida e respeitada jurisprudência em matéria de direitos fundamentais, a exemplo dos vizinhos europeus.

O fato de estar longe do acesso do cidadão e de não remediar os vícios das leis promulgadas são, para nós, as grandes lacunas do regime, que poderiam ser supridas com a admissão da exceção de inconstitucionalidade (Projeto de 1990) ou a depender de uma maior expansão da Corte Européia dos Direitos do Homem.

Nada obstante, a técnica de controle preventivo a cargo do juiz constitucional possui a vantagem de evitar inúmeros danos, pois é capaz de elidir os estados de incerteza que são previsíveis e despertados já no curso do processo legislativo.

Seria de indagar de sua utilidade no Brasil, no mínimo em relação às leis fiscais e de custeio da seguridade, para que não afetassem desnecessariamente o contribuinte, nem comprometessem o orçamento do Estado em vão.

### Notas

<sup>1</sup> Na França, existe uma distinção entre projeto de lei e proposição de lei, o primeiro sendo elaborado pelo Governo (ministros de Estado) e o outro pelos parlamentares. Porém, quando falarmos em *projetos de lei*, não estaremos fazendo essa distinção.

<sup>2</sup> Além do contencioso objetivo, o Conselho é o juiz das operações referendárias (art. 60) e das eleições presidenciais (art. 58) e parlamentares (art. 59), competindo-lhe examinar as inelegibilidades, proclamar os resultados, julgar as contas de campanha e as incompatibilidades dos eleitos. Além disso, ele declara a vacância e impedimentos físicos ou psíquicos do Presidente da República (art. 7º) e dá um parecer prévio acerca da declaração das *medidas excepcionais* (art. 16).

<sup>3</sup> Foi ínfima a participação dos ex-presidentes e reduzida aos primeiros anos de funcionamento do Conselho. Essa regra sem precedentes buscava, na verdade, oferecer uma “aposentadoria digna” aos ex-presidentes da 4ª República (Maus, 1998, p. 258).

<sup>4</sup> Na França, o Poder Judiciário é subdividido em duas esferas: a justiça administrativa e a justiça judiciária, cujos órgãos de cúpula são o Conselho de Estado e a Corte de Cassação respectivamente.

<sup>5</sup> Igualdade diante da lei (art. 2º); direito ao sufrágio (art. 3º); livre formação e exercício dos partidos políticos (art. 4º); independência dos magistrados da ordem judiciária e inamovibilidade dos juízes (art. 64); liberdade individual (art. 66); e livre administração das *coletividades territoriais* (art. 72).

<sup>6</sup> “*Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l’Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu’ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946*”.

<sup>7</sup> O termo é criticável: *bloco* pressupõe homogeneidade e imutabilidade, quando se trata de normas heterogêneas e mesmo em expansão (Roussillon, 1996, p. 72).

<sup>8</sup> Cabe ao Conselho precisar o que entende por fundamental e verificar caso a caso se a garantia nunca sofreu restrições durante a história legislativa republicana.

<sup>9</sup> São os componentes mais controversos. Uma parte da doutrina sustenta que eles derivam de disposições dos textos de 1958, 1789 ou 1946 (Lucaire, 1997, p. 171). Outros defendem sua particularidade, sem vinculação com o texto escrito, porque deduzidos de um *espírito geral* do ordenamento (Rousseau, 1995, p. 99). Há ainda quem distingue *princípios* e *objetivos* de valor constitucional: aqueles, normas-princípios; esses, técnicas de interpretação (Roussillon, 1996, p. 72). O certo é que o Conselho dispõe de grande liberdade em *descobri-los* e, nesse aspecto, ressurgem o receio de um *gouvernement des juges*.

<sup>10</sup> Em quinze anos (1959-1974), apenas nove leis ordinárias foram controladas, em flagrante descompasso com os 233 requerimentos de iniciativa da oposição entre outubro de 1974 e março de 1998. Cf. Duverger, 1990, p. 450.

<sup>11</sup> São do campo da lei orgânica, p. ex., as modalidades de eleição do chefe de Estado, o número de deputados e senadores, o regime das inelegibilidades e das incompatibilidades, as regras de organização e funcionamento do Conselho Constitucional, o estatuto dos magistrados.

<sup>12</sup> A Constituição prevê ainda uma modalidade de controle de competências efetuado pelo Conselho de Estado. A ele compete a delegação das leis que foram promulgadas antes da vigência da Carta de 1958 e que com essa tornaram-se incompatíveis devido à restrição do âmbito legal (art. 37, al. 2, primeira parte).

<sup>13</sup> Em 9-4-92, o Conselho declarou inconstitucional o Tratado de Maastricht, que só foi ratificado com a inserção na Constituição do título XV, “das

Comunidades Europeias e da União Europeia”. A reforma autorizou a transferência de soberania, sendo aprovada pelo referendunum de 25-6-92. O Tratado foi finalmente declarado conforme em 2-9-92.

<sup>14</sup> Eleito pelo sufrágio universal, via de regra o Presidente da República é o chefe da coligação partidária dominante na Assembléia Nacional e, por reflexo, também do Primeiro Ministro, com o qual comunga certas competências na chefia do Governo. Mas essa co-responsabilidade fica delicada nos chamados períodos de cohabitação política, em que a oposição torna-se maioria ainda no curso do mandato presidencial e nomeia seu próprio Primeiro Ministro, adversário do Presidente (1986-1988, 1993-1995 e 1997-...)

<sup>15</sup> A hipótese foi todavia sugerida, sem êxito, na reforma constitucional de 1974. Hoje, apenas na Croácia se admite instauração de ofício pela própria corte constitucional (Rousseau, 1996, p. 82)

<sup>16</sup> O requerimento do Presidente do Senado sobre o projeto de lei ordinária que ensejou a decisão de 16 de julho de 1971 se resumia a: “*je demande au Conseil Constitutionnel de bien vouloir se prononcer sur la conformité de ce texte à la Constitution*” (eu solicito encarecidamente ao Conselho Constitucional de se pronunciar sobre a conformidade desse texto à Constituição).

<sup>17</sup> Sobre a teoria tradicional da inconstitucionalidade das normas e sobre a sua reformulação à luz da semiótica, cf. Neves, 1988.

<sup>18</sup> Interpretação dada em função do princípio da proporcionalidade das penas, reconhecido na decisão de 19,20-1-81, com base no art. VIII da Declaração de 1789.

<sup>19</sup> No Brasil, as reservas interpretativas são conhecidas como *interpretação conforme a Constituição*, aceita e utilizada pelo Supremo Tribunal Federal sob modalidades diversas, igualmente capazes de reduzir, ampliar ou completar o sentido de um texto legal. Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 44.

<sup>20</sup> Por meio da circular de 27-5-88, o então Primeiro Ministro Michel Rocard comunicava aos demais: “eu os solicito de fazer estudar atenciosamente por seus serviços as questões de constitucionalidade que um texto em elaboração poderia suscitar”, porque “convém de tudo fazer para desmontar e eliminar os riscos de inconstitucionalidade suscetíveis de macular os projetos de lei, as emendas e proposições de lei... mesmo na hipótese em que uma arguição do Conselho Constitucional é pouco provável”.

<sup>21</sup> “*L’autorité des décisions s’attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même*”.

<sup>22</sup> Cf. GAÏA, Patrick. Les interactions entre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et celle du Conseil constitutionnel. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n. 28, p. 748-768.

### Bibliografia

- AVRIL, Pierre, GICQUEL, Jean. *Le Conseil Constitutionnel*. 4. ed. Paris : Montchrestien, 1998.
- BARBOSA GOMES, Joaquim. *O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa*. <http://www.travelnet.com.br/juridica/art23c96.htm>, 20 de julho de 1999.
- BERGER, Vincent. *Jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme*. 6 ed. Paris : Dalloz, 1998.
- BURDEAU, Georges, HAMON, François, TROPER, Michel. *Manuel de Droit Constitutionnel*, 25. ed. Paris : L.G.D.J., 1997.
- CONAC, Gérard, MAUS, Didier (coords.). L'exception d'inconstitutionnalité. Expériences étrangères – situation française. In: *Cahiers constitutionnels de Paris-I*. Paris : STH, 1990.
- DUHAMEL, Olivier. Le pouvoir politique en France. In: *Droit Constitutionnel*– 1. Paris : Presses Universitaires de France, 1991.
- DUVERGER, Maurice. *Constitutions et documents politiques*. 14. ed. Paris : Presses Universitaires de France, 1996.
- DUVERGER, Maurice. *Les Constitutions de la France*. 13. ed. Paris : Que sais-je? n. 162, 1993.
- DUVERGER, Maurice. *Le Système politique français*. 20. ed. Paris : Presses Universitaires de France, 1990.
- EMERI, Claude. Gouvernement des juges ou veto des sages? In: *Revue de Droit Public*. Paris : [s.n.], 1990. p. 335-358.
- FAVOREU, Louis. Le Conseil Constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics. In: *Revue de Droit Public*. Paris: [s.n.], 1967. p. 5-120.
- FAVOREU, Louis (coord.). *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*. Paris : Economica, 1982.
- FAVOREU, Louis. *Recueil de jurisprudence constitutionnelle 1959-1993*. Paris : Litec, 1994.
- FAVOREU, Louis. *Recueil de jurisprudence constitutionnelle 1994-1997*. Paris : Litec, 1998.
- FAVOREU, Louis, PHILIP, Loïc. *Le Conseil Constitutionnel*. 5. ed. Paris : Que sais-je? n. 1724, 1991.
- GICQUEL, Jean. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 15. ed. Paris : Montchrestien, 1997.
- LUCHAIRE, François. *Le Conseil constitutionnel*. Tome I – Organisations et Attributions. 2. ed. Paris : Economica, 1997.
- DI MANO, Thierry. *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*. Paris : Economica, 1994.
- MAUS, Didier. *Les grands textes de la pratique constitutionnelle de la V<sup>me</sup> République*. Paris : La documentation française, 1998.
- MAUS, Didier, PASSELECQ, Olivier (coords.). *Le Traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales*. Paris : La documentation française, 1998.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo : Saraiva, 1988.
- PAIVA, Domingos. Ação declaratória de constitucionalidade. In: *Estudantes – Caderno Acadêmico*. Recife. n. 4, 1998. p. 51-66.
- ROUSSEAU, Dominique. *Droit du contentieux constitutionnel*. 4. ed. Paris : Montchrestien, 1995.
- ROUSSEAU, Dominique. *La justice constitutionnelle en europe*. 2. ed. Paris : Montchrestien, 1996.
- ROUSSILLON, Henry. *Le Conseil Constitutionnel*. 3. ed. Paris : Dalloz, 1996.

# Interpretação dos contratos administrativos

Leon Frejda Szklarowsky

A Lei nº 8.666, de 1993, ainda não esgotou a fonte de divergências que enseja sua aplicação, não por ser uma lei imprescritível ou inconstitucional, como apregoam, sem razão, alguns doutrinadores da melhor estirpe, visto que toda lei, por mais clara e bem redigida que seja, há de sempre apresentar dúvidas e questionamentos, especialmente quando se trata de texto regulamentador de matéria altamente polêmica, como as licitações e os contratos administrativos. A doutrina e a jurisprudência hão de poli-la, devidamente.

Essa lei institui normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, a ela subordinando-se os órgãos da Administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente.

Contudo, deve-se dar especial atenção à profunda revolução produzida pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que determinou substancial alteração na Lei de Licitações e Contratos, excluindo de sua incidência as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, as quais deverão ter estatuto próprio, subordinado aos princípios da Administração, no que diz respeito à contratação de obras, serviços e alienações.

Leon Frejda Szklarowsky é advogado, jornalista e professor.

O citado diploma legal, que impõe um regime privilegiado, com as prerrogativas naturais da relação Estado-particular ou ainda com o próprio Estado, quando no pólo de contratado, respeitados sempre os direitos do contratado, alerta para um ponto de crucial relevância, assinalando que esses contratos se regulam por suas cláusulas e também pelos princípios da teoria geral dos contratos e disposições de direito privado.

Os contratos administrativos não se distinguem dos contratos comuns, a não ser pela só presença da Administração Pública, a qual derroga normas de direito privado, conforme as lições de Hely Lopes Meirelles e de autores preeminentes. A formalidade, contudo, é essencial e não pode ser negligenciada.

Esses contratos impõem condições e cláusulas unilateralmente e caracterizam-se como verdadeiros contratos de adesão. A fase inicial de debates e da transigência fica eliminada, visto que uma das partes impõe à outra, como um todo, o instrumento inteiro do negócio que esta em geral não pode recusar, com a predominância apenas da igualdade jurídica. É uma espécie de contrato-regulamento, estabelecido previamente pela contratante e que a contratada aceita ou não, segundo as normas de rigorosa padronização.

Nesse sentido, Clóvis, Washington de Barros Monteiro, Sílvio Rodrigues e Cunha Gonçalves. A propósito, o Código do Consumidor, estatuído pela Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, trata do contrato de adesão e define-o como aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente, sem que suas cláusulas possam ser discutidas ou modificadas substancialmente.

A Lei de Licitações e Contratos – Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e suas alterações posteriores – regula a matéria, objeto do questionamento, destacando-se o artigo 54.

O artigo 54 dispõe que:

“Os contratos administrativos de que trata esta lei regulam-se pelas

suas cláusulas contratuais e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.”

O contrato é o assentimento de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto, na expressão genial de Ulpiano, e tanto Aristóteles quanto Kant, e, modernamente, a escola de Kelsen, consideram o contrato uma norma criada por particulares, mas, na precisa conceituação de Clóvis Beviláqua, é o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.

É a associação de duas ou mais vontades, o acordo de duas ou mais pessoas, tendo em vista determinado objeto, e sua validade pressupõe necessariamente a pessoa capaz, objeto lícito e forma prescrita e não proibida por lei. Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro.

O contrato administrativo é, em regra, por sua natureza, pessoal, daí por que, cumprindo preceito constitucional, por meio da licitação, a Administração Pública examina a capacidade e a idoneidade da contratada, cabendo-lhe executar pessoalmente o objeto do contrato, sem transferir as responsabilidades ou subcontratar, a não ser que haja autorização da contratante. Suas cláusulas e as normas de direito público regem-no diretamente, aplicando-se-lhe, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, numa perfeita miscigenação, sincronia e harmônica orquestração.

Contrato pessoal, contudo, não significa necessariamente personalíssimo. A instabilidade, na execução do contrato, advém do interesse público, daí por que, no discurso do Ministro José Augusto Delgado,

“não se pode conceber contrato administrativo sem ser condicionado ao interesse público. Este não se apresenta imutável<sup>1</sup>”.

Não obstante, a sujeição do contrato ao interesse público não significa que a parte contratada deva ser esquecida ou esmagada, vez que o legislador não olvidou em nenhum momento que os direitos desta devem ser respeitados com extremo rigor.

Desse pensar é também o Procurador do Estado do Rio de Janeiro Marcos Juruena Villela Souto, quando escreve que o contrato administrativo vai abeberar-se na fonte do direito privado, mais precisamente na teoria geral dos contratos, para captar seus elementos essenciais aos quais vai justapor suas prerrogativas que lhe marcam as características<sup>2</sup>.

É princípio assente de hermenêutica que o dispositivo a ser interpretado deve ser comparado com outros do mesmo repositório ou de leis diferentes, porém tendo o mesmo objeto. Leciona Carlos Maximiliano, alicerçado na melhor doutrina (Coelho da Rocha, Borges Carneiro, Trigo de Loureiro e Carlos de Carvalho):

“Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço<sup>3</sup>.”

O entrelaçamento de um princípio com outros é de fundamental importância, ou, como informa o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, “o Direito, como sistema, é uno. Não admite contradição lógica. As normas harmonizam-se<sup>4</sup>.”

Desde Celso, em Roma, emitir parecer ou julgar a lei, separadamente, ao invés de fazê-lo em conjunto, é extremamente condenável, porque contrário ao direito. Sabe-se, com Saredo, que não se presumem dispositivos contraditórios, devendo as palavras harmonizarem-se entre si<sup>5</sup>.

Os princípios estão insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal, aos quais se deve submeter a Administração, destacando-se a moralidade, a impessoalidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Indubitavelmente, o intérprete e o aplicador da lei (e o contrato é lei entre as partes) e do contrato devem sempre ter em vista o contexto e a real intenção das partes, a finalidade a que se destina o objeto, a obtenção dos resultados e sua utilização, sem se fixar na literalidade da expressão verbal.

O velho Código Civil assenta, no artigo 85, com propriedade, que nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem. Clóvis Beviláqua ensina que essa norma é mais que uma regra de interpretação, é um elemento complementar do ato jurídico<sup>6</sup>.

Washington de Barros Monteiro, em precioso e sempre lembrado estudo, tece ensinamentos imorredoiros, ao prelecionar que a inserção de cláusulas duvidosas ou de pontos obscuros é sempre possível, por mais que se conheça o idioma, de modo a exigir-se do aplicador da lei, do advogado ou do juiz “a fixação do sentido autêntico, exatamente colimado pelos interessados”.

Prossegue o insigne mestre discursando que se trata de preceito salutar – o artigo 85 do Código Civil – enriquecido de profunda sabedoria, visto que a declaração que não corresponda à exata intenção das partes é um corpo sem alma, devendo alijar-se, assim, o entendimento que se apegue somente à literalidade da convenção, *quantum verba sonant*, desprezando-se a verdadeira pretensão das partes e dos fins econômicos que os comungam. Todavia, aduz, essa investigação – do elemento espiritual e íntimo – nem sempre é fácil, eis que a ponderação e o equilíbrio devem estar sempre presentes. Observa, ainda, fundado em significativa jurisprudência, que

“as cláusulas duvidosas se interpretam em favor de quem se obriga e qualquer obscuridade deve ser debitada à conta de quem redigiu o ajuste, de sorte que, no conflito entre duas cláusulas, a contradição prejudica o outorgante e não o outorgado<sup>7</sup>”.

Não se alegue que essas cláusulas não se aplicam aos contratos administrativos,

por serem esses regidos por lei especial, visto que o citado artigo 54 da Lei 8.666, de 1993, determina, com ênfase e precisão matemática, a incidência supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e disposições de direito privado. E esse enunciado não é mero adorno ou sinal inexpressivo. Tem endereço certo. Destina-se ao intérprete, ao juiz, ao administrador, ao advogado.

A melhor doutrina tem-se manifestado pelo apreço ao interesse público, sem descuidar, porém, do interesse privado, não permitindo assim sacrifício ou lesão dos direitos dos particulares, quando sediados no pólo oposto.

Na interpretação dos contratos administrativos, levar-se-á em conta o interesse público, mas não se rejeitará a proteção que é devida ao contratado, nem se negarão os princípios da boa-fé e da probidade, contra o árbitro<sup>8</sup>, os quais devem ser rigorosamente respeitados pelo Poder Público, fazendo-se a interpretação da maneira menos onerosa para o devedor, no conjunto das disposições e não isoladamente<sup>9</sup>.

Jessé Torres Pereira Júnior ensina que os contratos com a Administração vinculam-se aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade. Ombriam-se ao princípio da legalidade, porque não exclui, antes ratifica que se submetem ao axioma do *pacta sunt servanda*<sup>10</sup>. Nesse sentido, amolda-se o pensamento de Caio Tácito<sup>11</sup>, Carlos Pinto Coelho Motta e Adilson Abreu Dallari.

Marçal Justen admite que se aplica o regime de direito público a esses contratos, contudo adverte, com razão, que a supremacia e a indisponibilidade do interesse público não exclui os princípios da legalidade, isonomia, moralidade e outros mais inseridos na Constituição, não bastando invocar o interesse público para que prevaleça a opinião dos agentes estatais<sup>12</sup>.

Diógenes Gasparini assinala que as cláusulas dos contratos administrativos nem sempre são nítidas, por não serem

exatos seus termos e expressões, de sorte que, com a interpretação daquelas, buscar-se-á a compreensão de suas cláusulas e confirma que, na dúvida, a interpretação do privilégio deve ser restrita, pois o princípio de que o contrato é lei entre partes – *lex inter partes* – não foi alijado, devendo-se então o respeito pleno ao essencial, e a interpretação centrar-se-á no texto do contrato e documentos que o integram, mas, se isso não surtir efeito, deve o exegeta munir-se de ferramentas pertinentes, encontráveis fora do contrato<sup>13</sup>.

O pranteado e erudito Carlos Maximiliano, alicerçando suas lições em Bozi, Aubry et Rau, Savigny, Salvat, Windscheid, Sutherland, Berriat Saint – Prix, Fabreguettes, Caldara, Black e tantos outros juristas, assegura que não pode o intérprete deixar-se conduzir ao absurdo, deve o hermeneuta preocupar-se com as conseqüências prováveis de cada interpretação, já que o direito interpreta-se inteligentemente, para se não chegar à conclusão sem sentido ou utilidade ou ainda impossível<sup>14</sup>. E essa preleção aplica-se, como uma luva, aos contratos que, repita-se, constituem lei entre as partes.

Poder-se-ia ainda argumentar que qualquer dúvida deveria ter sido discutida, por ocasião da assinatura do contrato, anotando-se nesse momento sua inconformidade com a realidade e com a execução do contrato. Nada mais falso que esse argumento.

Com efeito, os contratos públicos, entre os quais se destacam os celebrados com a Administração Pública, dadas as prerrogativas desta, que impõe as condições e cláusulas unilateralmente, caracterizam-se como verdadeiros contratos de adesão.

Sílvio Rodrigues registra que, nesses contratos, a fase inicial de debates e transigência fica eliminada, pois que “uma das partes impõe à outra, como um todo, o instrumento inteiro do negócio que esta em geral não pode recusar<sup>15</sup>”.

Washington de Barros Monteiro, abeberando-se em Josserand<sup>16</sup>, discursiva, com real grandeza, que, nos contratos de adesão, não

ocorre a liberdade de discussão das cláusulas, predominando apenas a igualdade jurídica. Uma das partes impõe a sua vontade à outra.

Em seu magistério, sentencia que “há neles uma espécie de contrato-regulamento, previamente redigido por uma das partes, e que a outra aceita ou não; trata-se de um clichê contratual, segundo as normas de rigorosa estandardização, elaborado em série,” de sorte que, nesses contratos,

“as cláusulas duvidosas sempre se interpretam em favor dos aderentes<sup>17</sup>”.

Clóvis Beviláqua oferece, com apoio na *opinio doctoris* e de Pothier, que traz do Direito Romano regras de ouro de interpretação dos contratos, observações que se harmonizam com a doutrina moderna e a jurisprudência, *in verbis*:

“1. Nas convenções, devemos indagar, de preferência, qual foi a vontade comum das partes, em vez de prender-nos ao sentido literal das expressões, às vezes inexatas, por ignorância de quem as empregou ou por má-fé.

2. ....

3. Na dúvida, que resistir às regras estabelecidas precedentemente, e à penetração do espírito esclarecido pelo bom senso e pela boa-fé, decidir-se-á em favor do devedor, *secundum promissorem interpretamur*<sup>18</sup>”.

Nem outra é a ensinança de Cunha Gonçalves, que decreta não poderem suas cláusulas sofrer alterações ou discussão, porque são impostas, ou, como quer Soibelman, “é o contrato no qual uma das partes estipula todas as cláusulas a que a outra adere sem poder modificá-las<sup>19</sup>”.

A propósito, o Código do Consumidor, estatuído pela Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, trata do contrato de adesão e define-o como aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente (...), sem que suas cláusulas possam ser discutidas ou modificadas substancialmente<sup>20</sup>.

Dir-se-á ainda que o momento precioso para digladiar certas cláusulas seria por ocasião da publicação do edital. Não obstante, também aqui há um sofisma e esse argumento peca pelo absurdo e por ser vazio de conteúdo, visto que, segundo o comando do § 1º do artigo 41 da Lei 8.666/93, qualquer cidadão pode impugnar o edital de licitação, por irregularidade na aplicação desta lei ou ilegalidade. *In casu*, cuida-se, ao contrário, de interpretação de cláusula contratual, cujo preciso momento ocorre durante a execução do contrato.

### Conclusão

1. Os contratos, comuns ou administrativos, devem ser interpretados de acordo com suas cláusulas.

2. Os contratos com a Administração Pública devem ter em vista o interesse público, sem menosprezo, entretanto, dos direitos da contratada, sob pena de ferir os princípios constitucionais a que a Administração está vinculada, especialmente os da legalidade, moralidade, eficiência, impessoalidade e da isonomia.

3. Suas cláusulas e as normas de direito público regem-nos diretamente, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, numa perfeita miscigenação, sincronia e harmônica orquestração.

4. As cláusulas duvidosas interpretam-se em favor de quem se obriga e qualquer obscuridade deve ser debitada à conta de quem redigiu o ajuste, de sorte que, no conflito entre duas cláusulas, a contradição prejudica o outorgante e não o outorgado. Deve-se fazer a interpretação da maneira menos onerosa para o devedor, no conjunto das disposições e não isoladamente.

5. O intérprete e o aplicador da lei (e o contrato é lei entre as partes) e do contrato devem sempre ter em vista o conteúdo e a real intenção das partes, sem se fixar na literalidade da expressão verbal.

6. Os contratos públicos, entre os quais se destacam os celebrados com a Adminis-

tração Pública, dadas as prerrogativas desta, que impõe as condições e cláusulas, unilateralmente, caracterizam-se como verdadeiros contratos de adesão.

7. Nesses contratos, a fase inicial de debates e transigência fica eliminada, pois que uma das partes impõe à outra, como um todo, o instrumento inteiro do negócio que esta em geral não pode recusar.

### Notas

<sup>1</sup> Cf. *Revista de Direito Público* 62/123 e segs.

<sup>2</sup> Cf. *Licitações & contratos administrativos*. ADCOAS, Esplanada, 2. ed., I/170.

<sup>3</sup> Cf. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 6. ed. Livraria Freitas Bastos S/A, 1957.

<sup>4</sup> Cf. *Direito & Justiça. Correio Braziliense*. Brasília, 14-4-97.

<sup>5</sup> Cf. op. cit., p. 164 e 172.

<sup>6</sup> Cf. *Código Civil Comentado*. v. 1, 1956, atualizada por Achilles e Isaias Beviláqua, Livraria Francisco Alves, p. 265-6.

<sup>7</sup> Cf. *Curso de direito civil: parte geral*. 18. ed. 1979. p. 181-183.

<sup>8</sup> Entre outros autores, Caio Tácito, Stammler, Guimarães Menegale, André de Laubadére.

<sup>9</sup> Cf. a opinião de Carlos Alberto Silveira Lenzi, nesse mesmo sentido, *In: Código do consumidor comentado*. 1. ed., Editora Consulex Ltda., p. 87. Recordem-se também os escólios de Celso Antônio Bandeira de Mello, Rivero e Bénoit, no mesmo sentido.

<sup>10</sup> Cf. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 4. ed.[s.l.]: Renovar, p. 366-373.

<sup>11</sup> Cf. *Direito Administrativo*. Saraiva, 1975. p. 291.

<sup>12</sup> Cf. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 4. ed. AIDÊ, p. 346.

<sup>13</sup> Cf. *Direito Administrativo*. 4. ed. Saraiva, 1995. p. 375-6.

<sup>14</sup> Cf. op. cit., p. 209-211.

<sup>15</sup> Cf. *Direito Civil*. 16. ed. 1976. p. 45-6.

<sup>16</sup> Cf. *Cours de droit positif*. v. 2, p. 10.

<sup>17</sup> Cf. *Curso de direito civil, direito das obrigações*. 2. ed., Saraiva, 2. v. 1959. p. 42-3.

<sup>18</sup> Cf. *Direito das obrigações*. 8. ed. Francisco Alves, 1954. p. 155.

<sup>19</sup> Cf. *Enciclopédia Jurídica*.

<sup>20</sup> Sobre o assunto, consultem-se, de Luiz Amaral, *Defesa do Consumidor*, MJ – CNDC, 1988; Sylvio Vicente de Carvalho, *Direito de Consumidor*; Sagra Luzzato. RS, Porto Alegre, 1997. Carlos Alberto Silveira Lenzi. *Código do Consumidor Comentado*. Editora Consulex, 1991.

# **Recepção do direito comunitário europeu pelo ordenamento jurídico interno dos Estados-Membros**

Análise comparativa das constituições da Alemanha e Holanda

Luis Magno Pinto Bastos Júnior

## Sumário

1. Introdução. 2. Integridade nacional: da soberania estatal à soberania constitucional. 2.1. Da afirmação da soberania constitucional como decorrência das transformações da concepção de Estado. 2.2. Dualidade de ordenamentos e autonomia do direito comunitário. 2.3. Duplo âmbito de validade do ordenamento comunitário. 3. Recepção das normas sob o ponto de vista dos Países-Membros. Análise comparativa das constituições da Alemanha e Holanda. 3.1. Disposições sobre o processo de integração europeu e as cláusulas de abertura aos tratados internacionais. 3.2. Incompatibilidade dos tratados internacionais com a Constituição nacional. 3.3. Controle de constitucionalidade. 3.4. A Constituição como limite concreto e eficiente à integração comunitária?. 4. Considerações Finais.

## *1. Introdução*

A instituição da União Européia por meio do Tratado de Maastricht representou um marco decisivo no processo de integração europeu na medida em que consolidou a transferência de poderes e competências aos órgãos comunitários antes considerados parcelas inalienáveis da soberania estatal.

Não se pode falar, todavia, em um novo Estado Europeu, vez que o ente comunitário exsurge-se desprovido da necessária autonomia e autodeterminação inerente à concepção de Estado Moderno; contudo, a União Européia goza da prerrogativa de intervir diretamente na ordem político-

jurídico interna dos Estados-Membros, em questões especificamente determinadas nos tratados instituidores, transcendendo às atribuições tradicionalmente atribuídas aos organismos internacionais e alterando visivelmente a feição dos Estados-Membros.

Esse novo ente comunitário ganha contornos específicos, em que se pode constatar um processo de crescente *federalização* e *constitucionalização* dos seus dispositivos instituidores, imbuído da finalidade precípua de “organizar de forma coerente e solidária as relações entre os Estados-Membros e entre os respectivos povos” (art.1º do TUE, ex-artigo A<sup>1</sup>).

Todavia, é imprescindível salientar que essa integração foi propulsionada, não por razões humanitárias ou sócio-políticas, mas como conseqüência das necessidades de restabelecimento econômico dos Estados-Membros e em resposta às novas exigências do capitalismo financeiro<sup>2</sup>.

Diante desse quadro de mutação, que mistura inquietações e euforia, muitas têm sido as questões formuladas, e maior ainda o número de respostas dadas pela ciência política e do Direito (aqui especial ênfase dada às repercussões na seara do direito constitucional).

Quais seriam as conseqüências de tal processo de integração e aproximação dos Estados-Membros em torno da União? O processo de transferência de competências implica correspondente alienação da soberania, ou de parte da soberania, em favor do ente comunitário? Pode-se falar em uma Federação Européia a reunir os diferentes Estados-Membros em uma cadeia complexa de diferentes níveis de organização e de decisão, estruturada segundo os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade? Como conciliar a idéia de um Estado Europeu que garanta a proteção da identidade nacional de seus Estados-Membros? De que forma há de se resolver a problemática em torno do déficit democrático e da questão da legitimidade

no seio da comunidade? Pode-se falar em um povo Europeu ou mesmo na possibilidade de que tal identificação comum venha a ser construída na Europa?

A esfera jurídica, como não poderia ser diferente, ao absorver as redefinições do insurgente cenário político, incorpora novos institutos que exigem seja o ordenamento jurídico comunitário concebido em estreita correlação com os ordenamentos nacionais internos. Pode-se falar, então, na existência de distintos ordenamentos em oposição? Formaria o Tratado de Maastricht, reformulado pelo Tratado de Amsterdã, juntamente com os demais instrumentos comunitários, uma autêntica Constituição dos Estados Europeus? Que princípios regem os conflitos advindos da tensão resultante da interpenetração dessas ordens? Possuem os ordenamentos distintos requisitos de validade? Em quais termos se dá a “relação de cooperação” entre a Corte de Justiça Européia e as cortes nacionais? Estão as cortes constitucionais nacionais (ou órgãos equivalentes) autorizadas a realizar um controle de constitucionalidade das leis e regulamentos comunitários em face de sua própria Constituição?

Tais questionamentos de tamanha envergadura exigem um redimensionamento na apreensão do fenômeno jurídico-político. Nesses termos, muitas têm sido as tentativas de formulação de enunciados teóricos pretensamente aptos a descrevê-lo; o que se verifica, todavia, é que, por detrás de tais tentativas, subsistem eloqüentes discursos retóricos que, ante o novo, procuram conter seus efeitos ou ampliá-los.

Limitamo-nos aqui a privilegiar, de um lado, o aspecto genérico da recepção e aplicabilidade do direito comunitário no âmbito jurídico interno dos Estados-Membros, tentando desnudar alguns elementos da relação – de tensão e complementação – existente entre os regulamentos comunitários e o direito nacional, pontuando ain-

da os termos em que se dá a sua relação com os órgãos jurisdicionais locais.

E de outro, extrapolando aquele ambiente genérico, procuramos ainda traçar um breve paralelo entre os ordenamentos constitucionais da Alemanha e Holanda; e a forma com que seus dispositivos constitucionais determinam sejam equacionados os eventuais conflitos resultantes da inserção das normas comunitárias ao ordenamento interno.

## *2. Integridade nacional: da soberania estatal à soberania constitucional*

A questão em torno dos papéis exercidos pelos diversos organismos e atores no plano comunitário, além da discussão em torno dos seus limites, remontam diretamente à problemática relativa à competência e legitimidade do seu exercício (fundamentos e natureza).

Muito se discute sobre o problema da violação ou não da soberania nacional dos Estados-Membros em face da cessão de poderes à Comunidade. A transferência de competências e a plena aceitação no interior dos Estados dos efeitos das decisões tomadas em nível supranacional – pressupostos do processo de integração – importaria uma violação do ordenamento nacional? Em que medida pode implicar uma cessão de parte da soberania nacional ou ainda uma relativização?

### *2.1. Da afirmação da soberania constitucional como decorrência das transformações da concepção de Estado*

Tais questionamentos não podem ser satisfatoriamente resolvidos tendo por base a concepção clássica de soberania. Esse conceito vem atravessando um período de crise e de reformulação profundas, imanentes à própria crise da concepção de Estado, antes assinalada.

A sua tradicional associação às instâncias de decisão do Estado (dimensão de estatalidade) e vinculação às máximas delimitação interna e independência externa

não se adequam às novas exigências decorrentes do pluralismo jurídico e político interno e da progressiva institucionalização e ampliação de esferas de decisão e controle supraestatais (no caso europeu, ganhando maior proeminência com a União Européia). Assim, faz-se mister elaborar um novo conceito de soberania de forma que esta cessão se coadune com a manutenção de sua identidade nacional.

Assim, ante o desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo e, por conseqüência, da relevância atribuída à Constituição no cenário político-jurídico estatal, especialmente fortalecido após o profícuo debate no período weimariano travado entre H. Kelsen de um lado e, em certa medida, H. Heller/R. Smend e C. Schmitt, de outro<sup>3</sup>, torna-se imperiosa uma reformulação da concepção de soberania a partir de sua necessária correlação com a natureza e papéis de legitimação e integração exercidos pela Constituição nacional, como pacto *constituente* dos poderes públicos estatais e das relações havidas no interior de dado ordenamento jurídico, espacial e temporalmente delimitado.

Neste entrelaçamento entre soberania e Constituição, os tratados de integração gozam de especial relevância, na medida em que, mediante sua ratificação realizada após o regular procedimento constitucionalmente fixado, tem-se a sua inserção no ordenamento interno de forma a vincular o Estado-Membro nos termos e condições nele fixados.

Essa associação entre soberania e Constituição não é somente uma tentativa de apreender (e abstrair) teoricamente o fenômeno político em marcha, mas uma tentativa de, reestruturando os elementos e instituições no âmbito do paradigma da modernidade, dar uma resposta satisfatória ao problema da identidade do Estado em face das organizações supranacionais.

Por outro lado, e sem aprofundar aqui o debate, pode-se frisar que, em face dos

diferentes enfoques adotados perante essa tensão, resultam distintas conseqüências as quais refletem, *ultima ratio*, um posicionamento pró-União ou pró-Estado na tensão decorrente dessa progressiva ampliação da esfera de atuação da Comunidade Européia.

O ex-magistrado do Tribunal Constitucional Federal Alemão Konrad Hesse, declaradamente partidário de uma abertura ao processo de europeização e integração supranacional, nos seus já clássicos Elementos, sustenta que:

“A transformação profunda é inequívoca: o desenvolvimento do Estado, do Estado nacional tradicional, soberano, fechado em si, para o Estado atual, internacionalmente entrelaçado e supranacionalmente atado, encontra sua correspondência na perda da supremacia e do alcance, até agora, de sua Constituição. Como Constituição de um Estado-membro da Comunidade Européia, deve a Constituição respeitar os limites traçados pelo Direito Europeu; seus conteúdos são co-determinados pelos cruzamentos com a ordem comunitária européia”<sup>4</sup>.

Da mesma forma como não se pode admitir a fórmula proposta por Lopez Ruiz quando defende que o processo de integração resulta em uma autorrupção constitucional, quando leciona que:

“Mais além da crítica formal, o certo é que a expressão autorrupção, serve para dar uma idéia clara do que supõe a integração:

1º a cessão de poderes em favor de um ente não estatal, com o correspondente compromisso à renúncia de seu exercício, o que, a sua vez, implica uma limitação da soberania;

e  
2º a aceitação automática no âmbito interno, como conseqüência da cessão, das normas e atos ditados por esse ente extraestatal.

Em conseqüência, a cessão de competência implica submeter determinadas matérias ao ordenamento jurídico comunitário; isto pode implicar, sensivelmente, que tais competências não estejam submetidas à Constituição. Tal é o significado da expressão ‘autorrupção constitucional’ possibilidade da existência de âmbitos materiais ‘aconstitucionais’<sup>5</sup>.

Por outro lado, em uma direção diametralmente oposta, Alaez Coral<sup>6</sup> sob um enfoque sistêmico-funcionalista, defende que dessa associação deve resultar uma leitura do problema da soberania a partir de um enfoque juridicizado que implique o reconhecimento da supremacia da Constituição nacional em face do direito comunitário.

Para o professor ibérico, a Constituição representa o marco constitutivo de todo o ordenamento, na medida em que, fixando as regras de calibração interna do sistema jurídico, confere-lhe os requisitos da positividade e da auto-referencialidade, por meio dos quais pode-se conferir às normas o seu atributo de validade em um dado ordenamento; busca, assim, redimensionar a concepção de soberania a partir do ponto de vista estritamente jurídico, sem com isso ignorar a sua conexão com o entorno, posto que seus elementos gozam de uma necessária abertura cognitiva.

Todavia, entende-se que uma associação nesses termos pode conduzir a uma pretensa eliminação das tensões do mundo dos fatos e dos próprios limites da esfera jurídica em face das decisões políticas.

Sem pretender encerrar aqui esse debate, muito menos defender a reconceitualização da idéia de soberania em uma direção ou noutra, entende-se que se faz importante, nesse contexto, reafirmar a relevância a ser conferida às Constituições Nacionais como medida e limite do processo de integração.

Não se trata, com isso, de negar a possibilidade de que cada Estado possa renunciar a sua condição soberana e consti-

tuir um novo Estado Europeu; mas de reconhecer que, para tanto, é necessário que tal adesão seja resultado de um esforço, conjunto e deliberado, de todas as instâncias políticas nacionais e em decorrência de um amplo e profícuo debate democrático no seio da sociedade.

Limitou-se, aqui, a partir de um enfoque culturalista, a reproduzir o conceito de soberania constitucional apregoado por Zagrebelsky, que concebe a Constituição como um pacto consensualmente firmado<sup>7</sup> em que são fixados os fins últimos e as metas a serem atingidas por meio da política constitucional<sup>8</sup>. Opera-se, dessa maneira, uma substituição da idéia de estatalidade (poderes nacionais) do processo de tomada de decisões pelo reconhecimento da vinculação à teleologia constitucional.

Assim, transmudando-a para o debate acerca da relação existente entre o ordenamento comunitário e o nacional, assume-se a necessidade de que a Constituição<sup>9</sup>, na medida em que compreende um sistema objetivo de valores de uma determinada sociedade (em permanente construção), seja reconhecida como fonte de validade das normas aplicadas no interior de cada ordenamento, não obstante a sua eventual existência válida no ordenamento comunitário.

Entende-se que, dessa forma, resta assegurada a integridade nacional, inclusive em correspondência às necessidades decorrentes do caráter inacabado do processo de integração, uma vez que, mediante a imposição de restrições jurídicas concernentes ao pleno exercício do direito de autodeterminação (soberania), pode-se, ao menos, institucionalizar futuros conflitos, reinserindo-lhes, por meio da prática constitucional, no seio do debate político, como resultado de um reconhecimento expresso de que a adesão em curso não se afigura indelével e incondicionada<sup>10</sup>.

Em razão dessas considerações, resta tecer alguns comentários em torno da re-

conhecida autonomia conferida ao ordenamento comunitário e a existência de âmbitos de validade diferenciados, essenciais a um equacionamento coerente entre o direito comunitário e nacional.

## 2.2. Dualidade de ordenamentos e autonomia do direito comunitário

No plano genérico, a relação entre o direito nacional e o direito internacional é usualmente compreendida sob um duplo enfoque: ora como uma relação dualista (ou pluralista) ora como uma relação monista, esta última ainda pode ser subdividida de acordo com a preponderância do enfoque estatista ou internacionalista<sup>11</sup>.

Para os *dualistas* (Triepel, Anziotti), o direito nacional e o(s) ordenamento(s) internacional(is) são níveis diferenciados que pressupõe-se simultânea e autonomamente válidos, sem se interpenetrarem, cujo contato representa uma hipótese remota, fazendo com que, quando presente, sejam adotadas normas que coordenem esses dois domínios e que estabeleçam qual deles deva prevalecer em caso de conflito, o que pode conduzir a uma arbitrariedade de eleição.

Por outro lado, para os *monistas*, o Direito constitui uma unidade, um sistema, integrado tanto pelo direito internacional quanto pelo direito interno. Estes últimos subdividem-se, ainda, em *internacionalistas* (Hans Kelsen) – as regras internacionais, na medida em que podem conferir maior estabilidade e fomentar o processo de paz mundial, devem preponderar frente aos ordenamentos internos, promovendo um processo de aproximação e cooperação internacional; e os *estatalistas* (Verdross), para quem

“a salvaguarda da ‘positividade’ [unidade do ordenamento] deste requer conceber o direito internacional como parte do direito estatal, como sua parte externa, a representação daquela soberania só pode ter-se inicialmente na norma suprema

do direito estatal (de sua parte interna): a Constituição, que deste modo se converte na norma suprema de todo o Direito estatal, seja este externo ou interno”<sup>12</sup>.

Como bem assinala Rezek, “nenhuma destas três linhas de pensamento é invulnerável de crítica”<sup>13</sup>; para o autor, cada qual possui mérito próprio na medida em que privilegia um determinado aspecto da relação entre o direito internacional e o nacional<sup>14</sup>.

De uma forma geral, as soluções unilaterais representadas por tais correntes vêm sendo preteridas em face de uma formulação mais moderada, em que se acentue a interdependência e interpenetração dessas duas ordens, já que a internacional, paulatinamente, vem-se exigindo seja instrumentalizada nos ordenamentos internos, enquanto que estes, especialmente em face de cláusulas de abertura relativas à aplicabilidade dos direitos humanos internacionalmente assegurados, tendem a se aproximar da direção fixada nas normas e diretivas internacionais.

Tais características são sobremaneira evidenciadas quando se encontra diante da relação de tensão e complementação existente entre o direito comunitário e o nacional, uma vez que os tratados constitutivos instituem órgãos com atribuições específicas e lhes conferem competência para editar atos normativos segundo um procedimento próprio que se admite diretamente aplicável no âmbito interno, sem que suas instituições procedam quaisquer atos introdutórios.

Na medida em que se admite que as normas comunitárias derivadas tenham sua validade aferida em confrontação com os termos e limites fixados no Tratado Constitutivo (de direito comunitário originário ou primário), e que a competência dessa aferição é atribuída prioritariamente a um Tribunal de Justiça Supranacional, reconhece-se, ao menos no tocante à produção de normas derivadas, a existência

de um *ordenamento comunitário autônomo*, que goza de uma especificidade própria a par das regras de direito internacional geral.

Tal autonomia já restou assegurada em diversas oportunidades pelo Tribunal de Justiça Europeu, que a sustenta em face da máxima de unidade de interpretação e aplicação do direito comunitário. Ocorre, contudo, que a questão em torno da natureza desse entrelaçamento não se afigura nitidamente clara àquela Corte, ao menos se constata certa imprecisão quando se analisa a sentença *Handeldesellschaft*, que, ao tentar conciliar os diferentes fundamentos da correlação entre o ordenamento comunitário e o nacional, assentou que:

“A maioria das jurisdições nacionais tem invocado um fundamento interno para justificar a eficácia do direito comunitário. Apesar da possível contradição que pode afigurar-se nesta dupla colocação do problema, as invocações de um fundamento autônomo e a de um fundamento estatal não são necessariamente opostas, especialmente se se opta por uma concepção dualista ou pluralista”<sup>15</sup>.

Em certa medida, o TJE parece não se preocupar muito com a possível diversidade de efeitos que a adoção de uma ou outra corrente pode levar, ou, ao menos, faz questão de não o destacar, a fim de, aproximando as diversas teorias a respeito, ver consagrada a supremacia do direito comunitário ante o nacional.

Parece, todavia, que esse entendimento discrepa do que se entende por concepção dualista, tal qual defendida por Dehousse, para quem o equacionamento das tensões resultantes da relação entre o direito comunitário e nacional pode ser resolvido a partir da colocação do problema do “nível de análise” (*problem of the Level-of-Analysis*<sup>16</sup>). Segundo esse referente, a relação entre direito comunitário e nacional é marcada por uma tensão dia-

lética entre dois níveis diferenciados (em uma relação unidade – sistema); em razão do que a interpretação/integração das normas deve ser orientada no sentido de reconciliá-las por meio de uma regra de conflito (*conflict rule*) em que goza especial peso a lei comunitária (segundo o princípio da supremacia).

Noutro diapasão, reconhecendo a origem do ordenamento comunitário à co-associação entre diferentes vontades nacionais soberanas, e atribuindo às regras daí advindas um caráter de preponderância frente às normas jurídicas internas, como decorrência da própria prescrição constante do art. 249º (ex-art. 189º) do TCE, o qual assinala a aplicabilidade direta nos Estados-Membros das normas comunitárias secundárias, Lopez Ruiz defende uma concepção que se coaduna ao *monismo internacionalista* antes referido.

Segundo esse autor, a partir do conceito de regra de reconhecimento de Hart, a interpenetração das diferentes ordens (comunitária e nacional) não implica uma comunitarização do direito nacional, nem uma nacionalização do direito comunitário, mas se perfaz mediante uma cláusula expressa de abertura, reconhecida pela regra inscrita na Constituição e confirmada pela sua prática concordante. Assim sendo, a inserção de dispositivos desse jaez nas Cartas Magnas nacionais, implicam o reconhecimento de uma auto-ruputura constitucional, posto que aquelas passam a admitir como válidas, no ordenamento jurídico interno, normas aconstitucionais, cuja origem e validade não derivam dos instrumentos e sujeitos por ela regulados.

Por fim, para os *monistas estatais*, imperioso se faz manter írrita a integridade nacional, e essa integridade se mantém por meio da concordância das regras aplicadas no interior do ordenamento nacional, e por conseguinte partes integrantes deste ordenamento jurídico interno, à Constituição. Nesse sentido, tem-se que a separação dos ordenamentos opera-se, tão-

somente, no plano da validez e não no plano de sua aplicabilidade.

Tal conclusão, segundo entende Alaez Corral<sup>17</sup>, é corroborada pelo Tratado da Comunidade Européia quando este determina que a execução das decisões dos acórdãos do Tribunal de Justiça seja “regulada pelas normas de processo civil em vigor no Estado em cujo território se efectuar” (alínea 2, 1º período do art. 256, ex-art. 192º do TCE) e tendo o Tribunal de Justiça Europeu fixado a obrigatoriedade da aplicação direta dos dispositivos dos tratados e demais regulamentos comunitários diretamente pelos juízes nacionais.

Por conseguinte, no tocante à aplicabilidade das normas comunitárias, há de se levar em consideração o princípio da primazia das normas constitucionais, uma vez que estas fundam a unidade do Estado em um nível superior,

“o daqueles princípios intangíveis de uma Supra-Constituição material, cuja aplicabilidade não pode ser afetada pelo princípio da primazia do ordenamento comunitário”<sup>18</sup>.

A afirmação da existência de um duplo âmbito de aferição de validade formulado por Alaez Corral – a validade no plano comunitário (em face do tratado instituidor) e a sua aplicabilidade no interior de um dado ordenamento jurídico (em face da Constituição nacional) –, em última instância, torna-se incongruente com a concepção inicial de monismo estatal por ele defendida, evidenciando a necessidade de que a apreensão do fenômeno da inserção do ordenamento comunitário no interior do Estado-Membro seja concebida em outros termos que não as visões unilaterais do monismo ou dualismo jurídicos.

Reportando-se à literatura atual, Stern defende que o tradicional debate pode ser suplantado, de forma mais eficiente, para o desenvolvimento de *teorias de conversão*<sup>19</sup>.

Refere-se o juspublicista alemão a três formas de inserção: a *transformação*, a *execução* e a *incorporação*. A primeira se

opera mediante ato estatal próprio e tem o condão de transmutar a norma internacional convertendo-a em norma de direito interno; a segunda, não obstante prescindir igualmente de um ato intra-estatal, este constitui-se em mera “ordem de execução”, mantendo íntegra a natureza de direito internacional da norma; e, por fim, a última, também conhecida como teoria da adaptação, dá-se por meio da publicação de norma internacional sem qualquer ato nacional, tendo sua aplicabilidade diretamente reconhecida no ordenamento intra-estatal e igualmente mantida sua natureza própria, aqui eventual intervenção estatal teria função meramente declaratória.

Tais considerações remetem à polêmica em torno da admissibilidade ou não da aferição de validade do direito comunitário derivado em um duplo âmbito.

### *2.3. Duplo âmbito de validade do ordenamento comunitário*

O ordenamento comunitário europeu compreende normas de direito primário (originário) e secundário (derivado). As primeiras identificam-se aos tratados instituidores das Comunidades Européias, ao Tratado instituidor da União Européia e aos seus subseqüentes atos revisores.

Tais normas dão origem a um ordenamento distinto e, de certa forma, autônomo em face dos ordenamentos nacionais; contudo, antes de entrarem em vigência, submetem-se ao prévio balizamento, nos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais, em razão do qual deram origem à instauração de processos de revisão constitucional na grande parte dos Países-Membros. Portanto, previamente ao depósito do termo de ratificação ao Tratado de Maastricht, cada nação já havia promovido o controle de constitucionalidade de acordo com seus próprios institutos e procedimentos.

Em contrapartida, as normas derivadas desses instrumentos, na medida em que são enfeixadas de forma sistemática e a uma instância jurisdicional supranacio-

nal é atribuída a função de garantir “o respeito do direito na interpretação e aplicação do presente Tratado” (art. 220º – ex-art. 164 do TCE) e a responsabilidade de fixar os princípios gerais de direito comunitário (para. 2. art.6º – ex-art. F do TUE), formam com aquelas um ordenamento parcialmente autônomo.

As normas de direito comunitário, ao mesmo tempo em que regulamentam as relações existentes entre os distintos Estados-Membros e entre esses e as instâncias comunitárias, conferem aos particulares direitos e garantias que autorizam seja desenvolvida uma máxima tutela perante as instâncias supranacionais (entre elas, de forma preponderante, o TJE) e perante os órgãos nacionais que desenvolvem importante papel – de colaboração – na adequação das normas incorporadas ao ordenamento nacional.

Nesse processo de aplicação promovido pelos órgãos institucionais nacionais (notadamente as instâncias jurisdicionais), na medida em que a obediência à Constituição nacional impõe-se-lhe como dever inerente ao exercício de suas funções, pode-se admitir ainda uma segunda aferição de validade, por meio da qual se verifica a existência de condições de aplicabilidade no âmbito estrito do sistema jurídico nacional.

Há de se frisar, todavia, que, da mesma forma que a lei nacional goza de uma presunção de validade, a norma comunitária também tem a seu favor a mesma presunção<sup>20</sup>, assim, ela também deve ser interpretada conforme a Constituição, a qual, por sua vez, reconhece a pré-disposição dos Estados à integração<sup>21</sup>.

Em face dessa distinção, pode-se formular uma divisão de competências que, em tese, vem orientando a relação entre o Tribunal de Justiça Europeu e as cortes nacionais.

Àquele compete a exclusividade na fiscalização da legalidade das normas comunitárias derivadas<sup>22</sup> e a exclusividade

de fixar, de forma vinculativa, a interpretação das disposições comunitárias (art. 220º – ex-art. 164º c/c art. 234º – ex-art. 176º do TCE), enquanto aos tribunais locais, impõe-se-lhe a sua aplicação interna (par. 2. art. 249, ex-art. 189 c/c par. 2. art. 234, ex-art. 177 do TCE). Dessa forma, somente aos Tribunais locais é atribuído o poder-dever<sup>23</sup> de suspender a aplicação dos atos internos que conflitem com as disposições comunitárias, desde que, de acordo com as argumentações antes transcritas, não violem a ordem constitucional interna.

Por tais razões, o Tribunal de Justiça Europeu insiste em referir-se, nos casos submetidos a apreciação a título de análise de questão prejudicial (art. 234º, ex-art. 177º), à *interpretação* das disposições do Tratado; enquanto ao tribunal nacional incumbe a *aplicação* das disposições do Tratado no âmbito interno<sup>24</sup>.

Entretanto, o Tratado de Roma explicitamente conferiu ao Tribunal de Justiça Europeu a função de garantir a “aplicação” do direito comunitário (art. 220º, ex-art. 164º, segunda parte). Não há que se falar em contradição entre os dispositivos comunitários ou ainda na instituição de um poder de revisão geral dos julgados das cortes nacionais.

Não há que se falar em contradição, posto que não há interpretação dissociada das circunstâncias concretas para a qual se dirige, e as demais funções jurisdicionais conferem-lhe competência para dirimir as eventuais tensões garantindo o cumprimento das disposições do Tratado. Da mesma forma como, ante a inexistência de uma típica submissão hierárquica das cortes nacionais e da inexistência de recursos (diretos) capazes de revisar o mérito das decisões das cortes nacionais, igualmente não há que se falar em *corte de apelação*.

Em uma situação hipotética, mas possível segundo a argumentação aqui defendida, em que determinada corte nacional suspendesse, internamente, a aplicação do

direito comunitário secundário, configurar-se-ia uma das hipóteses de violação do TUE, em razão da qual a Comissão ou o Estado-Membro pode instaurar os procedimentos indicados nos arts. 226º a 229º do TCE (respectivamente, ex-arts. 169º a 172º) a fim de ver apuradas as irregularidades e responsabilidades do Estado pelo descumprimento das obrigações contratuais. Contudo, a atuação do Tribunal de Justiça resta condicionada à prévia deliberação política da Comissão<sup>25</sup>.

Assim, não pode o TJE avocar para si o processamento de determinado feito que tramita perante as cortes nacionais, ou reformá-las diretamente em decorrência da interposição de um recurso de apelação pela parte insatisfeita; por isso, sem negar o seu importantíssimo papel desempenhado no desenvolvimento das instituições comunitárias, não se lhe pode atribuir as características de um autêntico tribunal federal.

### *3. Recepção das normas sob o ponto de vista dos Países-Membros. Análise comparativa das constituições da Alemanha e Holanda*

Incumbe agora transplantar a polêmica em torno da relação entre o ordenamento comunitário e o direito nacional para a realidade constitucional dos diferentes Estados, tendo em vista as peculiaridades das instituições nacionais, capazes de proporcionar efeitos diferenciados.

Vale frisar, inicialmente, a possibilidade de se reconhecer a existência de múltiplos pontos de contato, em decorrência mesmo do atendimento a certos pré-requisitos inerentes (e necessários) à adesão do Estado a um processo de integração<sup>26</sup>. Sem sequer analisar um único texto constitucional concreto, pode-se, por exemplo, assinalar a necessidade de que tais pactos fundamentais assinalem a precedência da lei comunitária frente à legislação ordinária nacional e ainda a aplicabilidade dire-

ta e imediata dos dispositivos normativos secundários.

Entretanto, muitas são as dissensões. Basta citar, *e.g.*, a participação de países como Grã-Bretanha e França, que constituem os maiores expoentes de tradições jurídicas, em princípio, radicalmente diferenciadas. Ou ainda citar outras mais sutis, como as existentes entre a dos países ibéricos (sistema jurídico cujas matizes remontam à tradição franco-alemã) com a tradição jurídica dos países escandinavos, os quais recebem um forte influxo do realismo jurídico, que os aproxima do *reasonableness* do *common law*, conferindo, contudo, à lei um importante instrumento de vinculação e desenvolvimento do sistema jurídico.

O processo de integração europeu, por seu turno, tem possibilitado um processo de intensa aproximação, como assinala Koopmans, em que o direito comunitário exsurge em meio a um processo global de co-determinações recíprocas entre o *civil law* e o *common law*, ensejando e concorrendo, em maior ou menor grau, a “uma progressiva construção de um edifício legal multifacetado (*many-sided*)”<sup>27</sup>.

Feitas tais considerações preliminares, impõe-se destacar aqui que a opção pela análise das disposições constitucionais holandesa<sup>28</sup> e alemã<sup>29</sup> decorre das distintas configurações dos sistemas de salvaguardas à proteção da integridade constitucional.

Procurou-se, então, enfeixar os dispositivos constitucionais em tópicos que versassem, a saber, acerca: a) do processo de integração e/ou cláusulas de abertura; b) da relação entre os tratados e a reforma constitucional e, por fim, c) das formas de controle de constitucionalidade.

### 3.1. Disposições sobre o processo de integração europeu e as cláusulas de abertura aos tratados internacionais

A *Constituição holandesa*, bem mais sintética que a alemã, não faz qualquer previsão específica ao processo de integração

europeu, contudo vem sendo assinalada como um dos textos constitucionais que possibilitam uma das mais expressivas aberturas ao direito internacional<sup>30</sup>.

Os arts. 92, 93 e 94 da NC<sup>31</sup> dispõem que:

“Art. 92. Poderes legislativo, executivo e judicial podem ser conferidos a instituições internacionais por ou em conformidade com um tratado, estando sujeito, onde necessário, às providências do Artigo 91 (3).

Art. 93. Dispositivos de tratados e de resoluções de instituições internacionais, que vinculam todas as pessoas por seus próprios conteúdos, devem entrar em vigor depois de publicados.

Art. 94. Regulamentos estatutários em vigor dentro do Reino não devem ser aplicáveis se sua aplicação entrar em conflito com dispositivos de tratados vigentes ou de resoluções de instituições internacionais. “

Dessa forma, os dispositivos constitucionais consagram duas formas de inserção do direito internacional: execução e incorporação – na medida em que autorizam seja transferido o exercício de poderes soberanos a órgãos supranacionais por meio de tratado (execução) e em conformidade com ele (incorporação) –, no caso, direito comunitário derivado, vinculando diretamente os cidadãos holandeses na medida em que o tratado seja igualmente observado pelos outros contratantes (art. 93) e assegurando sua precedência sobre o direito nacional (art. 94).

Há de frisar ainda que, ao condicionar a aplicabilidade dos dispositivos internacionais “às providências do Artigo 91 (3)”, como se verá em seguida, admite-se a necessidade de, em se tratando de conflito com disposições constitucionais, um procedimento reforçado prévio, ou posterior, perante o Parlamento.

Por outro lado, a *Lei Fundamental de Bonn* traz uma série de referências diretas e indiretas ao processo de integração europeu<sup>32</sup>. Desde sua promulgação em 23-5-1949, reconhece, em seu preâmbulo, a vontade do povo alemão de “servir à paz mundial como membro de direitos iguais numa Europa unida”<sup>33</sup>.

Originariamente, a adesão da Alemanha à Comunidade Econômica Européia e demais comunidades se processou, não sem críticas<sup>34</sup>, com base no art. 24, que regula a entrada da Alemanha em instituições intergovernamentais:

“Art. 24. [Entrada em sistema coletivo de segurança].

(1) A Federação pode, através de legislação, transferir poderes soberanos para instituições intergovernamentais.”

Em face da abrangência das atribuições a serem processadas de acordo com os termos do tratado instituidor da União Européia, especialmente no tocante ao segundo e terceiro pilares, acrescidas aos inúmeros debates trazidos à tona acerca da participação e controle dos *Länder* alemães (Estados Federados) no processo de cessão de competências e promoção das políticas comunitárias, bem como da natureza da União e da exigência de respeito às cláusulas de intangibilidade<sup>35</sup>, mediante a Lei de Reforma da Lei Fundamental de 21-12-92, estabeleceu o Parlamento Alemão que:

“Art. 23(1) [União européia]

1. Para promover uma Europa unificada, Alemanha participa no desenvolvimento da União européia a qual é vinculada aos princípios democrático, do Estado de Direito e federalismo, e provê a proteção dos direitos fundamentais essencialmente equivalentes aos previstos nesta Constituição. Esta federação pode, para este propósito e com o consentimento do Senado, delegar poderes de soberania. Artigo 79 (2) e (3) é

aplicável para a fundação da União Européia como também para mudanças em suas bases contratuais e regulamentos equivalentes através dos quais o conteúdo desta Constituição é mudado ou emendado ou nas quais as mudanças ou emendas são autorizadas”<sup>36</sup>.

Nos números (2) a (7) do mesmo artigo, restou consignada uma série de dispositivos relativos à participação dos Estados, de forma direta ou por meio dos seus representantes no Senado (*Bundesrat*), no processo de formação de decisão relativo à aprovação dos acordos internacionais e participação dos representantes alemães nos órgãos comunitários.

A transferência de poderes soberanos inclui, como não poderia deixar de ser, a autorização para emissão de atos normativos que vinculam diretamente os cidadãos e habitantes da Alemanha, os quais, à semelhança dos princípios gerais de direito internacional (art. 25)<sup>37</sup>, resultam aplicáveis em todo o território federal, sobrepondo-se às leis e constituindo fonte direta de direitos e obrigações para todos os habitantes, sem, com isso, constituir parte integrante do direito federal, não obstante sua estreita conexão com esse, conforme salientado alhures.

Para Stern (ainda se referindo às disposições do art. 24), o direito comunitário é autônomo, não se confundindo nem como o direito estatal, nem como o direito internacional, por supor um “*tertium genus*” com especificidade própria e razão de ser<sup>38</sup>.

Há de se destacar, ainda, a inovação do direito constitucional alemão<sup>39</sup> igualmente introduzida com a reforma de 1992, com a introdução do número 1a ao art. 24, que autorizou aos Estados Alemães, independentemente de serem titulares de personalidade jurídica de direito internacional<sup>40</sup>, firmarem acordos e ingressarem em organizações transfronteiriças, expresso nos seguintes termos:

(1a) Na medida em que os Estados são responsáveis pelo exercício das prerrogativas estatais e o cumprimento das obrigações estatais, eles podem, com o consenso do Governo, delegar poderes soberanos a instituições transfronteiriças<sup>41</sup>.

### *3.2. Incompatibilidade dos tratados internacionais com a Constituição nacional*

Ambas as constituições em estudo asseguram, mediante diferentes mecanismos e instrumentos, a soberania de seu pacto fundamental. Frise-se aqui que isso não implica admissão de um caráter rígido e imutável do texto constitucional, posto que, em assim sendo, minar-se-ia a própria força normativa da Constituição<sup>42</sup>.

Tem-se assegurada a soberania, do contrário, quando se condiciona a aplicabilidade do ordenamento comunitário a sua concordância (ausência de conflitos) com a Constituição nacional (art. 23.1 da LF e art. 92 da NC), mesmo ainda quando se admite a alteração do texto constitucional ou de seu conteúdo após prévio procedimento reforçado de autorização pelo parlamento nacional (por meio de uma maioria qualificada), como se verá a seguir.

A Constituição holandesa não impõe, como a alemã, um limite material para as suas reformas subsequentes, contudo, estabelece, em seu art. 137, um processo de revisão constitucional ultra-rígido, que implica a renúncia do Parlamento e votações pelas duas legislaturas e pelas duas casas legislativas, e aprovação de 2/3 dos membros.

Contudo, a Constituição, por meio do art. 91.3, estabelece um procedimento simplificado para aprovação de tratados que alterem o conteúdo da Constituição, sendo objeto de severas críticas por parte dos partidários da supremacia estatal e aplausos dos defensores de um Estado Europeu. Dispõe que:

“Art. 91.3 qualquer dispositivo de um tratado que conflite com a

Constituição ou que conduza a conflitos com ela só pode ser aprovado pelas Câmaras do Parlamento se pelo menos dois-terços do elenco de votos forem favoráveis<sup>43</sup>.

Enquanto a Lei Fundamental alemã, quando verificado conflito entre suas disposições e os tratados de integração, suas revisões e outros regulamentos de igual natureza, remete o procedimento de aprovação da lei de adesão ao tratado, como visto acima, às prescrições do art. 79.2 e 3, que fixam o quorum mínimo para aprovação e os limites materiais do poder de reforma geral da Lei Fundamental:

“Artigo 79 [Alteração da Lei Fundamental]

(2) Uma lei desse teor exige a aprovação de dois terços dos membros do Parlamento Federal e de dois terços dos votos do Conselho Federal.

(3) Não é permitida qualquer modificação desta Lei Fundamental que afete a divisão da Federação em Estados, ou o princípio da cooperação dos estados na legislação, ou os princípios consignados nos artigos 1 e 20<sup>44</sup>.

A inexistência de expressa vinculação ao art. 79.1 da LF faculta ao Parlamento que confira a lei federal de adesão ao tratado ou ainda a lei de autorização para entrada em vigor de regulamento destinado a alterar as bases contratuais daquele a capacidade de, por si só, alterar dispositivos da Lei Fundamental, prescindindo de uma lei específica de reforma, como determina o dispositivo do art. 79.1<sup>45</sup>, até mesmo por restarem assegurados os mesmos limites impostos àquelas, diferentemente das disposições holandesas.

### *3.3. Controle de constitucionalidade*

A Constituição holandesa, entre outras atribuições, confere ao Conselho de Estado a atribuição de emitir consulta prévia relativa à aprovação dos tratados internacionais, em que se manifesta sobre a opor-

tunidade e legalidade (constitucionalidade), sem, contudo, gozar de natureza vinculativa à deliberação do Parlamento (art. 73)<sup>46</sup>.

Outrossim, a Constituição holandesa veda expressamente toda e qualquer forma de *judicial review* possivelmente conferida aos órgãos jurisdicionais nacionais, assim como não cria uma corte constitucional investida de uma jurisdição especificamente constitucional<sup>47</sup>. O art. 120, inserido no Capítulo 6 destinado à administração da justiça, é taxativo ao preceituar que:

“Art. 120. A constitucionalidade dos Atos do Parlamento e dos tratados não pode ser apreciada pelas cortes de justiça”<sup>48</sup>.

Nesses termos, as cortes locais não podem, constatando alguma incompatibilidade entre a lei comunitária derivada e a Carta Magna nacional, deixar de aplicar aquela, porque lhes é vedada a aferição de constitucionalidade dos atos do Parlamento e dos tratados, e por conseguinte das leis comunitárias derivadas. Nada obsta, contudo, que seja instaurado algum procedimento no Parlamento nacional, cuja análise, porém, excede os limites aqui impostos.

Por outro lado, a *Lei Fundamental de Bonn* instituiu um complexo sistema de controle de constitucionalidade dos atos dos poderes públicos alemães (decorrentes inclusive da vinculação direta estabelecida pela cláusula pétrea do art. 20.3, que submete os poderes à lei e ao direito). A competência do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) encontra-se disciplinada no art. 93 da Lei Fundamental e abrange, com exclusividade (art. 100 LF), o equacionamento de tensões decorrentes do funcionamento do pacto federativo e na aferição da adequação das leis federais, tratados e leis estaduais em face do Texto Maior (controle abstrato), bem como o processamento de incidentes de constitucionalidade suscitado pelos tri-

bunais inferiores e de recurso de constitucionalidade ajuizado por particular quando invocar a violação direta de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados (controle em concreto).

Destacaram-se, aqui, partes do supra-mencionado art. 93<sup>49</sup> necessárias às considerações sobre o conflito entre as normas comunitárias e o ordenamento constitucional. Assim, veja-se:

“Artigo 93 (Tribunal Constitucional Federal, competências)

(1) O Tribunal Constitucional Federal decide:

(...)

2º no caso de divergências de opinião ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual com a presente Lei Fundamental, ou da compatibilidade de uma legislação estadual com outras leis federais, quando o solicitem o Governo Federal, um Governo Estadual ou um terço dos membros do Parlamento Federal.

(...)

4º sobre processos constitucionais que podem ser interpostos por todo o cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos artigos 20, alínea 4, 33, 38, 101, 103 e 104.

(...)”

Além do controle político prévio (verificação ou não de incompatibilidade com a Constituição que enseje o processamento qualificado), o Tribunal Constitucional Federal reconhece a possibilidade de controle de constitucionalidade das Leis Reformadoras da Lei Fundamental, da Lei Federal de adesão a tratados internacionais e de autorização de regulamentações posteriores, bem como do próprio direito comunitário derivado, decorrente da cessação de poderes legislativos havidos com a

acessão à comunidade européia, de forma a suspender a aplicabilidade da norma comunitária bem como dos atos decorrentes de sua aplicação.

Não há dúvida quanto à admissibilidade de controle da lei federal de adesão (e conseqüentemente das próprias leis de reforma da LF), posto que, com respaldo na teoria do Poder constituinte derivado e originário, que remonta a Siéyès, admite-se legítima a cláusula de limite material constante do art. 79.3 da LF; logo, em tese, entende-se perfeitamente admissível, com respaldo constitucional direto, a instauração de procedimento para controle dos tratados de direito comunitário originário.

Contudo, no tocante à admissibilidade do controle de constitucionalidade das normas comunitárias secundárias, a questão tem sofrido sensíveis oscilações perante o Tribunal Constitucional Federal, que tem provocado inúmeros protestos e aplausos, como bem lembra Stern.

O TCF vinha oscilando entre um posicionamento denominado por Stern (com base em Ilsen) de Sentença do “Enquanto Isso” (*so lange*) e do “Talvez”, que, respectivamente, admitem e negam o controle da lei comunitária derivada.

Na Sentença *Solange I*<sup>50</sup>, que inaugura aquela primeira fase, o Tribunal Constitucional Federal admite o recurso constitucional com fundamento na violação de direito fundamental assegurado pela LF, tendo em vista que o mesmo resultou de um ato de execução concreto de autoridade intra-estatal, atingindo somente de forma oblíqua a legislação comunitária, tendo a Corte a declarado inaplicável (e não inválida).

Em contrapartida, a partir da sentença de 25-7-1979<sup>51</sup>, repercutindo nas decisões BVerfGE 58,1 e BVerfGE 59,63, culminando com a sentença *Kloppenburg*<sup>52</sup> o Tribunal Constitucional Federal vinha adotando posicionamentos favoráveis à jurisdição do TJE, em que assinala a pré-dis-

posição a uma colaboração máxima possível, em que os Estados-Membros devem envidar todos os esforços à consecução da integração européia.

Contudo, o TCF, mudando o rumo das decisões que vinha tomando até então favoráveis à integração, na Decisão sobre Maastricht<sup>53</sup>, não obstante o reconhecimento da constitucionalidade da adesão da Alemanha ao Tratado de Maastricht, fixou importantes diretivas a serem adotadas por aquela Corte. Na oportunidade, o TCF reconheceu-se competente para apreciar a constitucionalidade do direito comunitário derivado quando este atentasse contra os direitos fundamentais assegurados pela Lei Fundamental e o princípio democrático.

Não obstante reconhecer a doutrina dos princípios gerais de direito adotada pelo Tribunal de Justiça Europeu, admite a possibilidade de as diretivas comunitárias ensejarem atos, a serem aplicados intra-estatalmente, que violem os direitos fundamentais consolidados na Alemanha, autorizando, em face da permissão concedida pelo art. 79.3 e 93, I, 4a da LF, a suspensão do ato e a declaração de inaplicabilidade da referida norma na Alemanha.

Ademais, por força do princípio da democracia insculpido no art. 20, I, afirmou que: a) deve-se manter ao nível dos Estados um mínimo de competências e poder de decisão que não descaracterize o exercício de sua soberania; b) o alargamento dos poderes conferidos à Comunidade só pode ser processado mediante emendas formais aos tratados, de forma que a Corte reconhece-se competente para analisar se as diretivas adotadas pelos órgãos comunitários excederam ou não as autorizações constantes dos tratados instituidores; e, pelo mesmo fundamento, c) nega efeito e não se sente vinculada às interpretações conferidas pelo TJE que ensejem uma absorção indireta de competências em favor da jurisdição e órgãos supranacionais<sup>54</sup>.

Não obstante resultar manifesta uma aparente animosidade entre o TCF e a TJE, capaz de fazer implodir uma série de tensões entre a Comunidade Européia e a Alemanha, gerando conseqüências altamente danosas ao processo de integração levado a efeito no Velho Continente, pode-se asseverar, como faz Boom no artigo sugestivamente denominado “A União Européia depois da Decisão de Maastricht: se tornará a Alemanha a ‘Virgínia’ da Europa”<sup>55</sup>, que:

“o Tribunal Constitucional Federal não questiona a autoridade geral de apelação (sic) do Tribunal de Justiça Europeu sobre as cortes alemãs (...) O Tribunal Constitucional Federal tem limitado sua oposição aos casos ‘extremos’ onde a interpretação do Tratado é tão abrangente a ponto de implicar uma emenda (ao TUE)”<sup>56</sup>.

Ademais, sustenta ainda o mesmo autor, a contraditoriedade existente entre a sentença de *Kloppenburg* e a *Decisão de Maastricht* é apenas aparente, uma vez que, naquela oportunidade, a questão gravitava em torno de uma diretiva concernente à cobrança de imposto sobre valor acrescentado (*Value added tax directive*)<sup>57</sup>, enquanto, nas decisões precedentes do Tribunal (Solange I e II) e agora em Maastricht, aquela Corte manifesta-se no sentido de guardiã dos princípios máximos dos direitos fundamentais dos cidadãos e do princípio da democracia<sup>58</sup>.

### 3.4. A Constituição como limite concreto e eficiente à integração comunitária?

Ao se vincular a soberania do Estado à integridade constitucional não se está, com isso, olvidando as necessárias implicações políticas que o processo de integração suscita.

Sabe-se que não é a existência de uma Constituição, ou ainda de cláusulas constitucionais que estabeleçam um núcleo essencial intangível, tal qual o art. 79.3 da

Lei Fundamental de Bonn, ou a sua inexistência, consoante se depreende da Constituição holandesa, que vão, *per si*, garantir a integridade nacional.

Do contrário, a garantia da força normativa da Constituição nacional e, por conseguinte, do próprio sistema jurídico só se fará com o reconhecimento de suas limitações, a partir do momento em que se passe a compreendê-lo como circunscrito pelas esferas política e econômica. Dessa forma, o jurista pode remeter o debate das questões inerentes à ordem jurídico-constitucional à esfera política, e assim, atuando no plano da política jurídica, provocar o enraizamento da tutela das garantias fundamentais como valores intrínsecos de toda a coletividade e que a concessão do poder de decisão sobre questões essenciais à caracterização de um mínimo de autonomia do Estado se processe em meio a um amplo debate nas mais variadas instâncias nacionais.

Ademais, o desenvolvimento das instituições comunitárias concorrentemente à abertura dos processos decisórios e da ampliação da tutela dos direitos fundamentais restringe as possibilidades de violação das garantias constitucionalmente asseguradas no âmbito interno dos Estados-Membros.

Além do que, com a ampliação da participação de diferentes instâncias representativas dos Estados-Membros e dos próprios cidadãos e a demarcação do princípio da subsidiariedade como balizamento concreto e limite à atuação da União<sup>59</sup>, as ações comunitárias igualmente tendem a manter-se adstritas aos objetivos do Tratado, e, mais ainda, na medida da real necessidade de intervenção.

Nesses termos, os desdobramentos assinalados fazem supor que as tensões decorrentes do entrelaçamento do ordenamento comunitário e nacional e do papel das respectivas instituições parecem que não excederão, de forma a desequilibrar a estrutura comunitária, à dimensão teórica.

Stern, referindo-se aos princípios garantidos pelo núcleo essencial da Lei Fundamental de Bonn em face do desenvolvimento da Comunidade Européia, assevera que:

“Certamente estes princípios aparecem realizados em boa medida no âmbito do direito comunitário, pelo que a controvérsia resulta principalmente de carácter teórico. Apesar da ausência de uma ordem de direitos fundamentais vinculada, como no art. 1 LFB (dignidade humana), se encontram presentes também no direito comunitário um núcleo de direitos fundamentais não suscetível de relativização”<sup>60</sup>.

#### *4. Considerações finais*

Como se procurou salientar ao longo de todo o trabalho, os interesses económicos e políticos que impulsionam o processo de integração e o crescimento das organizações supranacionais geraram um quadro institucional de complexidade e dinâmica tais que as formulações científicas, quando são construídas com base nos modelos existentes (federação, confederação, Estado, soberania, etc.), não conseguem dar respostas satisfatórias aos novos problemas suscitados.

Não obstante o adiantado processo de alargamento vertical das atribuições conferidas à União, procurou-se aqui assegurar um mínimo de elementos suficientes a garantir a integridade nacional, compreendido como responsável pela opção fundamental em gerar e manter a Comunidade de Nações.

Nesse sentido, então, não se pode admitir que o Estado-Membro aliene sua soberania ou parte dela em favor de um Estado Europeu, porque ainda repousa sobre o Estado a opção fundamental de permanecer ou não como parte integrante da União.

Para tanto, as Constituições nacionais exsurgem como autêntico fator de coesão

e legitimação do Estado e da sociedade, a ponto de afirmar-se a necessidade de transmutação da idéia de soberania clássica à idéia de soberania constitucional.

A União Européia, aqui compreendida como comunidade intergovernamental, goza de um aparato institucional próprio e é constituída por um ordenamento jurídico próprio e autônomo em face dos ordenamentos nacionais, mas em estreita conexão com estes, posto que se realiza (se concretiza), em parte, por meio das instituições nacionais, em uma relação de cooperação.

O requisito último de validade do ordenamento comunitário, na medida em que se constitui por meio de tratados internacionais como opção fundamental de Estados soberanos, remonta à validade interna dos diferentes Estados-Membros que, em co-associação, instituíram-no e àquele se submetem nos termos do pacto firmado.

Dessa feita, o mesmo só pôde ser considerado juridicamente existente com a ratificação dos diferentes Estados-Membros, respeitados os limites e os procedimentos das Cartas Políticas, e com o depósito perante o órgão responsável.

Os tratados instituidores, não obstante desprovidos das características essenciais de uma Constituição Européia, revestem-se de uma especial função de articulação, na medida em que servem, de um lado, como parâmetro de validade da norma ou ato supranacional e, de outro, tornam possíveis, no interior dos Estados-Membros, a aplicabilidade imediata das normas comunitárias e a produção de efeitos diretos aos cidadãos e empresas nacionais.

O ordenamento jurídico europeu, concebido como complexo de normas originárias (tratados instituidores) e derivadas (normas produzidas pelos órgãos comunitários), pode ser compreendido como dotado de um duplo âmbito de validade: a aferição de validade das normas comu-

nitárias em face dos tratados instituídos e a aferição das condições de aplicabilidade no âmbito interno dos Estados-Membros em face da Constituição nacional.

Essa sujeição das normas comunitárias à verificação de condições internas de aplicabilidade justifica-se em face da garantia de cumprimento dos direitos fundamentais nacionalmente assegurados e da observância dos limites das atribuições conferidas à Comunidade Européia.

Não obstante as Constituições nacionais imporem aos poderes públicos o seu fiel cumprimento, a desobediência de alguma disposição comunitária ou de alguma determinação do Tribunal de Justiça Europeu pode implicar, pelas cláusulas do Tratado da União Européia e demais disposições constitutivas, responsabilização internacional do Estado-Membro perante as instâncias comunitárias.

O reconhecimento da liberdade em aferir as condições de aplicabilidade da norma constitucional internamente deve ser temporizado mediante os mecanismos de interpretação conforme a Constituição, os quais, no caso alemão e holandês, reconhecem uma pré-disposição à integração, na medida em que fixa como objetivo nacional a construção de uma “Europa unida” ou ainda estipula procedimentos simplificados de reforma constitucional em prol da adesão a organismos internacionais.

Por outro lado, o reconhecimento da possibilidade de aferição das condições de aplicabilidade da norma derivada reinserir, no seio da Comissão Européia, o debate em torno das questões que circundam e ensejaram a “insurreição” estatal, além do que garante ao Estado a possibilidade de, como os dinamarqueses em 1992, dizer “não” à integração ou, ao menos, aos termos levados a cabo pelos seus chefes de Estado e/ou governo.

Contudo, há de se destacar que o problema afigura-se mais proeminente no pla-

no teórico, uma vez que, com o desenvolvimento das instituições européias e a introdução de parâmetros amplos de legitimação democrática e de garantias efetivas dos direitos fundamentais no âmbito comunitário, as possíveis tensões entre as decisões comunitárias e as Constituições nacionais tendem a ser reduzidas.

Pode-se falar em uma maior “estabilização” das instituições comunitárias à medida que se procede uma abertura do processo decisório à participação das Comissões Social e Econômica e das Regiões e do Parlamento Europeu por meio da ampliação das questões submetidas ao processo de co-decisão; o reconhecimento explícito da responsabilidade dos membros do Conselho perante os Parlamentos nacionais; a instituição de uma Ouvidoria da União (Ombudsman) e a concretização do direito de petição e de informação garantido aos cidadãos; a instituição dos mecanismos de *cooperação mais estreita* ou *ratificação com restrições* nas questões concernentes aos dois últimos pilares da comunidade; e, principalmente, a adoção de procedimentos para a instituição de uma Carta de Direitos Fundamentais europeus.

Não obstante o contínuo processo de desenvolvimento da integração, o futuro do Estado-nacional europeu ainda afigura-se incerto, e, sem dúvida, implicará (como já o faz) a formulação de novos elementos e a construção de um novo modelo, que, acredita-se, não se pode distanciar dos limites consolidados sob o tipo Estado Constitucional de Direito, que tenha o reconhecimento da dignidade humana como a sua principal meta a concretizar.

#### Notas

<sup>1</sup> O Tratado de Amsterdã, de 2-10-97, ao alterar o Tratado da União Européia e os demais tratados instituidores, determinou fosse procedida uma renumeração de seus artigos a partir de sua vigência (em 1º-5-99), razão pela qual passar-se-á a numerar os artigos aqui citados com a nova sistemática, fazendo sempre remissão à referência legislativa anterior.

<sup>2</sup> O reconhecimento da feição notadamente econômica que marcou o surgimento do Mercado Comum Europeu não pode negligenciar o que CALVO, Pérez. *Las transformaciones estructurales del Estado-Nación en la Europa comunitaria. Nueva Revista de Estudios Políticos*. Madrid : n. 99, 1998. p. 14, denomina de uma *vocação cooperativa* decorrente das necessidades advindas das próprias limitações e fracassos das nações europeias em garantir os direitos e liberdades fundamentais - possibilitando a consolidação de regimes totalitários - e de assegurar a promoção da paz - ante os inúmeros conflitos armados de que foi palco, visto que o desenvolvimento da Organização da Nações Unidas (1945) e, no âmbito restrito do continente europeu, do Conselho da Europa (1949) concorreu decisivamente para a atual configuração do processo de integração econômico, político, cultural e social europeu.

<sup>3</sup> LUCAS VERDÚ, P. El orden normativista puro: supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Epoca), CEC, n. 68, p. 7-93, abr./jun. 1990. Especialmente p. 28-34.

<sup>4</sup> *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre : SAFE, 1998. p. 105-106.

<sup>5</sup> LOPEZ RUIZ, F. La regla de reconocimiento y el derecho comunitario. *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a distancia*, Madrid : n. 10-11, 1996. p. 106. Livre tradução do trecho: “Más allá de la crítica formal, lo cierto es que la expresión (*autorruptura*), sirve para dar una idea clara de lo que supone la integración: 1º la cesión de poderes en favor de un ente no estatal, con el correspondiente compromiso a la renuncia de su ejercicio, lo que, a su vez, implica una limitación de soberanía; y 2º la aceptación automática en el ámbito interno, como consecuencia de la cesión, de las normas y actos dictados por ese ente extraestatal. En consecuencia, la cesión de competencias implica someter determinadas materias al ordenamiento jurídico comunitario; esto puede implicar, sencillamente, *que tales competencias no estén sometidas a la Constitución. Tal es el significado de la expresión «autorruptura constitucional» permissividad de la existencia de ámbitos materiales «aconstitucionales»*”.

<sup>6</sup> Cf. ALAEZ CORRAL, B. Soberanía Constitucional e Integración Europea. *Fundamentos: cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional* (versión electrónica), n. 1, 1998. Endereço eletrônico: <http://www.uniovi.es/~constitucional/fundamentos/primero/alaez1.htm>.

<sup>7</sup> Para este autor (*El derecho ductil : ley, derechos y justicia*. Madrid : Trotta, 1995. p. 13), uma constituição democrática representa uma “propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un ‘compromiso de las posibilidades’ y no un proyecto rigidamente ordenador que pueda asumirse como un *a priori* de la política con fuerza propia de arriba hacia abajo”.

<sup>8</sup> Cf. Idem. p. 14. Para o autor, política constitucional “será la política constitucional que derive de las

adhesiones y de los abandonos del pluralismo, y no la Constitución, la que podrá determinar los resultados constitucionales históricos concretos; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir. La ‘política constitucional’ mediante la cual se persigue esse centro no es ejecución de la Constitución, sino realización de la misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva”.

<sup>9</sup> Compreendida aqui a integralidade dos seus elementos textuais e contextuais. Cf. HAEBERLE. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Madrid : Trotta, 1998.

<sup>10</sup> Diferentemente do que afirma LÓPEZ RUIZ, F. (La Regla de Reconocimiento y el Derecho Comunitario. *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a distancia*. Madrid, n. 10-11, 1996. p. 104-105), quando se reporta a essa cessão como “abandono” de competências. “A ese ‘abandono’ se hace referencia cuando se identifica integración con limitación de soberanía, envés de la cesión de poderes: si la soberanía se corresponde a la suma de los poderes del Estado, y parte de dichos poderes dejan de ejercerse por éste, para ser desarrollados por un ente supraestatal, ello supone, sencillamente, limitar la soberanía”, p. 104-105.

<sup>11</sup> Cf. ainda BARROSO, L. A constituição e o conflito de normas no espaço - Direito Constitucional Internacional. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 11, 1995. p. 21-43, e STERN, K. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 808-811.

<sup>12</sup> ALAEZ CORRAL, B. Op. cit. Nota 6 p. 10. Livre tradução do texto “la salvaguardia de la ‘positividad’ de éste requiere concebir al Derecho internacional como parte del derecho estatal, como su parte externa, la representación de aquella soberanía, sólo puede hallarse inicialmente en la norma suprema del derecho estatal (de su parte interna), la Constitución, que de este modo se convierte en la norma suprema de todo el Derecho estatal, sea éste externo o interno”.

<sup>13</sup> REZEK, JF. *Derecho Internacional Público: curso elemental*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 5

<sup>14</sup> Para o J.F. Rezek, “os dualistas, com efeito, enfatizam a diversidade das fontes de produção das normas jurídicas (...). Os monistas kelsenianos voltam-se para a perspectiva ideal de que se instaure um dia a ordem única, e denunciam, desde logo, à luz da realidade, o erro da idéia de que o Estado soberano tenha podido outrora, ou possa hoje, sobreviver numa situação de hostilidade ou indiferença frente ao conjunto de princípios e normas que compõem o direito das gentes. Os monistas da linha nacionalista dão relevo especial à soberania de cada Estado e à descentralização da sociedade internacional. Propendem, destarte, ao culto da *constituição*, estimando que no seu texto (...) há de encontrar-se notícia do exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras”.

<sup>15</sup> *Apud* López Ruiz. Op. cit. Nota 10 p. 111. Livre tradução do trecho: “La mayoría de las jurisdicciones nacionales han invocado un fundamento interno para justificar la eficacia del Derecho comunitario. A pesar de la posible contradicción que pudiera apreciarse en este doble planteamiento, las invocaciones de un fundamento estatal no son necesariamente opuestas, especialmente si se opta por una concepción dualista o pluralista”.

<sup>16</sup> O conceito de *Level-of-Analysis*, como destaca o autor, foi originariamente concebido por J. David Singer, para quem aquele se reporta em diversos momentos em seu artigo.

<sup>17</sup> Cf. Op. cit. Nota 6.

<sup>18</sup> ALAEZ CORRAL, B. Op. cit. Nota 6. Livre tradução do seguinte trecho: “fundan la unidad a un nivel superior, el de aquellos principios intangibles de una ‘Supra-constitución material’, cuya aplicabilidad no puede ser afectada por el principio de primacía del ordenamiento comunitario”. Cf. também o posicionamento firmado pelo Tribunal Constitucional Federal (Decisão sobre o Tratado de Maastricht. 12 de outubro de 1993. *International Legal Materials*, Washington (DC), v. 33, n. 2, 1994).

<sup>19</sup> Cf. Op. cit. nota 11.

<sup>20</sup> Pode-se, inclusive, reconhecer o caráter de uma presunção reforçada em favor da lei comunitária em decorrência da possibilidade de responsabilização internacional a que está sujeito o Estado-Membro quando constatada a sua violação ao direito comunitário (como se verá adiante).

<sup>21</sup> Como as disposições do Preâmbulo da Lei Fundamental de Bonn, cf. item 3.1. p.16.

<sup>22</sup> O TCE habilita o TJE a conhecer os recursos que se insurgem contra a legalidade dos atos adotados pelos organismos comunitários, com “fundamento em incompetência, violação das formalidades essenciais, violação do presente Tratado ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder” (par.2. art. 230º – ex-art. 173º), inclusive se a violação provier de uma omissão (par. 1. art. 232º – ex-art. 175º).

<sup>23</sup> Esse caráter de poder-dever advém do mandato constante do art. 10º (ex-art. 5º do TCE) .

<sup>24</sup> COHEN. (The European Preliminary Reference and U.S. Supreme Court Review of State Court Judgements: a study in comparative judicial federalism. *The American Journal of Comparative Law*. Berkley (CA), v. 44, p. 421-461. 1996) defende que essa distinção se dá em um plano meramente formal, tendo em vista que o TJE cada vez mais tem-se valido das circunstâncias da legislação nacional ao fixar o sentido da norma constitucional quando suscitado o incidente prejudicial por uma corte local.

<sup>25</sup> Eis por que, no item 2.1, referiu-se ao reconhecimento da soberania constitucional como forma de “institucionalizar futuros conflitos, reinserindo-lhes através da práxis constitucional no seio do debate político”.

Ora, condicionando a instauração do procedimento a prévio parecer da Comissão, exige-se que a temática discutida ou rediscutida pelos chefes dos Estados-Membros, autoridades máximas na estrutura organizacional da comunidade europeia.

<sup>26</sup> Pode-se ainda referenciar aqui a concepção de Estado Constitucional de Haeberle, em razão do qual defende o jurista de Bayreuth que o Estado nacional “ha perdido su monopolio interpretativo a este respecto (disposições relativas à integração europeia)”. Cf. *Derecho Constitucional Comum Europeo. Revista de Estudios Políticos*. Madrid : [s.n.], n. 79, 1993. p. 7-46.

<sup>27</sup> KOOPMANS, T. The birth of european law at the cross roads of legal traditions. *The American Journal of Comparative Law*. Berkley, CA, v. 39, 1991. p. 506. Livre tradução do trecho: “the progressive construction of one many-sided legal edifice”.

<sup>28</sup> HOLANDA. Netherlands Constitution (1989). 3.6.1999. *International Constitutional Law Institute - ICLI*: Endereço Eletrônico: [http://www.uni-wuerzburg.de/law/nl\\_indx.html](http://www.uni-wuerzburg.de/law/nl_indx.html). Citada a partir de então como NC.

<sup>29</sup> Na confecção do presente artigo, utilizou-se ora a versão em português da Lei Fundamental de Bonn (ALEMANHA. Lei Fundamental Da República Federal Da Alemanha (com as emendas até, inclusive, 23 de agosto de 1976). Bonn: Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal, 1976), ora a versão inglesa relativas às alterações introduzidas por meio das Leis de Reforma posteriores à 1976, (ALEMANHA. GERMANY CONSTITUTION (emended until 1995). 3-6-1999. *International Constitutional Law Institute - ICLI*. Endereço eletrônico: [http://www.uni-wuerzburg.de/law/gm\\_indx.html](http://www.uni-wuerzburg.de/law/gm_indx.html)). Citadas a partir de então como LFB e GC, respectivamente.

<sup>30</sup> Cf. STERN, K. Op.cit. nota 11. ALAEZ CORRAL (Op. cit. Nota 6) entende que os dispositivos da Constituição holandesa, por não garantirem a intangibilidade de quaisquer âmbitos internos, podem, facilmente, conduzir a um processo de auto-ruptura que implique a perda da própria soberania.

<sup>31</sup> Livre tradução da versão inglesa: “Art. 92. Legislative, executive and judicial powers may be conferred on international institutions by or pursuant to a treaty, subject, where necessary, to the provisions or Article 91 (3). Art. 93. Provisions of treaties and of resolutions by international institutions, which may be binding on all persons by virtue of their contents shall become binding after they have been published. Art. 94. Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or of resolutions by international institutions”.

<sup>32</sup> A Lei Fundamental de Bonn traz, em geral introduzidas por meio da Lei de Reforma de 21-12-92 relativa à participação alemã no processo de integração europeu, diversas referências à Europa, como os seguintes dispositivos: art. 16.2 e 16.5; art. 24.1 (acordo direto

entre regiões com organismos transfronteiriços); art. 24.2 (defesa), art. 28.1, 3a. frase (eleição de nacionais de outros países nas eleições locais); art. 45; art. 50; art. 52.3a; art. 88, 2a. frase. Sobre a importância da referência das constituições nacionais à Europa como medida de promoção da vivência profunda da experiência europeia. Cf. HAEBERLE, P. *Rectos actuales del Estado Constitucional*. IVAP, 1996.

<sup>33</sup> LF, p. 15.

<sup>34</sup> Cf. STERN, K. Op.cit. nota 11.

<sup>35</sup> Que, a exemplo do art. 60, § 4º, da Constituição Brasileira, determina o núcleo básico da Constituição que não é passível de reforma.

<sup>36</sup> GC, livre tradução da versão inglesa: “Art. 23. [European Union] (1) To realize a unified Europe, Germany participates in the development of the European Union which is bound to democratic, rule of law, and federal principles and provides a protection of fundamental rights essentially equivalent to that of this Constitution. This federation can, for this purpose and with the consent of the Senate, delegate sovereign powers. Article 79 (2) & (3) is applicable for the foundation of the European Union as well as for changes in its contractual bases and comparable regulations by which the content of this Constitution is changed or amended or by which such changes or amendments are authorized”.

<sup>37</sup> STERN (Op. cit. Nota 11. p. 824-836) colaciona o debate alemão em torno da existência de duas formas de inserção do direito internacional ao direito alemão. A primeira relativa às normas gerais de direito internacional público (art. 25) que compreenderiam os Princípios Gerais de Direito, o Direito Internacional Consuetudinário e o Direito Internacional Convencional enquanto generalidade; tal inserção se processaria segundo as regras da teoria da incorporação em que o direito intra-estatal não restaria anulado, mas deveria ser interpretado em consonância com o direito incorporado. Por outro lado, os Tratados Internacionais seriam inseridos no ordenamento interno por força do art. 59 da LF, quanto a natureza dessa inserção, não obstante a polêmica que persiste, inclina-se pela admissão da teoria da execução (manutenção da natureza de direito internacional), recomendada, inclusive, pela Primeira Comissão de Estudo da Sociedade Alemã de Direito Internacional.

<sup>38</sup> Idem. p. 837.

<sup>39</sup> Inclusive vem sendo apontada pelos defensores da federalização europeia como modelo a seguir. Cf. nesse particular, HAEBERLE. op. cit. Nota 32; Lenaerts. *Constitutionalism and many faces of federalism*. *The American Journal of Comparative Law*. Berkley, CA, v. 38, 1990. p. 205-263.

<sup>40</sup> O fundamento dessa autorização reside nos interesses e responsabilidades que o governo estadual é titular.

<sup>41</sup> Art. 24. [Entry into a collective security system] (1) The Federation may by legislation transfer sovereign

powers to intergovernmental institutions. (1a) Insofar as the States are responsible for the exercise of state rights and the discharge of state duties, they can, with consent of the Government, delegate sovereign powers to institutions for neighborhood at state borders”.

<sup>42</sup> Cf. HESSE. op. cit. nota 4.

<sup>43</sup> NC, Livre tradução de: “Art. 91.3. Any provisions of a treaty that conflict with the Constitution or which lead to conflicts with it may be approved by the Chambers of the Parliament only if at least two-thirds of the votes cast are in favor.”

<sup>44</sup> Os arts. 1 a 19 da LF encerram direitos fundamentais, enquanto o art. 20 consigna os princípios constitucionais do federalismo, democracia, estado social, soberania popular, vinculação dos poderes à lei e ao direito e o direito de resistência conferido aos alemães.

<sup>45</sup> LF. p. 50. “(1) A Lei Fundamental só pode ser alterada por uma lei que expressamente complete ou modifique o seu texto (...)”.

<sup>46</sup> Diferentemente do controle político de constitucionalidade prévio do Conselho de Estado francês.

<sup>47</sup> A exemplo do Tribunal Constitucional Federal Alemão, como se verá adiante.

<sup>48</sup> NC. Livre tradução de : “Art. 120. The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts”.

<sup>49</sup> LF, p. 60.

<sup>50</sup> BVerfGE 37, 271 ss., julgado em 29-5-1975 *Apud* Stern, K. (Op. cit. Nota 11. p.893) e Boom, S. *The European Union After the Maastricht Decision: Will Germany Be the “Virginia of Europe?”*. *The American Journal of Comparative Law*. Berkley (CA), v. 43, p. 177-226, 1995p. 213).

<sup>51</sup> BVerfGE 25,187 ss., julgado em 25-7-1979 *Apud* Stern, K. (Op. cit. Nota 11. p. 894).

<sup>52</sup> BVerfGE 75,42.

<sup>53</sup> Op. cit. nota 18. A Decisão do TCF refere-se a um julgamento conjunto de dois recursos interpostos por cidadãos alemães (o primeiro isoladamente e o segundo assinado por diversos parlamentares na qualidade de cidadãos) com fundamento no art. 93.4a c/c 20.4 da LF. Como o recurso constitucional só admite o controle de constitucionalidade decorrente de violação ou grave ameaça de violação de direito subjetivo, só um dos recursos foi em parte admitido, tendo sido posteriormente julgado improcedente. Conheceu a corte a possibilidade de violação do art. 38, I, quando estabelece que “(...) são representantes de todo o povo, independentes de mandato imperativo e instruções e subordinados unicamente à sua consciência”, uma vez que poderia o ato ter transferido poderes tais a ponto de violarem a integridade do Estado Alemão, violando o direito de cada cidadão de exercer, mediante seus representantes nacionais, papel determinante na fixação das políticas essenciais à configuração da identidade nacional.

<sup>54</sup> Para um resumo da decisão de Maastricht, cf. BARROSO. Op. cit. nota 11, BOOM, S. Op. cit. nota 50, e

Wegen, G. KUNER, C. Germany: Federal Constitutional Court Decision concerning the Maastricht Treaty [October 12, 1993]. *International Legal Materials*. v. 33, n. 2, 1994. p. 388-395.

<sup>55</sup> Em comparação com as tensões havidas entre a Corte Constitucional de Virgínia e a Suprema Corte Americana concorrendo para o desencadeamento da Guerra da Secessão americana no século passado.

<sup>56</sup> Op. cit. Nota 11 p. 206. Livre tradução de "(...) the Federal Constitutional Court doesn't question the European Court of Justice's general appellate authority over german courts (...) the Federal Constitutional Court has limited its opposition to the 'extreme' cases where interpretation of the Treaty is so loose as to amount to amendment".

<sup>57</sup> Como, e.g., o ICMS nacional.

<sup>58</sup> Cf. Idem. p. 212.

<sup>59</sup> Para um estudo aprofundado sobre as diferentes acepções do princípio da subsidiariedade, origem e desdobramentos na doutrina alemã, cf. Baracho, J.A. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro : Forense, 1997. Para leitura do princípio no cenário europeu, cf. Edwards, D. Fearing Federalism's Failure: Subsidiarity in the European Union. *The American Journal of Comparative Law*, v. 44, p. 537-583, 1996.

<sup>60</sup> Op. cit. nota 11. p. 894. Livre tradução do trecho: "Ciertamente estos principios aparecen realizados en buena medida en el ámbito del derecho comunitario, por lo que la controversia es más bien de carácter teórico: A pesar de la ausencia de un orden de derechos fundamentales vinculados al mismo así como en el art. 1 LFB se encuentran recogidos también en el derecho comunitario como un núcleo de derechos fundamentales no susceptible de relativización".

### Bibliografía

ALÁEZ Corral, Benito. *Soberanía constitucional e integración europea*. Fundamentos: cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional (versión eletrónica), n. 1, 1998. Endereço eletrônico: <http://www.uniovi.es/~constitucional/fundamentos/primerosalaez1.htm>.

ALEMANHA. Germany Constitution (emended until 1995). 3.6.1999. International Constitutional Law Institute - ICLI. Endereço eletrônico: [http://www.uni-wuerzburg.de/law/gm\\_indx.html](http://www.uni-wuerzburg.de/law/gm_indx.html).

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (com as emendas até, inclusive, 23 de agosto de 1976). Trad. José Camurça. Bonn : Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal, 1976.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht). Decisão sobre o Tratado de Maastricht . 12 de outubro de 1993. Trad. G.

Wegen e C.Kuner. *International Legal Materials*, Washington (DC), v. 33, n. 2, 1994. p. 395-444. Referência Internacional: [BverfGE 89,155 (1993)].

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. A constituição e o conflito de normas no espaço: direito constitucional internacional. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 11, 1995. p. 21-43.

BOOM, Steve J. The European Union After the Maastricht Decision: Will Germany Be the "Virginia of Europe?". *The American Journal of Comparative Law*. Berkley (CA), v. 43, 1995. p. 177-226. Referência Internacional [43 *Am. J. Comp. L.* 177 (1995)].

COHEN, Jeffrey C. The European Preliminary Reference and U.S. Supreme Court Review of State Court Judgements: A Study in Comparative Judicial Federalism. *The American Journal of Comparative Law*. Berkley (CA), v. 44, 1996. p. 421-461. Referência Internacional: [44 *Am. J. Comp. L.* 421 (1996)].

DEHOUSSE, Renaud. Comparing National and EC Law: The Problem of the Level of Analysis. *The American Journal of Comparative Law*. Berkley (CA), v. 42, p. 761-781, 1994. Referência Internacional [42 *Am. J. Comp. L.* 761 (1994)].

EDWARDS, Denis J. Fearing Federalism's Failure: Subsidiarity in the European Union. *The American Journal of Comparative Law*. Berkley (CA), v. 44, p. 537-583, 1996. Referência Intenacional : [44 *Am J. Comp. L* 537 (1996)].

HAEBERLE, Peter. Derecho Constitucional Comum Europeo. Trad. Emilio Franco. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, n. 79, 1993. p. 7-46.

\_\_\_\_\_. *Rectos actuales del Estado Constitucional*. Trad. Xabier Arzo. Oñati, Espanha : IVAP, 1996.

\_\_\_\_\_. *Libertad, igualdad, fraternidad : 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Trad. Ignacio G. Gutiérrez. Madrid : Trotta, 1998.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre : SAFE, 1998.

HOLANDA. *Netherlands Constitution* (1989). 3.6.1999. International Constitutional Law Institute - ICLI: Endereço Eletrônico: [http://www.uni-wuerzburg.de/law/nl\\_indx.html](http://www.uni-wuerzburg.de/law/nl_indx.html).

JACOBS, Francis. A new constitutional Role for the European Court of Justice in the next decade ?. In: Symposium on Perspectives of the Constitutional Process of the European Union in the light of the Amsterdam Treaty, 12th. Nov 1998. Berlin : Humboldt-Universität. Endereço Eletrônico: [http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/english/veranst/tagung98/index\\_jacobs.htm](http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/english/veranst/tagung98/index_jacobs.htm).

KOOPMANS, Thijmen. The Birth of European Law at the Cross Roads of Legal Traditions. *The American Journal of Comparative Law*, Berkley, CA, v. 39, 1991.

- p. 493-507. Referência Internacional: [39 *Am. J. Comp. L* 493 (1991)].
- LENAERTS, Koen. Constitutionalism and many faces of federalism. *The American Journal of Comparative Law*. Berkley, CA, v. 38, 1990. p. 205-263 Referência Internacional: [38 *Am. J. Comp. L* 205 (1990)]
- LÓPEZ RUIZ, Francisco. La Regla de Reconocimiento y el Derecho Comunitario (un Análisis del Derecho Comunitario desde la Teoría del Derecho). *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*. Madrid, n. 10-11, 1996. p. 95-128.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. El orden normativista puro (supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen). *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época). Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, n. 68, abr./jun. 1990. p. 7-93.
- PERÉZ CALVO, Alberto. Las transformaciones estructurales del Estado-Nación en la Europa comunitaria. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid : n. 99, 1998. p. 9-22.
- PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. El derecho constitucional común europeo: apostilas en torno a la concepción de Peter Häberle. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid : n. 88, 1995. p. 165-173.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*: curso elementar. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1993.
- STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Trad. J. Pérez Royo e P. Cruz Villalón. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1987. Trad. da 5. edição alemã de 1983.
- UNIÃO EUROPEIA. Conferência dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros. Tratado de Amsterdão que altera o Tratado da União Europeia, os tratados que instituem as comunidades europeias e alguns actos relativos a esses tratados (2.10.97). Síntese Descritiva. 15.5.99. Sítio Oficial da União Europeia. Endereço eletrônico: <http://ue.eu.int/Amsterdam/pt/treaty/main.htm>.
- UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Amsterdão*: modo de utilização. 29.4.99. Sítio Oficial da União Europeia. Endereço eletrônico: <http://ue.eu.int/scadplus/leg/pt/s50000.htm>.
- UNIÃO EUROPEIA. *Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia*. Tratado de Roma de 25.3.57 (recompilado a partir do Tratado de Amsterdão). 15.5.99. Sítio oficial da União Europeia. Endereço eletrônico: <http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/pt/pttoc05.htm>.
- UNIÃO EUROPEIA. *Tratado que institui a União Europeia*. Tratado de Maastricht de 7.2.92 (recompilado a partir do Tratado de Amsterdão). 15.5.99. Sítio oficial da União Europeia. Endereço eletrônico: <http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/pt/pttoc01.htm>.
- WEGEN, Gerhard, KUNER, Christopher. Germany: Federal Constitutional Court Decision concerning the Maastricht Treaty [October 12, 1993]. *International Legal Materials*. Washington (DC), v. 33, n. 2, 1994. p. 388-395. Referência Internacional [33 I.L.M. 388 (1994)].
- WEILER, J.H.H. The State "über alles": Demos, Telos and the German Maastricht Decion. *The Jean Monnet Working Papers Review*, Harvard, 1995. Endereço Eletrônico: <http://www.law.harvard.edu/Programs/JeanMonnet/papers/95/9506ind.html>.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil*: ley, derechos y justicia. Trad. Marina Gascón. Madrid : Trotta, 1995.

# **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**

Andreas J. Krell

## Sumário

1. Introdução. 2. Os direitos sociais como direitos fundamentais. 3. Falhas na prestação dos serviços públicos sociais – falta de leis ordinárias? 4. Eficácia dos direitos sociais – a “proibição de retrocesso”; aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais? 5. A doutrina alemã dos direitos fundamentais de defesa como base de direitos a prestações positivas: transponível para o Brasil? 6. O “padrão mínimo social” para uma “existência digna”. 7. A questão da “constituição dirigente”. 8. O Poder Judiciário: a tradição do formalismo; necessidade de uma interpretação constitucional material-valorativa. 9. Nova compreensão da teoria da separação dos poderes; controle judicial de políticas e orçamentos públicos. 10. Normas programáticas sobre direitos sociais: mero “simbolismo”? 11. Conclusão.

## *1. Introdução*

São os direitos sociais que mais têm suscitado controvérsias no que diz respeito a sua eficácia e efetividade, inclusive quanto à problemática da eficiência e suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar a plena realização<sup>1</sup>.

Constitui um paradoxo que o Brasil esteja entre os dez países com a maior economia do mundo e possua uma constituição extremamente avançada no que diz respeito aos direitos sociais, enquanto mais de 30 milhões de seus habitantes continuam vivendo abaixo da linha de pobreza (“indí-

Andreas Joachim Krell é Professor de Direito Ambiental e Constitucional do Centro de Ciências Jurídicas da UFAL e dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Doutor em Direito pela Universidade Livre de Berlim.

gência”). A maioria dessas pessoas não encontram um atendimento de qualidade mínima nos serviços públicos de saúde, de assistência social, vivem em condições precárias de habitação, alimentam-se mal ou passam fome.

A Constituição do Brasil sempre esteve numa relação de tensão para com a realidade vital da maioria dos brasileiros e contribuiu muito pouco para o melhoramento da sua qualidade de vida; o texto legal supremo, para muita gente, representa apenas uma “categoria referencial bem distante”<sup>2</sup>. Encontram-se em contradição flagrante a pretensão normativa dos direitos fundamentais sociais e o evidente fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços essenciais para a vasta maioria da sua população. Discute-se, cada vez mais, a complexidade do processo de transformação dos preceitos do sistema constitucional mediante realização de programas e políticas governamentais<sup>3</sup>.

Uma parte cada vez maior da doutrina constitucional questiona criticamente o empenho dos poderes públicos em implementar as políticas relativas aos direitos fundamentais sociais (art. 6, CF) e aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e à erradicação da pobreza, consagrados na Constituição de 1988 (art. 1º, III, e art. 3º, III, CF)<sup>4</sup>.

Ao mesmo tempo, surge a questão: está o Poder Judiciário brasileiro preparado para exercer um papel mais expressivo no controle das políticas públicas? A jurisprudência e parte da doutrina do país têm aderido a teorias estrangeiras sobre a aplicação e eficácia dos direitos sociais, que nem sempre se prestam a ser empregadas no Brasil.

O tema é tão importante como complexo. Neste artigo, pretende-se focar somente alguns pontos cruciais da questão e chamar a atenção do leitor para um dos maiores desafios do Direito Constitucional brasileiro da atualidade.

## 2. Os direitos sociais como direitos fundamentais

Depois da revolução industrial do século XIX e das primeiras conquistas dos movimentos sindicais em vários países, os direitos da “segunda geração” surgiram, em nível constitucional, somente no século XX, com as Constituições do México (1917), da República Alemã (1919) e também do Brasil (1934), passando por um ciclo de baixa normatividade e eficácia duvidosa. Seus pressupostos devem ser criados pelo Estado como agente para que eles se concretizem.

Os direitos fundamentais sociais não são direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *por meio 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.

As normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais que hoje encontramos na grande 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<sup>5</sup>; no entanto, elas não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem direito diretamente aplicável.

Segundo Pontes de Miranda, as normas constitucionais programáticas são dirigidas aos três poderes estatais: elas informam os parlamentos ao editar leis, bem como a Administração e o Judiciário ao aplicá-las, de ofício ou contenciosamente. A legislação, a execução e a própria jurisdição ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função<sup>6</sup>. São os

direitos fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos, antes que aos individuais<sup>7</sup>.

A efetividade dos direitos econômicos e sociais em cada país depende em grande parte da adoção de múltiplas e variadas medidas complementares, na maioria dos casos de caráter promocional, em todos os campos de ação: político, jurídico, social, econômico, cultural, sanitário, tecnológico, etc.<sup>8</sup>. Sem dúvida, as normas sociais programáticas requerem uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nela indicados<sup>9</sup>. O *Welfare State*, na origem essencialmente um Estado legislativo, vem-se transformando, cada vez mais, em Estado administrativo e burocrático<sup>10</sup>.

O art. 6º da Constituição brasileira de 1988 reza:

“São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Bem distanciado dessa norma, o texto da Carta traz um capítulo especial sobre a Ordem Social (título VIII), fazendo com que o jurista deva extrair, daqui e de lá, aquilo que constitua o conteúdo dos direitos relativos a cada um daqueles objetos sociais, deixando para tratar, nos arts. 190-230, de seus mecanismos e aspectos organizacionais<sup>11</sup>. Os direitos sociais de trabalho (art. 6º CF), educação (art. 205 c/c art. 6º CF), habitação, saúde, cultura e assistência social (art. 203) dependem, na sua atualização, da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica.

Vale ressaltar que os direitos fundamentais sociais na Constituição brasileira estão longe de formarem um “grupo homogêneo” no que diz respeito a seu conteúdo e à forma de sua positivação<sup>12</sup>. O constituinte não seguiu, na sua composição, nenhuma linha ou teoria específica, mas acabou criando um

capítulo bastante contraditório no tocante à relação interna dos direitos e garantias. A redação desses artigos tão importantes foi considerada confusa e metodologicamente inadequada<sup>13</sup>.

A Constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado (“livre espaço de conformação”). Essa função legislativa seria degradada se entendida como mera função executiva da Constituição. Num sistema pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe principalmente aos órgãos políticos e legislativos<sup>14</sup>.

O primeiro intérprete da Constituição é o legislador, ao qual a Constituição confere uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado (“liberdade de conformação”). Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece necessária a revisão do vetusto dogma da “separação dos poderes” em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos direitos fundamentais sociais a prestações materiais depende naturalmente dos recursos públicos disponíveis; normalmente há uma delegação constitucional para o legislador

concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da separação dos poderes<sup>15</sup>.

### *3. Falhas na prestação dos serviços públicos sociais – falta de leis ordinárias?*

No entanto, a eficácia social reduzida dos direitos fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público<sup>16</sup>. A grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe. O problema parece estar na formulação, implementação e manutenção das respectivas *políticas* públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos Estados e Municípios.

Onde já foi implantado o serviço público necessário para a satisfação de um direito fundamental, a sua não-prestação em descumprimento da lei ordinária pode ser atacada com o mandado de segurança<sup>17</sup>. A situação se torna mais complicada onde o Poder Público mantém-se inerte, não instalou os serviços necessários ou onde os mesmos funcionam precariamente (omissão parcial ou total – ex.: hospitais públicos).

Os direitos fundamentais sociais à educação e saúde não são simplesmente “normas programáticas”, mas foram regulamentados por meio do estabelecimento expresso de deveres do Estado e, correspondentemente, de direitos subjetivos dos indivíduos. O direito à educação é definido como dever do Estado e da família (art. 205). O art. 208 especifica que esse dever do Estado “será efetivado mediante a garantia de (...)”, enumerando, em seguida, uma série de metas ou objetivos a serem alcançados. O seu § 1º diz que o acesso ao ensino obrigatório é gratuito e um direito público subjetivo; segundo o § 2º, “o seu não-oferecimento ou oferta irregular importam responsabilidade da autoridade competente”. A qualidade do ensino em todos os níveis depende,

acima de tudo, da contratação de professores, do pagamento de um salário digno, da sua qualificação e reciclagem. Os prédios escolares devem ser mantidos em boas condições, aquisição de material escolar, limpeza, etc.

O direito à saúde, por sua vez, sofreu uma regulamentação constitucional menos forte. Nos artigos 196 a 200 da Carta Federal, não consta que ele seja um direito subjetivo público, nem que haja responsabilidade da autoridade quando da falta ou insuficiência do serviço<sup>18</sup>. A qualidade dos serviços públicos de saúde depende do fornecimento de remédios, vagas e leitos nos pronto-socorros e hospitais, da contratação de médicos especializados, de enfermeiros suficientes, etc.<sup>19</sup>

Pergunta-se, portanto, se a tolerância da deterioração ou a não-estruturação de um serviço social básico como a educação ou a saúde pode ser questionada na justiça. Outro problema correlato é o da não-execução dos orçamentos públicos, isto é, a não aplicação, por parte dos agentes do Poder Executivo nos três níveis federativos, dos recursos financeiros previstos pela lei orçamentária para determinadas tarefas e serviços públicos.

Sem poder aprofundar esse aspecto, constatamos que ainda são poucos os meios jurídicos eficientes para combater a má aplicação dos recursos públicos. Nesse contexto, ações de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92) normalmente não procedem<sup>20</sup>. A ação popular em defesa da moralidade administrativa (art. 5, LXXI, CF) igualmente apresenta grandes dificuldades.<sup>21</sup> O controle dos Tribunais de Contas, onde houver, restringe-se aos aspectos formais dos gastos. Até hoje existem municípios onde se gasta – legalmente! – mais dinheiro em divertimentos populares (contratação de “trios elétricos”) ou na manutenção da Câmara do que em toda área da saúde pública. Esperam-se novos impulsos da polêmica “Lei da Responsabilidade Fiscal”, ainda em tramitação no Congresso Nacional.

#### 4. Eficácia dos direitos sociais: a “proibição de retrocesso”; aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais?

Foi Rui Barbosa quem introduziu no Brasil, inspirado no sistema norte-americano, o conceito das normas constitucionais *auto-aplicáveis* (*self-executing*) e *não auto-aplicáveis* (*not self-executing*). Segundo Clève, o Supremo Tribunal Federal do Brasil, até hoje, está trabalhando com essa “insuficiente dicotomia”<sup>22</sup>.

As normas sobre direitos fundamentais são de *aplicação imediata*, conforme disposto no § 1º do art. 5º da Constituição Federal<sup>23</sup>. Esse dispositivo serve para salientar o caráter preceptivo e não-programático dessas normas, deixando claro que os direitos fundamentais podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência da lei. O seu conteúdo não precisa ser concretizado por lei; eles possuem um conteúdo que pode ser definido na própria tradição da civilização ocidental-cristã, da qual o Brasil faz parte. A sua regulamentação legislativa, quando houver, nada acrescentará de essencial: apenas pode ser útil (ou, porventura, necessária) pela certeza e segurança que criar quanto às condições de exercício dos direitos ou quanto à delimitação frente a outros direitos<sup>24</sup>.

O legislador ordinário, ao concretizar os direitos fundamentais, goza de uma relativa liberdade de conformação, sendo esta bem maior relativamente a normas programáticas<sup>25</sup>. Em relação aos direitos sociais, o dispositivo da aplicação imediata não ganha importância maior, visto que esses devem ser tratados de maneira diferente dos direitos clássicos na defesa contra o poder estatal. Sarlet entende que o art. 5º, § 1º, impõe aos órgãos estatais a tarefa de “maximizar a eficácia” dos direitos fundamentais.

Por *eficácia jurídica* entendemos a capacidade (teórica) de uma norma constitucional para produzir efeitos jurídicos. A *efetividade*, por sua vez, significa o desempenho concreto da função social do Direito,

representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social<sup>26</sup>.

José Afonso da Silva, em obra famosa, trata somente da eficácia *jurídica* dos direitos sociais. Ele mantém a sua subdivisão das normas naquelas de eficácia imediata, eficácia contida (mais restringíveis por lei ordinária) e – as mais interessantes para nós – as normas de eficácia limitada ou restrita<sup>27</sup>. No entanto, o autor aceita a criação de direitos *subjetivos* individuais a partir de direitos fundamentais sociais somente na sua vertente negativa, isto é, quando o legislador ou a administração tomem atitudes contra o objetivo expresso nelas: qualquer lei que atente contra esses princípios seria inconstitucional.

Para podermos construir uma garantia da manutenção do nível de prestação social uma vez alcançado, seria importante esclarecer se essa proibição se refere somente à atividade legislativa ou também ao nível de organização fática dos serviços básicos e do volume das prestações materiais, como cortes no orçamento da respectiva entidade pública. Também não fica claro se as leis orçamentárias nos três níveis federativos poderiam diminuir o valor das verbas destinadas aos fins sociais básicos e se leis ordinárias já existentes sobre o assunto não podem mais ser revogadas. Infelizmente, os defensores dessa tese da “proibição do retrocesso” ainda não aprofundaram a questão. Ainda não houve decisão judicial que tivesse declarado inconstitucional uma lei ou um ato que diminuiu uma prestação social<sup>28</sup>.

Lopo Saraiva, por sua vez, não aceita que as normas programáticas da Constituição sobre direitos sociais criaram direito subjetivo somente em seu aspecto negativo, e não sob o ângulo positivo. Ele nega que o efeito jurídico dessas normas só se manifestaria numa eventual nulidade de normas legais que contrariassem o sentido do preceito ou programa declarado na Constituição<sup>29</sup>. É essa a tendência progressiva da doutrina

constitucional moderna no Brasil, como veremos adiante.

*5. A doutrina alemã dos direitos fundamentais de defesa como base de direitos a prestações positivas: transponível para o Brasil?*

A dogmática jurídica alemã é, em muitos aspectos, transponível ou adaptável para o Brasil, já que muitos preceitos e formulações das Cartas de 1988 e anteriores foram fortemente inspirados pela Lei Fundamental Alemã. Todavia, isso não acontece com os direitos sociais, que quase não constam da atual constituição germânica. Devemos lembrar que os mesmos textos e procedimentos jurídicos são capazes de causar efeitos completamente diferentes, quando utilizados em sociedades desenvolvidas (centrais) como a alemã, ou numa periférica como a brasileira<sup>30</sup>. Não se pode transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem levar-se em conta os condicionamentos sócio-culturais e econômico-políticos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos<sup>31</sup>.

Um número elevado de importantes contribuições de autores brasileiros sobre o tema dos direitos fundamentais e sua interpretação fazem referência expressa à doutrina e jurisprudência da Alemanha<sup>32</sup>. A estrutura da Carta de 1988 – bem como os textos constitucionais da Espanha e de Portugal, pelos quais foi fortemente influenciada – difere bastante daquela da Lei Fundamental de Bonn. Aquelas contêm um alto número de normas programáticas, mandamentos, diretivas, fixação de metas e dão menos valor a uma normatividade estrita, à obrigatoriedade e justiciabilidade.

O modelo de Estado Social vigente na Alemanha de hoje tem como pontos básicos a industrialização, a tecnologia, a comunicação e a racionalidade na gestão dos serviços públicos. O Estado não é chamado somente para preservar e proteger o funcionamento livre da ordem econômica, mas

para desenhar e planejar a vida social e o futuro da sociedade como um todo. Esse tipo de Estado Social já ultrapassa nas suas finalidades e pretensões o modelo clássico do *Welfare State* e procura a harmonia entre, num lado, idéias liberais de uma economia livre e, no outro, a igualdade de chances e a distribuição de riquezas<sup>33</sup>. Nesse contexto, vem-se tornando uma tarefa essencial a progressiva “prevenção de riscos” (*Risikoversorge*): o Estado tenta nortear e direcionar o processo de desenvolvimento científico-tecnológico da sociedade, protegendo-a contra as possíveis conseqüências perniciosas de fenômenos como a manipulação genética, a alteração de ecossistemas, doenças novas, a energia nuclear, etc<sup>34</sup>.

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (de 1949) não incorporou nenhum ordenamento sistemático dos direitos sociais da “segunda geração” (dos trabalhadores, educação, saúde, assistência), fato que se deve às más experiências com a Carta anterior de Weimar. Essa Constituição de 1919 é tida, no mundo inteiro, como uma das primeiras Cartas que incorporaram os direitos sociais a prestações estatais no seu texto. No entanto, para a doutrina constitucional alemã pós-guerra, ela serve como modelo de uma Carta “fracassada” que, inclusive, contribuiu para a radicalização da política desse país nos anos 20 e a tomada do poder pelos nazistas em 1933<sup>35</sup>. Os seus modernos artigos sobre direitos sociais foram “ridicularizados” por parte dos integrantes da extrema direita e esquerda política, como “promessas vazias do Estado burguês” e “contos de lenda”.

Como conseqüência, o legislador fundamental de 1949 renunciou deliberadamente à formulação de normas que conferem direitos subjetivos a prestações. Os direitos sociais, cuja eficácia sempre depende de vários fatores econômicos e políticos, ficaram de fora<sup>36</sup>. A maioria dos autores alemães se dirige contra direitos fundamentais sociais na constituição, porque estes seriam, na sua maioria, não-realizáveis na

atualidade por parte do Estado, provocando a impressão do cidadão de que todo o texto constitucional seria nada mais do que uma “construção de frases” ou um “caticismo popular, cheio de utopias” que resultaria na perda da normatividade da Carta e da sua força de estabelecer valores<sup>37</sup>.

Por outro lado, quase todas as constituições dos 16 Estados federados alemães (*Länder*) contêm direitos sociais. Houve uma discussão acirrada sobre a necessidade da inclusão desses direitos da “segunda geração” (especialmente a emprego e habitação) no texto da Carta Federal no contexto da unificação das Alemanhas em 1990, prevalecendo a linha que não quis “mexer” nas bases estruturais de um texto que, durante 40 anos, garantiu estabilidade, bem-estar e liberdade.

Os direitos humanos básicos da vida e da integridade física também estão intimamente ligados aos direitos “sociais” à saúde e assistência social. Aqueles são tradicionalmente considerados como direitos de “defesa do indivíduo contra o Estado” (da primeira geração) para que este não interfira negativamente na liberdade das pessoas. No entanto, no Estado moderno, os direitos fundamentais clássicos ligados à liberdade estão cada vez mais fortemente dependentes da prestação de determinados serviços públicos, sem os quais o indivíduo sofre sérias ameaças. Os direitos fundamentais de defesa somente podem ser eficazes quando protegem, ao mesmo tempo, as condições materiais mínimas necessárias para a possibilidade da sua realização. Especialmente na área os direitos básicos da vida e da integridade física, as prestações positivas do Estado para a sua defesa não podem ficar na dependência da viabilidade orçamentária<sup>38</sup>.

Onde o poder estatal deixa de desenvolver esforços para atender a população mais carente, que não tem condições de pagar um plano privado de saúde, na área da saúde preventiva e curativa, essas pes-

soas acabam sendo ameaçadas imediatamente no seu direito à vida e integridade física<sup>39</sup>.

A doutrina moderna dá ênfase em afirmar que qualquer direito fundamental constitucional – seja ele direito civil e político ou econômico, social e cultural – contém, ao mesmo tempo, componentes de obrigações positivas e negativas para o Estado<sup>40</sup>. Nessa visão, a tradicional diferenciação entre os direitos “da primeira” e os “da segunda” geração é meramente gradual, mas não substancial, visto que muitos dos direitos fundamentais tradicionais foram re-interpretados como sociais, perdendo sentido as distinções rígidas<sup>41</sup>.

O famoso autor português Gomes Canotilho, fortemente inspirado pela doutrina alemã, ressalta que o direito à vida

“é um direito subjectivo de defesa (...), com os correspondentes deveres jurídicos dos poderes públicos e dos outros indivíduos de não agredirem o ‘bem da vida’ (‘dever de abstenção’).”

Isso, segundo ele, não exclui a possibilidade de

“neste direito coexistir uma dimensão protectiva, ou seja, uma pretensão jurídica à protecção, através do Estado, do direito à vida (dever de protecção jurídica) que obrigará este, por ex., à criação de serviços de polícia, de um sistema prisional e de uma organização judiciária”.<sup>42</sup>

A não-inclusão de direitos sociais na Lei Fundamental, no entanto, não significa uma recusa do seu ideário subjacente. Assim, o conceito do “Estado Social” (art. 20, LF) representa uma “norma fim-de-Estado”<sup>43</sup> (*Staatszielbestimmung*) que fixa, de maneira obrigatória, as tarefas e a direção da atuação estatal presente e futura<sup>44</sup>, sem, no entanto, criar direitos subjetivos para a sua realização. A doutrina alemã se refere a essas normas constitucionais como “mandados” (*Aufträge*) e não propriamente “direitos”.

Em trabalho recente, Lôbo Torres, apoiando-se em autores alemães, alega que os

direitos sociais consagrados na Constituição brasileira não seriam propriamente direitos fundamentais. Essa tese é indefensável, como vamos ver adiante. O Poder Constituinte brasileiro de 1988, em face dos enormes desafios do Poder Público na área social, inseriu uma vasta gama de direitos sociais, localizando-os no Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) do Título II da Carta, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Segundo todas as regras de interpretação, esses direitos sociais, no Brasil, são também “fundamentais”, com todas as conseqüências dessa sua natureza. A tentativa de relativizá-los e de retirar-lhes a qualidade da “fundamentalidade” não traz nenhuma vantagem, mas é, ao contrário, perigosa.

A interpretação dos direitos sociais não é uma questão de “lógica jurídica”, mas de consciência social de um sistema jurídico como um todo. É questionável a transferência de teorias jurídicas, que foram desenvolvidas em países “centrais” do chamado “Primeiro Mundo” com base em realidades culturais, históricas e, acima de tudo, sócio-econômicas completamente diferentes.

Gomes Canotilho vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma “reserva do possível” e aponta a sua dependência dos recursos econômicos. A elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito<sup>45</sup>. A limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais<sup>46</sup>. Essa teoria, na verdade, é uma adaptação da jurisprudência constitucional alemã (*Vorbehalt des Möglichen*)<sup>47</sup>, que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos (composição de orçamentos).

No Brasil, como em outros países periféricos, é justamente a questão analisar quem possui a legitimidade para definir o que seja “o possível” na área das prestações sociais básicas em face da composição distorcida dos orçamentos das diferentes entidades federativas. Os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Européia.

## 6. O “padrão mínimo social” para uma “existência digna”

Os defensores de uma interpretação progressiva dos Direitos Fundamentais Sociais alegam a sua qualidade como direitos subjetivos perante o Poder Público, obrigando-o a prestar determinados serviços de bem-estar social, os quais devem ser realizados de maneira progressiva. Nesse contexto, os direitos sociais programáticos representam “mandados de otimização” (R. Alexy) que devem ser “densificados”; o seu cumprimento pode ser negado por parte do Estado somente temporariamente em virtude de uma impossibilidade material evidente e comprovável<sup>48</sup>.

Segundo a Teoria do Estado Social, o Poder Público tem o dever de transpor as liberdades da Constituição para a realidade constitucional. Na vida moderna, que é regida pela tecnologia e a indústria, a prestação dos serviços públicos se torna cada vez mais importante para o exercício dos direitos sociais (escolas, cultura, comunicações, fornecimento de energia, água, transportes). Onde o Estado cria essas ofertas para a coletividade, ele deve assegurar a possibilidade da participação do cidadão. Onde a legislação não concede um direito expresso ao indivíduo de receber uma prestação vital, ele pode recorrer ao direito fundamental da igualdade em conexão com o princípio do Estado Social<sup>49</sup>. Dessa maneira, os direitos fundamentais da

primeira geração foram tomados como fonte de direitos subjetivos a prestações positivas do Estado.

A teoria engenhosa que liga a prestação do “mínimo social” aos direitos fundamentais de liberdade (primeira geração) é fruto da doutrina alemã pós-guerra que tinha de superar a ausência de qualquer direito fundamental social na Lei Fundamental de Bonn, sendo baseada na função de estrita normatividade e jurisdicionalidade do texto constitucional. Assim, a Corte Constitucional Alemã extraiu o direito a um “mínimo de existência” do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, I, Lei Fundamental), do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (art. 20, I)<sup>50</sup>. Não há dúvidas que ela parte de um direito fundamental a um “mínimo vital”<sup>51</sup>. Ao mesmo tempo, a Corte deixou claro que esse “padrão mínimo indispensável” não poderia ser desenvolvido pelo Judiciário como “sistema acabado de solução”, mas por meio de uma “casuística gradual e cautelosa”<sup>52</sup>.

A teoria do “mínimo existencial”, que tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna, até hoje foi pouco discutida na doutrina constitucional brasileira e ainda não foi adotada com as suas conseqüências na jurisprudência do país.

Lôbo Torres quer ligar o conceito do “mínimo social” ao *status positivus libertatis* (Jellinek), entendendo-o como *conditio sine qua non* às condições iniciais da liberdade<sup>53</sup>. Citando a doutrina constitucional alemã dominante<sup>54</sup>, ele alega que, sem o mínimo necessário à existência, cessaria a possibilidade da própria sobrevivência. Esse mínimo garantido nas condições materiais de existência estaria baseado no próprio conceito da dignidade humana<sup>55</sup>.

Num lado, é válida a tentativa do autor de fecundar, dentro da doutrina brasilei-

ra, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, III, CF, visto que jurisprudência e doutrina ainda não criaram linhas firmes de interpretação desses princípios. Ao mesmo tempo, o autor reconhece que

“os Direitos Fundamentais e o Mínimo Existencial, nos países em desenvolvimento, têm uma extensão maior do que nas nações ricas, pela necessidade da proteção estatal aos bens essenciais à sobrevivência das populações miseráveis”

e que

“as pretensões dos pobres à assistência social requerem a interpretação extensiva”<sup>56</sup>.

Por outro lado, Lôbo Torres lamenta que, nas últimas décadas, tenha havido

“a desinterpretação dos mínimos sociais e da necessidade de maximização dos direitos sociais, com o emburilhamento das garantias que os cercam”.

Nessa sua visão, o acesso universal igualitário às ações e serviços de saúde, assegurado no art. 196 da Constituição, transformado em gratuito pela legislação infraconstitucional, torna-se utópico, uma “proclamação demagógica”, que gera expectativas inalcançáveis para os cidadãos<sup>57</sup>.

Para Barroso, esse “padrão mínimo” no cumprimento das tarefas estatais poderia, sem maiores problemas, ser ordenado por parte do Judiciário, o que deixa de acontecer devido apenas a motivos ideológicos e não jurídico-rationais<sup>58</sup>. Sarlet demonstra que, no caso da negação de prestações de serviços sociais básicos por parte do Estado, não conseguem convencer os argumentos comuns da falta de verbas e da falta da competência do Judiciário para decidir sobre a aplicação dos recursos públicos, especialmente na área da saúde, o bem maior da vida humana. Para ele, “a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba por se equiparar à aplicação de uma pena de morte”<sup>59</sup>.

Uma garantia mais efetiva da prestação dos serviços básicos e da assistência social no Brasil também não levaria a uma situação de “tutela” ou criação de dependência do cidadão em relação às prestações sociais do Estado, um perigo que pode existir somente em países de índices elevados de desenvolvimento<sup>60</sup>. No entanto, essa visão mais moderna ainda não representa a linha dominante na doutrina e jurisprudência do Brasil. São justamente os tribunais superiores que mostraram fortes objeções e ressalvas contra a sua própria legitimidade a formular ordens concretas contra governos referentes à prestação adequada dos serviços públicos sociais.

### 7. A questão da “constituição dirigente”

Na doutrina constitucional contemporânea, comenta-se a mudança na linha doutrinária do famoso constitucionalista português Gomes Canotilho. Na sua obra “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, publicada em 1982, ele defendia a tese de que as normas programáticas constitucionais sobre direitos sociais, econômicos e culturais seriam capazes de obrigar o legislador a criar as respectivas leis ordinárias que fixassem as prestações positivas e o Poder Executivo a oferecer os serviços e prestações para realização do conceito constitucional. Ao mesmo tempo, o autor não quis permitir a redução dos direitos sociais a um simples apelo ao legislador, mas os entendia como

“verdadeira imposição constitucional, legitimadora de transformações econômicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos”.

Afirmava que a inércia do Estado quanto à criação de condições de sua efetivação podia dar lugar à inconstitucionalidade por omissão<sup>61</sup>.

Ultimamente, Canotilho revidou esse seu posicionamento, declarando-se adepto de

um “constitucionalismo moralmente reflexivo” (U. Preuss) em virtude do “descrédito de utopias” e da “falência dos códigos dirigentes”, que causariam a preferência de “modelos regulativos típicos da subsidiariedade”, de “autodireção social estatalmente garantida”<sup>62</sup>. O “entulho programático” e as “metanarrativas” da Carta Portuguesa, segundo ele, impediriam aberturas e alternativas políticas, tornando necessário “desideologizar” o texto constitucional<sup>63</sup>. O modelo da “constituição dirigente” hoje também estaria imprestável perante a transformação de ordens jurídicas nacionais em ordens parciais, em que as constituições são relegadas para um plano mais modesto de “leis fundamentais regionais”.

Além disso, o autor português passou a negar a possibilidade da geração de direitos subjetivos na base de direitos constitucionais sociais, alegando que somente o legislador ordinário seria legitimado a determinar o conteúdo concreto dos direitos sociais, sem vinculação estrita às normas programáticas da Constituição. Assim, ele afirma, por exemplo, que a garantia constitucional da gratuidade do acesso a todos os graus de ensino “pode lançar a constituição nas querelas dos limites do Estado Social e da ingovernabilidade”<sup>64</sup>. Lôbo Torres comunga com essa “nova” posição do mestre lusitano e nega a possibilidade de eficácia das normas constitucionais atributivas de direitos sociais sem a intermediação da lei<sup>65</sup>.

Essa mudança de visão se deve certamente à forte influência da doutrina tradicional alemã (K. Hesse) e à situação social alterada de Portugal no seio do processo de integração econômica e política na União Européia que proporcionou ao país uma prosperidade econômica e estabilidade econômica e social jamais vivenciada antes, mas definitivamente não é transferível, sem os devidos ajustes, ao sistema jurídico e social do Brasil. Bercovici está coberto de razão quando salienta que a “constituição dirigente”, que é o modelo da Carta de 1988,

não tolhe a liberdade do legislador ou a discricionariedade do governo de maneira a prescrever uma linha única de atuação para a política, mas estabelece um fundamento constitucional para a política, tornando-se sua premissa material<sup>66</sup>.

As condições culturais, políticas e sócio-econômicas vigentes no Brasil no final do século XX não exigem uma exaltação de teorias liberalistas e internacionalistas, mas um desenvolvimento firme e contínuo em direção ao Estado Social, preconizado pela Carta de 1988, com todas as suas conseqüências. Nesse processo, o Poder Público tem necessariamente um outro papel do que na Europa unificada, onde o nível de organização e atuação da sociedade civil é incomparavelmente mais alto.

#### *8. O Poder Judiciário: a tradição do formalismo; necessidade de uma interpretação constitucional material-valorativa*

Normas constitucionais sobre direitos fundamentais contêm, por natureza, conceitos vagos, abstratos, de textura aberta, que constituem fórmulas valorativas, as quais não podem ser interpretadas adequadamente mediante os métodos tradicionais da hermenêutica jurídica<sup>67</sup>.

Talvez o maior impedimento para uma proteção mais efetiva dos direitos fundamentais seja a atitude ultrapassada de grande parte da magistratura brasileira para com a interpretação constitucional, cuja base até hoje consiste no *formalismo* jurídico que tem dominado gerações de operadores de Direito, especialmente durante o tempo autoritário. Segundo Bobbio, a concepção “formalista” da interpretação jurídica, fruto do jus-positivismo, dá absoluta prevalência às formas com base numa operação meramente lógica, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos da norma legislativa com prejuízo da finalidade perseguida por esta, da realidade social que se encontra por trás das formas e dos conflitos de interesse que se deve dirimir<sup>68</sup>.

Podemos observar, até os dias de hoje, uma maneira extremamente formal de argumentação em grandes partes da doutrina e jurisprudência do Brasil, que se concentra quase exclusivamente em aspectos lógico-formais da interpretação jurídica e não permite a influência de pontos de vista valorativos, ligados à justiça material<sup>69</sup>. O operador jurídico ainda não está acostumado a questionar o conteúdo material de normas legais ou atos administrativos. Segundo José E. Faria,

“é cada vez maior o número de juízes conscientes de que não estão preparados técnica e intelectualmente para lidar com o que é inédito; (...) de que foram treinados para interpretar normas programáticas e normas com conceitos indeterminados (...)”<sup>70</sup>.

Podemos observar que muitos representantes das diferentes profissões jurídicas gostariam de aplicar, no seu trabalho diário, os direitos fundamentais com mais coerência. Eles reclamam do “pouco apoio” por parte da literatura constitucional clássica, que normalmente se restringiu a apresentar a evolução e positivação dos diferentes direitos humanos, acrescentando somente algumas decisões dos tribunais superiores a respeito<sup>71</sup>.

Apesar do fato de a doutrina constitucional moderna no Brasil enfatizar que o Estado Social preconizado pela Carta de 1988 exige um novo entendimento das suas normas jurídicas, que seja orientado por valores<sup>72</sup>, a maioria dos operadores (juízes, promotores, procuradores, administradores, advogados) ainda não passou a interpretar as normas constitucionais e ordinárias (civis, comerciais, administrativas) “no espírito” dos direitos fundamentais e seus valores subjacentes.

A natureza político-social dessas normas impõe a necessidade de métodos de interpretação específicos. O modelo dominante no Brasil sempre foi de perfil “liberal-individualista-normativista”, que nega a apli-

cação das normas programáticas e dos princípios da nova Constituição<sup>73</sup>. Enquanto o positivismo jurídico formalista exigia a “neutralização política do Judiciário”, com juízes racionais, imparciais e neutros, que aplicam o direito legislado de maneira lógico-dedutiva e não criativa, fortalecendo desse modo o valor da segurança jurídica, o moderno Estado Social requer uma magistratura preparada para realizar as exigências de um direito material, “ancorado em normas éticas e políticas, expressão de idéias para além das decorrentes do valor econômico”<sup>74</sup>.

Apostolova enfatiza que as expectativas e reivindicações de novos movimentos e grupos sociais da garantia dos seus direitos aumentaram a “visibilidade social e política” do Poder Judiciário, que se transformou cada vez mais num “espaço de confronto e negociação de interesses”. A concretização desses direitos sociais exige alterações das funções clássicas dos juízes que se tornam co-responsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação para possibilitar a realização de projetos de mudança social, o que leva à ruptura com o modelo jurídico subjacente ao positivismo, a separação do Direito da Política<sup>75</sup>.

A questão hermenêutica dos direitos fundamentais deixa de ser um problema de correta subsunção do fato à norma para se tornar um problema de conformação política dos fatos, isto é, de sua transformação conforme um projeto ideológico (e não lógico)<sup>76</sup>. O Judiciário não quer assumir o papel de “arquiteto social” e ser responsabilizado por uma possível convulsão financeira nos orçamentos públicos. No entanto, podemos observar um

“progresso de erosão da rigidez lógico-formal em razão das exigências de justiça distributiva e, por conseqüência, dos imperativos de racionalidade material”<sup>77</sup>.

Para José E. Faria, a magistratura brasileira, considerada a partir de seu *ethos* cultural, corporativo e profissional,

“tem desprezado o desafio de preencher o fosso entre o sistema jurídico vigente e as condições reais da sociedade, em nome da ‘segurança jurídica’ e de uma visão por vezes ingênua do equilíbrio entre os poderes autônomos”<sup>78</sup>.

Para ele, os tribunais, apesar dos novos direitos consagrados pela Carta de 1988, continuam com uma cultura técnico-profissional defasada – com métodos exclusivamente formais de caráter lógico, sistemático e dedutivo –, incapazes de entendê-los e, por conseqüência, de aplicá-los<sup>79</sup>.

Segundo José Afonso da Silva, a eficácia das normas programáticas sobre direitos sociais constitucionais é sobretudo interpretativa, como orientação axiológica para a compreensão do sistema jurídico nacional. Ele lamenta que nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhes dado aplicação adequada, como princípios-condição da justiça social<sup>80</sup>.

Entre as teorias existentes sobre os direitos fundamentais<sup>81</sup>, são aceitas no Brasil a *liberal* e a *institucional*, enquanto a Teoria dos Valores (R. Smend), que entende os direitos fundamentais como expressão de uma “ordem objetiva de valores”, ainda encontra fortes ressalvas. Segundo essa teoria – defendida pela Corte Constitucional Alemã –, os direitos fundamentais atuam sobre as relações jurídicas diante dos poderes públicos e sobre as relações jurídicas dos cidadãos entre si. Assim, os valores assentados nos direitos fundamentais são capazes de impregnar toda a ordem jurídica, como o exercício da discricionariedade administrativa e o preenchimento das cláusulas gerais do direito civil (ex.: “boa-fé”, “bons costumes”).

Essa compreensão jurídico-objetiva também é de fundamental importância para os *deveres* do Estado, pois a vinculação de todos os poderes aos direitos fundamentais contém não só uma obrigatoriedade negativa do Estado de *não fazer* intervenções em áreas protegidas pelos di-

reitos fundamentais, mas também uma obrigação *positiva* de fazer tudo para realizar os mesmos, mesmo se não existir um direito público subjetivo do cidadão.

Evidentemente, qualquer tipo de teoria *valorativa* floresce melhor na base de um pensamento jus-naturalista, como foi o caso na Alemanha pós-guerra como reação aos abusos do regime nazista, que se valeu, no início, de teses jus-positivistas para impedir uma crítica de conteúdo moral e ético contra suas medidas legislativas, as quais, na sua maioria, foram elaboradas de maneira “formalmente legal”, mas em contradição evidente com os direitos fundamentais e os princípios materiais da Constituição de Weimar<sup>82</sup>.

A experiência do “relativismo” total do conteúdo das leis positivas levou o famoso jurista e filósofo Gustav Radbruch, inicialmente positivista ferrenho, a mudar completamente a sua posição depois da guerra e defender a existência de “injustiça legal e direito supralegal” e de “leis que não são direito”<sup>83</sup>. Recentemente, a Corte Constitucional Alemã se valeu dessa teoria, ao confirmar a condenação por homicídio de vários soldados da antiga Alemanha comunista que mataram centenas de cidadãos alemães orientais que tentaram ultrapassar a fronteira para a Alemanha Ocidental; os acusados tentaram justificar-se com a existência de uma lei que permitia o uso da arma para impedir qualquer “fuga da República”<sup>84</sup>.

O governo autoritário do Brasil pós-1964 se serviu também de medidas *formalmente* legais para limitar a independência dos órgãos estatais e restringir os direitos civis e políticos da população, como fez o Ato Institucional nº 5, de 13-12-1968<sup>85</sup>. Essas experiências, no entanto, não levaram a uma posição mais crítica de amplos segmentos da doutrina e jurisprudência em relação às teorias e posições positivistas (“kelsenianas”)<sup>86</sup>, que defendem até hoje a estrita separação entre argumentos jurídicos (“científicos”) e argumentos “metajurídicos”, como valorativos, ético-morais,

sociológicos. São justamente esses aspectos que voltam a ocupar um espaço importantíssimo na interpretação de princípios fundamentais e de normas principiológicas – como os direitos fundamentais –, bem como outros conceitos constitucionais abertos.

### *9. Nova compreensão da teoria da separação dos poderes; controle judicial de políticas e orçamentos públicos*

Em princípio, a estrutura do Poder Judiciário é relativamente inadequada para dispor sobre recursos ou planejar políticas públicas. Ele também carece de meios compulsórios para a execução de sentenças que condenam o Estado a cumprir uma tarefa ou efetuar uma prestação omitida; não há meios jurídicos para constranger o legislador a cumprir a obrigação de legislar<sup>87</sup>.

Em certas condições, o incumprimento pelo legislador ou do governo das tarefas constitucionais ligadas aos direitos sociais é suscetível de desencadear uma inconstitucionalidade por omissão. Nesse ponto, vale ressaltar que os novos meios processuais do mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF) e da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CF) ainda não surtiram os efeitos desejados e intencionados pelos Constituintes da Carta de 1988, tema complexo que não pode ser aprofundado aqui.

Há omissão legislativa sempre que o legislador não cumpre (ou cumpre insuficientemente) o dever constitucional de concretizar imposições constitucionais concretas. Ele pode não agir (omissão total) ou tomar medidas insuficientes ou incompletas (omissão parcial); no último caso, têm relevo decisivo considerações de caráter material, que dependem do grau de densidade da norma impositiva<sup>88</sup>. Assim, os direitos sociais podem funcionar como verdadeiros direitos subjetivos e ser invocados judicialmente por meio de ações de inconstitucionalidade por omissão e ação<sup>89</sup>.

A consequência do não-atendimento aos preceitos constitucionais por omissão legislativa ou administrativa pode resultar numa inconstitucionalidade permanente, que leva à desestabilização política. Ao mesmo tempo, é incontestável o valor político de uma decisão judicial que declara que o Estado está em mora com obrigações constitucionais econômicas, sociais e culturais; essas sentenças assumem o papel de importantes veículos para canalizar as reivindicações da sociedade<sup>90</sup>.

Gilmar F. Mendes sugere, nesse contexto, a aplicação do modelo da “decisão de apelo” da Corte Constitucional Alemã<sup>91</sup>, medida que provavelmente não lograria causar os mesmos efeitos, em virtude das relações políticas e sócio-culturais bastante diferentes dos órgãos constitucionais supremos entre si. O cumprimento de um mandamento apelativo pressupõe um clima de respeito mútuo e autoridade do Supremo Tribunal em relação ao Governo e o Congresso Nacional, o que nem sempre tem existido no Brasil nos últimos anos.

Em geral, encontramos no Brasil uma resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um amplo espaço de atuação autônoma, discricionária, em que as decisões do órgão ou do agente público são insindicáveis quanto à sua conveniência e oportunidade. O Supremo Tribunal Federal, na sua atitude exagerada de “auto-restrição judicial” (*judicial self-restraint*), recusa-se, até hoje, a controlar os pressupostos constitucionais da edição de medidas provisórias pelo Governo Federal<sup>92</sup> e nega-se a criar as normas necessárias para resolver os casos concretos, no caso do mandado de injunção<sup>93</sup>.

O vetusto princípio da separação dos poderes, idealizado por Montesquieu, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servir ao seu escopo original de garantir direitos fundamentais contra o arbítrio e,

hoje também, a *omissão* estatal<sup>94</sup>. O Estado Social moderno requer uma reformulação funcional dos poderes no sentido de uma distribuição para garantir um sistema eficaz de “freios e contrapesos”.

Sistemas jurídicos em países “centrais” como a Alemanha, em que há um alto padrão nos índices de desenvolvimento humano e um nível elevado de satisfação da população em relação aos serviços sociais básicos, recusam, com bons argumentos, a idéia do Poder Judiciário como “arquiteto da ordem social”, acima de tudo pela falta de legitimidade democrática e de aptidão funcional para efetuar uma distribuição dos recursos públicos disponíveis<sup>95</sup>.

Cappelletti destaca que os juízes de muitos países têm assumido a posição de negar o caráter preceptivo, ou *self-executing*, de leis ou direitos programáticos de cunho social, que normalmente se limitam a definir finalidades, princípios gerais. No entanto, o Poder Judiciário, mais cedo ou mais tarde, teria que

“aceitar a realidade da transformação da concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas, um ramo”.

Para tal fim, os juízes devem controlar e exigir o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social<sup>96</sup>. A atividade de interpretação e realização das normas sociais na Constituição implica, necessariamente, um alto grau de *criatividade* do juiz, o que, por si, não o torna um “legislador”<sup>97</sup>.

No entanto, B. Santos observa que, nos países periféricos como o Brasil, a atuação dos juízes se caracteriza pela resistência em assumir a sua co-responsabilidade na ação providencial do Estado<sup>98</sup>. Nessa linha, exige-se um Judiciário “intervencionista” que realmente ousa controlar a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos e exigir a implementação de políticas sociais eficientes. Nesse contexto, as decisões da administração pública não po-

dem se distanciar da “programaticidade principiológica” da Constituição<sup>99</sup>.

Concordamos com C. Clève, que defende um novo tipo de Poder Judiciário e de compreensão da norma constitucional, e juízes “ativistas”, vinculados às diretivas e às diretrizes materiais da Constituição, voltados para a plena realização dos seus comandos e não apenas apegados aos esquemas da racionalidade formal e, por isso, muitas vezes simples guardiões do *status quo*<sup>100</sup>. Torna-se necessária, portanto, uma “mudança de paradigmas” na percepção da sua própria posição e função no moderno Estado Social de Direito.

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

No entanto, 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<sup>101</sup>, 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. Para Campilongo,

“o magistrado atua, no Estado Social, como garantidor da estabilidade e da dinâmica institucionais”<sup>102</sup>.

K. Comparato enfatiza que o conceito de *política*, no sentido de programa de ação, só recentemente foi descoberto pela teoria jurídica por corresponder a uma realida-

de desimportante antes da Revolução Industrial. Segundo ele,

“a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”<sup>103</sup>.

O autor defende a tese que o Judiciário possui competência, apesar do princípio da separação dos poderes, para julgar “questões políticas” e alega que a “clássica falsa objeção à judiciabilidade das políticas governamentais” se deve ao mau entendimento da *political question doctrine* da Suprema Corte dos EUA.

O controle de constitucionalidade, segundo Comparato, inclui os objetivos gerais da respectiva política perante as normas-objetivo da Constituição, bem como as regras que estruturam o desenvolvimento dessa atividade; uma política econômica exclusivamente voltada para a estabilidade monetária seria uma afronta contra os dispositivos do art. 170, CF. No entanto, o autor reconhece que a probabilidade de introdução do juízo de constitucionalidade de políticas públicas no Brasil atualmente é remotas<sup>104</sup>.

Segundo L. Lopes, os direitos sociais (saúde e educação pública, segurança, previdência social) não são fruíveis ou exequíveis individualmente, o que não quer dizer que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos como se exigem judicialmente outros direitos subjetivos. De regra, os serviços sociais dependem, para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo por terem o caráter de generalidade e publicidade. Uma solução do problema para o autor é a possibilidade da contestação e do controle das leis orçamentárias, por ação direta de inconstitucionalidade (por meio do Ministério Público, art. 102, I, CF), toda vez que contrariarem dispositivos constitucionais<sup>105</sup>.

Um orçamento público, quando não atende aos preceitos da Constituição, pode e deve ser corrigido mediante alteração do

orçamento consecutivo, logicamente com a devida cautela. Em casos individuais, pode ocorrer a condenação do Poder Público para a prestação de determinado serviço público básico, ou o pagamento de serviço privado (exemplo: reembolso das despesas de atendimento em hospital particular)<sup>106</sup>.

Com Perez, não podemos admitir é que os direitos fundamentais tornem-se, pela inércia do legislador, ou pela insuficiência momentânea ou crônica de fundos estatais,

“substrato de sonho, letra morta, pretensão perenemente irrealizada (...). Seria possível então, na base do sistema jurídico-constitucional brasileiro, o Poder Judiciário coibir a administração pública a realizar uma política pública ou fazer, no caso concreto, observar uma norma programática? Ou, mais concretamente, podem os Tribunais compelir um governo a executar programas de erradicação da miséria (art. 3º, III, CF)?”<sup>107</sup>

Para tanto, parece ser necessária uma “mescla do nosso sistema legalista com ingredientes do juízo discricionário da equidade, para transformar o Terceiro Poder em grande instrumento de evolução frente às disposições constitucionais programáticas”<sup>108</sup>.

Por fim, ousamos afirmar que o sistema jurídico brasileiro já está desenvolvendo uma nova visão do princípio da separação dos poderes, ainda que uma boa parte dos seus operadores ainda não se deram conta desse fato.

O ponto central dessa mudança é a crescente utilização da ação civil pública (Lei nº 7.347/85) por parte do Ministério Público e da sociedade civil para defesa dos chamados direitos *difusos*, que são também ligados à implementação dos direitos sociais pelo Estado, direitos básicos estes que compõem o arcabouço da cidadania<sup>109</sup>.

Nessa linha, B. de Moraes vê a garantia de padrões mínimos de serviços sociais básicos como uma questão da realização dos interesses *transindividuais* (difusos)<sup>110</sup>.

Segundo o entendimento prevalecente na Alemanha, os órgãos administrativos têm a função de defender (sempre) o interesse público, por meio da prestação de serviços e a implementação de políticas públicas, o que habitualmente é chamado de “cumprimento de tarefas públicas” (*öffentliche Aufgabenerfüllung*); isso inclui também as áreas da proteção ambiental, da proteção do consumidor, das crianças e adolescentes, dos serviços de saúde, educação, etc.

O simples fato de que o sistema brasileiro distingue entre interesses *públicos* (comuns) e interesses *difusos* (específicos), que são até capazes de entrar em choque entre si<sup>111</sup>, mostra que existe aqui uma certa “desconfiança” do próprio sistema contra a retidão e eficiência dos órgãos administrativos na prestação dos serviços públicos, cuja qualidade pode ser questionada em juízo.

A existência da lei da ação civil pública leva necessariamente a uma maior competência ao lado do Poder Judiciário no controle das políticas públicas. Muitas medidas, que na Alemanha estariam cobertas pela discricionariedade administrativa e portanto não-sindicáveis, no Brasil podem ser controladas pelos tribunais, por se tratar de questões envolvidas com “interesses difusos” da sociedade<sup>112</sup>.

#### 10. Normas programáticas sobre direitos sociais: mero “simbolismo”?

Com efeito, pergunta Bobbio se um direito ainda pode ser chamado de “direito” quando o seu reconhecimento e sua efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar um “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política<sup>113</sup>. A Constituição, no dizer de Hesse, não configura apenas expres-

são de um *ser*, mas também de um *dever ser*; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas, procurando imprimir ordem e conformação à realidade política e social<sup>114</sup>.

Limitar normas constitucionais a expressar a realidade de fato seria a sua negação. Mas o direito tem seus próprios limites e por isso não deve normatizar o inalcançável; ele se forma com elementos colhidos na realidade que precisam de ressonância no sentimento social. O equilíbrio entre esses dois extremos é que conduz a um ordenamento jurídico eficaz<sup>115</sup>. Na Alemanha, como no Brasil, reconhece-se que promessas constitucionais exageradas mediante direitos fundamentais sociais sem a possibilidade real da sua realização são capazes de levar a uma “frustração constitucional”, o que desacredita a própria instituição da Constituição como sistema de normas legais vigentes e pode abalar a confiança dos cidadãos na ordem jurídica como um todo<sup>116</sup>.

Segundo a classificação famosa de Karl Löwenstein, a Carta brasileira representaria uma constituição *nominal*, cujas normas ainda não estão sendo acompanhadas por parte do processo político dinâmico. No entanto, a desarmonia entre a pretensão jurídico-constitucional e as condições sócio-econômicas existentes pode ser sanada no decorrer do tempo por meio do processo esperado de maturação e desenvolvimento<sup>117</sup>. Segundo essa visão, promessas exageradas em normas constitucionais de cunho social significam, acima de tudo, um estímulo para os detentores do poder para a sua realização e uma fonte de esperança para os formalmente beneficiados<sup>118</sup>.

Essa visão está sendo rechaçada por M. Neves, que afirma que muitas normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, por não possuírem um mínimo de condições para sua efetivação, servem como *álibi* para criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, desempe-

nhando, assim, uma função preponderantemente ideológica em constituir uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas<sup>119</sup>. Para E. Grau, os direitos econômicos e sociais programáticos são capazes de funcionar como

“anteparo às expansões da sociedade, amortecida naquilo que seria expressão de sua ânsia de buscar a realização de aspirações econômicas e sociais”, criando, assim, “mitos modernos para o povo” e assumindo o papel de “instrumentos de dominação ideológica”<sup>120</sup>.

Sem querer denegar a procedência desses pontos de vista, queremos ressaltar que os direitos fundamentais sociais programáticos da Carta de 1988 exercem um importante papel, cumprindo, ao lado de sua função jurídico-normativa, uma função sugestiva, apelativa, educativa e conscientizadora<sup>121</sup>. Em muitos dispositivos, há uma exacerbação intencional do preceito normativo além do limite da sua exequibilidade racionalmente possível<sup>122</sup>.

Sua supressão do texto constitucional enfraqueceria a posição dos integrantes da sociedade civil organizada na reivindicação desses direitos junto aos governos federal, estaduais e municipais. Nessa mesma linha, J. A. da Silva vê a relevância das normas programáticas no sentido teleológico de modo que apontam para fins futuros e servem de pauta de valores para movimentos que as queiram ver aplicadas e cumpridas<sup>123</sup>. Uma concepção material de Constituição dá valor também aos efeitos políticos e culturais da Carta mediante inclusão de princípios programáticos que necessitam de uma concretização posterior.

Dessa forma, a Constituição deixa de servir somente como ordem jurídica de procedimento para o poder estatal, mas assume também a função de um documento para a integração da comunidade para a formação de consciência política<sup>124</sup>.

Para Häberle, a Constituição de um Estado é não somente texto jurídico ou

regulamento normativo, mas também expressão do desenvolvimento cultural de um Estado, meio de auto-afirmação cultural de um povo e fundamento de suas esperanças<sup>125</sup>.

No entanto, é importante que aqueles que aceitam e até apreciam um certo conteúdo *utópico* de um texto constitucional não se esqueçam de que o seu “poder de integração” (R. Smend) depende decisivamente da sua realização e concretização na vida diária, o que pressupõe um mínimo de exequibilidade jurídica.

### 11. Conclusão

A doutrina e jurisprudência constitucional brasileira encontra-se numa fase de transição entre um tratamento tradicional lógico-formal das normas sobre direitos fundamentais e a aplicação de métodos modernos de uma interpretação material-valorativa.

Uma década depois do estabelecimento formal dos catálogos monumentais de direitos fundamentais na Carta de 1988, essas normas ainda não lograram causar os efeitos desejados na realidade jurídica do país, sobretudo na área dos direitos sociais.

A doutrina jurídica brasileira, no passado, sempre foi aberta a discutir modelos e propostas provindas do exterior. Nesse contexto, a doutrina constitucional alemã e a jurisprudência da sua Corte Constitucional exercem papel de destaque. No entanto, as teorias desenvolvidas na Alemanha sobre a interpretação dos direitos sociais não podem ser facilmente transferidas para a realidade brasileira sem as devidas adaptações.

Parte dos operadores jurídicos não parece estar devidamente preparada para aplicar os direitos fundamentais numa maneira dogmaticamente correta e ainda não se encontra “à altura” do texto constitucional complexo. O sistema brasileiro do controle difuso da constitucionalidade de normas e atos leva a uma necessidade

de especialização e conhecimentos profundos em questões filosóficas e sociais.

Na área dos direitos fundamentais sociais, a aplicação progressiva e coerente das normas constitucionais depende também de uma evolução da ética profissional da magistratura e da redução da sua dependência em relação ao Poder Executivo.

Partes da doutrina brasileira moderna já defendem teorias alternativas e inovadoras sobre a função do Judiciário perante os graves problemas sociais e as falhas funcionais dos outros Poderes, especialmente o Executivo hipertrofiado, no cumprimento da ordem jurídica constitucional.

Em face dos problemas sociais candentes de um país *periférico* como o Brasil, o princípio tradicional da separação dos poderes deve ser entendido sob parâmetros e dimensões novas e diferentes das nações centrais ricas. Ainda não foram aproveitadas as potencialidades dos modernos instrumentos processuais do Direito brasileiro para a correção judicial das omissões dos Poderes Executivo e Legislativo na área das políticas públicas (ação civil pública, ação de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção).

Exige-se, cada vez mais, a influência do Terceiro Poder na implementação das políticas sociais e no controle da qualidade das prestações dos serviços básicos, com ênfase no novo papel – também político – dos juízes como criadores ativos das condições sociais na comunidade que já não combina mais com as regras tradicionais do formalismo.

### Notas

Cf. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *O Direito Público em Tempos de Crise* (Estudos em homenagem a Ruy R. Ruschel). P. Alegre : Livraria do Advogado, 1999. p. 130.

<sup>2</sup> NEVES, Marcelo. Symbolische konstitutionalisierung und faktische entkonstitutionalisierung. In: *Verfassung und Recht in Übersee* (VRÜ), 3. Quartal, Baden-Baden : Nomos Verlag, 1996. S. 314s.

<sup>3</sup> Cf. FIORANELLI JÚNIOR, Adelmo. Desenvolvimento e efetividade dos direitos sociais. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. [s.l.:s.n.], jun. 1994. p. 24ss.

<sup>4</sup> Cf. ALVARENGA, Lúcia B. Freitas de. *Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*. [s.l.] : Brasília Jurídica, 1998, p. 29ss.

<sup>5</sup> CID, Benito de Castro. *Los derechos económicos, sociales y culturales*. Leon : Universidad de Leon, Secretaría de Publicaciones, 1993. p. 87ss.

<sup>6</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição Federal de 1969*. Tomo I. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970. p. 127.

<sup>7</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed., São Paulo : Malheiros, 1998. p. 115.

<sup>8</sup> Cf. CID, Benito de C. op. cit. nota 5, p. 168.

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. op. cit. nota 7, p. 84.

<sup>10</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1993. p. 39.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo : Malheiros, 1998. p. 288., com essa técnica, segundo ele, “o constituinte não atendeu aos melhores critérios metodológicos”.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998. p. 199s.

<sup>13</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Direitos e garantias individuais. In: *A Constituição Brasileira de 1988 : Interpretações*. Rio de Janeiro : [s.n.], 1988. p. 21ss.

<sup>14</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Tomo IV: Direitos Fundamentais. [s.l.] : Ed. Coimbra, 1993. p. 105s., 348ss.

<sup>15</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra : Almedina, 1987. p. 141., a propósito, o autor segue “fielmente” a doutrina alemã a respeito.

<sup>16</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. [s.l.] : Coimbra Editora, 1982. p. 374., BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade das suas normas*, Rio de Janeiro : Renovar, 1996. p. 117s.

<sup>17</sup> Cf. CLÈVE, Clemerson Merlin. O problema da legitimação do Poder Judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. In: *Anais do seminário: democracia e justiça: o poder judiciário na construção do estado de direito*. P. Alegre: TJERS, 1998. p. 231. Exemplo: um hospital público recusa-se a internar uma pessoa doente, apesar de vagas existentes, ou não quer fornecer um determinado medicamento, por ser considerado caro demais (caso do “coquetel contra AIDS”).

<sup>18</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. “O dilema do judiciário no Estado Social de Direito”. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 125.

<sup>19</sup> Os problemas do Serviço Único de Saúde (SUS) têm as suas principais causas na falta de controle operacional e abusos por parte dos seus integrantes (administradores, médicos, hospitais, laboratórios, fabricantes de remédios). A má prestação dos serviços preventivos e curativos por parte de muitos municípios e estados não constitui um argumento válido para pôr em dúvida a própria natureza do direito fundamental à saúde.

<sup>20</sup> FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e sua máxima efetivação. In: *Revista de Direito Administrativo*. [s.l. : s.n.] n. 204, 1996. p. 77s.

<sup>21</sup> Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998. p. 89ss.

<sup>22</sup> Cf. CLÈVE, Clemerson M. op. cit. nota 17, p. 231.

<sup>23</sup> Aachamos regulamentações semelhantes nas Cartas de Portugal (art. 18/1) e da Alemanha (art. 1, III), que “inspiraram” o constituinte nacional.

<sup>24</sup> Assim, é inimaginável uma lei que definiria o conceito da liberdade da expressão artística ou política, o exercício de uma religião ou o conceito de intimidade, honra ou locomoção. José Afonso da Silva classifica esses direitos clássicos como “direitos de eficácia contida, porém restringíveis por lei”; enquanto essa lei não é promulgada, eles valem sem restrições.

<sup>25</sup> MIRANDA, Jorge. op. cit. nota 14, p. 276ss.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís R. op. cit. nota 16, p. 82s.

<sup>27</sup> Essas últimas estão sendo subdivididas em “normas declamatórias de princípios institutos ou organizativos e de princípios programáticos”; cf. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* (nota 7), p. 16ss., 65s. Esse sistema representa até hoje o mais aceito por parte dos tribunais brasileiros.

<sup>28</sup> Vale lembrar que a aplicação dessa teoria da “proibição do retrocesso” levaria a uma proteção maior dos direitos fundamentais sociais do que dos de liberdade, em que uma diminuição dos direitos do indivíduo – para defender interesses públicos urgentes (ex.: segurança) – não é, por si, proibida.

<sup>29</sup> SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil*. Rio de Janeiro : Forense, 1983. p. 63. Ele lamenta que “a omissão reiterada do Estado obriga os indivíduos a descrerem do ordenamento jurídico, em face de sua inoperância (...) Sente-se a falta de identidade entre o texto normativo e a realidade vivida pela nação”.

<sup>30</sup> Cf. ADEODATO, João Maurício L. *Vorstudien zu einer emanzipatorischen legitimationstheorie für unterentwickelte Länder*. In: *Rechtstheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, n. 22, 1991. S. 108 ff., 125.

<sup>31</sup> DANTAS, Ivo. *O valor da constituição*. Rio de Janeiro : Renovar, 1996. p. 68. “Os condicionamentos sociais, políticos, lingüísticos e geográficos que configuram cada modelo de sociedade são o indicador que não permitirá que se conclua no sentido de uma *passividade da norma constitucional*

posta, pelo simples fato de que, enquanto, por um lado, esta sofre as influências dos fatores mencionados, por outro e ao mesmo tempo atua sobre eles, quer para mantê-los, quer para provocar sua modificação”.

<sup>32</sup> Este fato se deve também à tradução de várias obras de constitucionalistas deste país para o português e o espanhol (Konrad Hesse, Peter Häberle, Robert Alexy, Ernst-Wolfgang Böckenförde, Otto Bachof, Carl Schmitt, Rudolf Smend, entre outros).

<sup>33</sup> KAUFMANN, Franz-Xaver. Diskurse über Staatsaufgaben. In: GRIMM, Dieter (Hrsg.). *Staatsaufgaben*. Baden-Baden : Suhrkamp Verlagsgesellschaft, 1994. S. 28s.

<sup>34</sup> Cf. GRIMM, Dieter. Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung. In: GRIMM, D. (Hrsg.). *Staatsaufgaben*. Baden-Baden : Suhrkamp Verlagsgesellschaft, 1994. S. 626s.

<sup>35</sup> Isso explica também a desconfiança que muitos autores alemães guardam contra formas extensivas de participação popular direta (por ex.: plebiscitos). Esses instrumentos foram abusados por parte das bancadas dos nacional-socialistas e dos comunistas na República de Weimar (1919-33) para inviabilizar várias medidas do governo democrático; as massas populares mal informadas e radicalizadas quase sempre ficaram do lado dos extremistas.

<sup>36</sup> Exceção é o direito da mãe à proteção e assistência por parte da comunidade (art. 6º, IV, LF).

<sup>37</sup> DÜRIG, Günter. *Grundgesetz*, 30. Aufl., München, 1993. S. X; SCHOLZ, Rupert. Deutschland in guter Werte-Verfassung?. In: Fikentscher, W. et alii, *Wertewandel – Rechtswandel: Perspektiven auf die gefährdeten Voraussetzungen unserer Demokratie*, Gräffeling : Resch Verlag, 1997. S. 53.

<sup>38</sup> BLECKMANN, Albert. *Staatsrecht II – Allgemeine Grundrechtslehren*. 2.ed. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1985. S. 179s.; MURSWIEK, Dietrich. “Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, In: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Band V – Allgemeine Grundrechtslehren (§ 112), Heidelberg : C. F. Müller Juristischer Verlag, 1992, Rnr. 22.

<sup>39</sup> SARLET, Ingo W. op. cit. nota 12, p.146s., 298s.

<sup>40</sup> SARLET, Ingo W. op. cit. nota 1, p. 148s. 151.

<sup>41</sup> Cf. ABRAMOVICH, Victor, COURTIS, Christian. Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales e culturales”. In: *Contextos – Revista Critica de Derecho Social*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, n. 1, 1997. p. 12. É essa a linha predominante da doutrina constitucional alemã.

<sup>42</sup> CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1991. p. 526.

<sup>43</sup> Em 1994, foi inserido na Lei Fundamental Alemã o Art. 20a, a nova “norma-fim” da “proteção dos fundamentos naturais da vida” (*natürliche Lebensgrundlagen*), isto é, a proteção ao meio ambiente.

<sup>44</sup> HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg : Verlag C. F. Müller, 20. Aufl. 1995. p. 91 (Rnr. 208).

<sup>45</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, [s.l.] : Coimbra Editora, 1991. p. 131.

<sup>46</sup> SARLET, Ingo W. op. cit. nota 1, p. 152.

<sup>47</sup> Segundo a Corte Constitucional, esses direitos a prestações positivas (*Teilhaberechte*) “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”; BVerfGE nº 33, S. 333. Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite social básico; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar suficientemente vagas nas universidades públicas para atender *todos* os candidatos.

<sup>48</sup> BARROSO, Luís R. op. cit. nota 16, p. 111; SARLET, Ingo W. op. cit. p.273, 279., com referência a MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, In: *Revista de Direito Publico*, n. 57–58, 1981. p. 245.

<sup>49</sup> A Corte condenou o Estado a verificar a possibilidade de aumentar as vagas nas universidades para determinados cursos como consequência do direito fundamental à livre escolha da profissão; cf. BVerfGE nº 40, S. 133 (decisão de 1975).

<sup>50</sup> Assim, a Corte determinou o aumento do valor da “ajuda social” (*Sozialhilfe*), valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes; BVerfGE nº 1, S. 161s. (decisão de 1951).

<sup>51</sup> Outras decisões nesse sentido: BVerfGE nº 27, S. 63; nº 52, p. 346; nº 82, S. 85. Igualmente decidiu o Supremo Tribunal Administrativo (BVerwGE nº 1, S. 161; nº 5, S. 31); é também posição pacífica na doutrina. Para Robert Alexy, “existe, pelo menos, um Direito Social Fundamental tácito”; cf. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 421ss.

<sup>52</sup> MURSWIEK, Dietrich, op. cit. Rnr. 98s.

<sup>53</sup> TORRES, Ricardo Lôbo (org.). A cidadania multidimensional na era dos direitos. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 262. Todavia, não conseguimos vislumbrar nenhuma “larga tradição desse conceito no direito brasileiro”, de que fala o autor.

<sup>54</sup> Assim a maior e mais citada obra sobre a Lei Fundamental, os “Comentários” de Theodor Maunz, Günter Dürig, Roman Herzog e Rupert Scholz. (*Grundgesetz-Kommentar*, München : Verlag C.H.Beck, 1998).

<sup>55</sup> Para ele, a retórica do mínimo existencial não minimiza os direitos sociais, mas os fortalece na sua dimensão essencial como expressão de uma “cidadania reivindicatória”; cf. op. cit. (nota 52), p. 263s.

<sup>56</sup> TORRES, Ricardo Lôbo, op. cit. nota 52, p. 282s.

<sup>57</sup> Op. cit. (nota 52), p. 283ss. Não procede a acusação do “ideologismo” contra os defensores de uma interpretação progressiva dos direitos sociais expressamente consagrados no texto constitucional.

<sup>58</sup> BARROSO, Luís R. op. cit. nota 16, p. 155s.

<sup>59</sup> SARLET, Ingo W. op. cit. nota 12, p. 298, 317ss.

<sup>60</sup> MURSWIEK, Dietrich. op. cit. Rnr. 37ss.

<sup>61</sup> A teoria da “constituição dirigente” teve ampla aceitação no Brasil e influenciou fortemente o constitucionalismo brasileiro e a última Assembléia Nacional Constituinte; cf. BARROSO, Luís R., Dez anos da Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo W. (org.). *O Direito Público em Tempos de Crise* (Estudos em homenagem a Ruy R. Ruschel), Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999. p. 196.

<sup>62</sup> CANOTILHO, José J. Gomes. Rever ou romper com a Constituição Dirigente? : Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 15. 1998. p. 8ss.

<sup>63</sup> Cf. a obra recente do autor *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra : Livraria Almedina, 1998. p. 201ss.

<sup>64</sup> Cf. “Rever ou romper com a constituição dirigente?” (nota 61), p. 15ss.: “Certas formas de eficácia reflexiva ou direção indireta – subsidiariedade, neocorporativismo, delegação – podem apontar para o desenvolvimento de instrumentos cooperativos que, reforçando a eficácia, recuperem as dimensões justas do princípio da responsabilidade apoiando e encorajando a dinâmica da sociedade civil. (...) A lei dirigente cede o lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos quatro contratos globais (o contrato para as necessidades globais, o contrato cultural, o contrato democrático e o contrato do planeta Terra)”.

<sup>65</sup> TORRES, Ricardo Lôbo. op. cit. nota 52, p. 291. No mesmo sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Desafios institucionais brasileiros, In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Desafios do Século XXI*. São Paulo : Ed. Pioneira, p. 194ss.

<sup>66</sup> BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. nº 142, 1999, p. 40.

<sup>67</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcibiades de. fala de um “desafio hermenêutico”, cf. Os dez anos da Constituição Federal: o Poder Judiciário e a construção da democracia no Brasil. In: *Anais do Seminário: Democracia e Justiça – O Poder Judiciário na Construção do Estado de Direito*. P. Alegre : TJERS 1998. p. 93.

<sup>68</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo : Ed. Ícone, 1995. p. 146, 221.

<sup>69</sup> FARIA, José Eduardo. (org.). O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo : Malheiros, 1998. p. 12, 24.

<sup>70</sup> FARIA, José Eduardo. (org.). As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo : Malheiros, 1998. p. 60s.

<sup>71</sup> Essa experiência fizemos como professor da matéria “Direitos Fundamentais” nos Cursos de Especialização em Direito da UFAL e da UFPE, de 1996 a 1999 (somando mais do que 400 alunos).

<sup>72</sup> FARIA, José Eduardo. op. cit. nota 69, p. 62.

<sup>73</sup> STRECK, Lênio. O controle externo, súmulas vinculantes e reforma do Judiciário como condição de Democracia. In: *Anais do seminário: democracia e justiça – O Poder Judiciário na construção do Estado de Direito*. P. Alegre : TJERS, 1998. p.174.

<sup>74</sup> APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*. P. Alegre : Sérgio Fabris, 1998. p. 145s., 169.

<sup>75</sup> APOSTOLOVA, Bistra S. op. cit. nota 72, p. 182s.; a autora se vale das lições de José Eduardo Faria e do autor português Boaventura de Souza Santos.

<sup>76</sup> Cf. ALVARENGA, Lúcia B. Freitas de. op. cit. nota 4, p. 87.

<sup>77</sup> FARIA, José Eduardo. op. cit. nota 68, p. 19.

<sup>78</sup> FARIA, José Eduardo. (org.) O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira”, In: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo : Malheiros, 1998. p. 111.

<sup>79</sup> FARIA, José Eduardo. op. cit. nota 69, p. 56, 65.

<sup>80</sup> Cf. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. op. cit. p. 139, 143s., 157.

<sup>81</sup> Veja a distinção de BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden : Nomos Verlag, 1993. S. 47ss.

<sup>82</sup> Exemplos são a “Lei de Plenos Poderes” (*Erächtigungsgesetz*), de 23.3.1933, e as medidas legais discriminatórias contra cidadãos judeus.

<sup>83</sup> Um bom resumo da problemática apresenta AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. P. Alegre : Sérgio Fabris, 1989. P. 63ss.

<sup>84</sup> Cf. ADOMEIT, Klaus. *Rechts- und Staatsphilosophie – Band II; Rechtsdenker der Neuzeit*, Heidelberg : C.F. Müller Verlag, 1995. S. 150ff.

<sup>85</sup> Sobre a “recepção” do AI 5 pelo sistema jurídico nacional: AZEVEDO, Plauto F. de. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica* (nota 81). p. 40ss.

<sup>86</sup> Plauto F. de AZEVEDO afirma que Kelsen, na América Latina, foi “freqüentemente mal lido”, com ênfase exagerada nos aspectos formais-metodológicos puristas de sua teoria, que levaram à possibilidade da aceitação científica de regimes ditatoriais como “ordens jurídicas legítimas”; cf. ob. cit. (nota 81), p. 52. O próprio Kelsen, que foi obrigado a exilar-se nos EUA, depois da II Guerra foi acusado de ter ajudado – indiretamente – na construção do regime autoritário na Alemanha, por sempre ter pregado a separação rígida entre a *lei positivada* e os aspectos materiais-valorativos de *justiça*.

<sup>87</sup> SILVA, José Afonso da. op. cit. nota 7, p. 92, 128.

<sup>88</sup> Cf. SARLET, Ingo W. op. cit. nota 12, p. 274, 286, 325.

- <sup>89</sup> MIRANDA, Jorge. op. cit. nota 14, p. 105s., 348ss.
- <sup>90</sup> FARIA, José Eduardo. op. cit. nota 68. p. 19s.
- <sup>91</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O Apelo ao Legislador – *Appellentscheidung* – na Praxis da Corte Constitucional Federal Alemã. In: *Revista de Direito Administrativo*. n. 188, 1992, p. 36ss.
- <sup>92</sup> Uma exceção recente está em InfSTF 106, ADInMC 1.753-53, Rel. Sepúlveda Pertence, de 16.4.98.
- <sup>93</sup> Veja a respeito: MELO, Maria da Graça Gurgel de A. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o mandado de injunção*: leituras marginais de um Discurso. Recife, UFPE: Dissertação de Mestrado, maio 1999.
- <sup>94</sup> Cf. SANTOS, Ana de Fátima Queiroz de Siqueira. *Ação Civil Pública: função, deformação, e caminhos para uma jurisdição de resultados*. Recife: Dissertação de Mestrado, UFPE, 1999.
- <sup>95</sup> ISENSEE, Josef. Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen. In: J. Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Band V – Allgemeine Grundrechtslehren (§ 115), Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1992. Rnr. 172f.
- <sup>96</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* (nota 10), p. 41s. Segundo ele, “na Europa continental nos últimos dois séculos, o ideal de uma rígida separação dos poderes, ao invés de recíprocos controles e contrapesos, teve como consequência um Judiciário perigosamente débil e confinado aos conflitos *privados*, o que levou à existência de Poderes Legislativo e Executivo praticamente não controlados, até a criação de sistemas de justiça administrativa”. (p. 53)
- <sup>97</sup> CAPPELLETTI, Mauro. op. cit. nota 94, p. 67, 74ss.
- <sup>98</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *apud* Apostolova, Bistra S., *Poder Judiciário...* (nota 72), p. 39.
- <sup>99</sup> STRECK, Lênio. O controle externo, súmulas vinculantes e reforma do Judiciário como condição de democracia (nota 71). p. 178-186; PEREZ, Marcos Augusto. O papel do Poder Judiciário na efetividade dos Direitos Fundamentais. In: *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 11, 1995, p. 241ss.
- <sup>100</sup> CLÈVE, Clemerson M. op. cit. nota 16, p. 237s.
- <sup>101</sup> Cf. BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente... (nota 65), p. 36s.
- <sup>102</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José E. (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 47s.
- <sup>103</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: Mello, Celso Antônio Bandeira de (org.). *Direito Administrativo e Constitucional – Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, São Paulo: Malheiros, 1997. p. 351s.
- <sup>104</sup> COMPARATO, Fábio K. op. cit. nota 103, p. 355s.
- <sup>105</sup> LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: Faria, José E. (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 125ss., 133s.
- <sup>106</sup> BARROSO, Luís R. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas* (nota 16), p. 150s.
- <sup>107</sup> PEREZ, Marcos A. O Papel do Poder Judiciário na Efetividade dos Direitos Fundamentais. (nota 97), p. 242s., 245.
- <sup>108</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *apud* PEREZ, Marcos A. op. cit. (nota 97), p. 245.
- <sup>109</sup> SANTOS, Ana de F. Q. de Siqueira. *Ação civil pública: deformação...* (nota 94), p. 122.
- <sup>110</sup> MORAIS, José L. Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*, P. Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 184s.
- <sup>111</sup> Sobre a dificuldade da ponderação entre esses interesses: SANTOS, Ana de F. Q. de Siqueira. *Ação civil pública: deformações...* (nota 94), p. 170ss.
- <sup>112</sup> Cf. KRELL, Andreas, Concretização do dano ambiental – algumas objeções à teoria do risco integral. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 139, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, 1998. p. 32ss.
- <sup>113</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992. p. 78.
- <sup>114</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. P. Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p. 15.
- <sup>115</sup> BARROSO, Luís R. op. cit. nota 16, p. 47.
- <sup>116</sup> SARAIVA, Paulo Lopo. op. cit. nota 28, p. 63ss.
- <sup>117</sup> BARROSO, Luís R. op. cit. nota 16, p. 63.
- <sup>118</sup> LÖWENSTEIN, Karl. *Verfassungslehre*. Tübingen, 3. Aufl., 1975. S. 345.
- <sup>119</sup> NEVES, Marcelo, *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994. p. 37ss., 49ss, 92.
- <sup>120</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 3. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1997. p. 25s.
- <sup>121</sup> Cf. *Staatszielbestimmungen – Gesetzgebungs-aufträge*, Bericht der Sachverständigenkommission, Bonn: Deutscher Bundestag, 1983. S. 35ff.
- <sup>122</sup> JAGUARIBE, Hélio *et alii*. A aplicabilidade da nova Constituição. In: *Revista de Ciência Política*. [s.l.]: (FGV), n. 4, 1989. p. 3ss.
- <sup>123</sup> *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* (nota 7), p. 149.
- <sup>124</sup> BOTHE, Michael (Hrsg.). *Umweltschutz und Verfassungsrecht in Brasilien*. In: *Umweltrecht in Deutschland und Brasilien*. Frankfurt/Main: Verlag Peter Lang, 1990. S. 101.
- <sup>125</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. op. cit. nota 114, S. 36.

# Subsídios e medidas compensatórias na OMC e sua repercussão no Direito brasileiro

Amélia Regina Mussi Gabriel

## Sumário

Introdução. Parte I – O comércio internacional e sua influência no Direito. Parte II – Histórico das leis de subsídios e medidas compensatórias nos EUA e UE. 1. Histórico dos EUA. 2. Histórico na UE. Parte III – A lei brasileira de subsídios e medidas compensatórias: breve histórico. 1. O comércio exterior do Brasil durante a monarquia, de 1822 até a República. 2. O comércio exterior do Brasil durante a República até 1945. 3. Período denominado de “Substitutivo das Importações”, de 1945 a 1980. 4. O processo de julgamento de medidas compensatórias no Brasil. Parte IV – Subsídios e a OMC. 1. A Rodada do Uruguai e o Brasil. 2. Tipos de subsídios. 3. Procedimentos contra os subsídios. 4. Determinação dos subsídios. 5. Procedimentos para a aplicação das medidas compensatórias. 6. Tratamento especial para países em desenvolvimento. Parte V – Considerações sobre a Rodada do Milênio: a questão do subsídio agrícola. Considerações finais.

## Introdução

Uma legislação de subsídios é um dos recursos de que dispõe a indústria doméstica de um país para se proteger das chamadas práticas desleais ao exercício do comércio, sendo hoje matéria obrigatória na legislação comercial de quase todos os países da comunidade internacional, tendo sido implementada nos países desenvolvidos.

Há dois tipos de práticas comerciais desleais. A primeira é a utilização de preços com *dumping*, ou seja, a colocação de mercadoria em outro país a preço inferior

Amélia Regina Mussi Gabriel é mestranda em direito empresarial pela UNESP (campus de Franca), advogada e professora.

ao praticado no mercado doméstico do país exportador. A segunda modalidade é aplicação de subsídios à produção ou à exportação, tornando irreal o preço final da mercadoria destinada ao mercado externo.

No entanto, a imposição de uma medida compensatória não é imediata, ela só é permitida se comprovado o dano ou ameaça de dano à indústria local, em razão direta de sua ocorrência, e seguindo-se as disposições legais pertinentes.

Os direitos compensatórios são utilizados para neutralizar o efeito do dano ou ameaça de dano em decorrência da prática de subsídios no mercado. Os referidos direitos são aplicados às importações, sendo adicionados ao imposto de importação já existente. Isso resulta em um preço mais elevado de aquisição da mercadoria estrangeira pelo importador.

O pedido de imposição de uma medida compensatória é feito mediante ação administrativa. São as denominadas medidas compensatórias. Essas ações possuem trâmite próprio, com prazos específicos para as determinações, audiência entre as partes, e, finalmente, uma decisão sobre a imposição ou não de uma medida.

O presente trabalho referente ao Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC terá como objetivo especial enfocar sua evolução dentro do Brasil, como forma de compreender e esclarecer o seu funcionamento e algumas de suas falhas, alertando quanto ao perigo de sua utilização equivocada pelos oligopólios existentes no país. Para isso, utilizamo-nos do método histórico-evolutivo e comparativo, sem olvidar, por óbvio, a análise da regulamentação desenvolvida pelo GATT.

Um fator determinante para o estudo comparativo deveu-se ao fato de que as ações de medidas compensatórias, tanto nos EUA quanto na UE, são instrumentos representativos de suas políticas industriais e agrícolas. Na realidade, ambos condicionaram suas políticas de incremento de importações à existência de leis que res-

guardassem as indústrias locais de uma competição intensa e desleal em relação a mercadorias estrangeiras – um evidente paradoxo em termos de nações-bandeiras da livre concorrência e livre iniciativa.

No Brasil, a lei sobre direitos compensatórios é recente e ainda pouco divulgada. Neste trabalho, pretendemos, de forma inicial, esclarecer e orientar a aplicabilidade da referida legislação, para um melhor entendimento da mesma, suas conseqüências no mercado brasileiro, inclusive.

### *Parte I – O comércio internacional e sua influência no Direito*

Os fluxos de maior importância nas relações econômicas internacionais são as exportações de bens e serviços, das quais os países se valem para poder, posteriormente, financiar suas importações; por sua vez, estas constituem e representam uma quantidade variada de mercadorias originada pelas necessidades da indústria e pela população do país. A isso se deve agregar as ordens de relações econômicas externas; a transferência de capitais financeiros e o conseqüente trânsito de ingressos chamados comumente de serviços.

Todo o processo comercial internacional conduz a ganâncias para a grande maioria dos países intervenientes quando se efetua livremente. Isso acontece não somente como resultado dos benefícios que surgem de uma melhor distribuição dos recursos e da produção em grande escala, mas também enseja uma maior concorrência e especialização em todos os níveis, inclusive na negociação e na prestação de serviços legais.

Samuelson<sup>1</sup>, em obra clássica, afirma:

*“Realmente, sólo existe un argumento en favor del comercio libre o más libre, pero es una razón de enorme fuerza, a saber: el hecho de que el comercio no restringido crea una división internacional del trabajo mutuamente provechosa, y estimula grandemente la producción nacional real y potencial de todos los países, y*

*hace posible un nivel de vida más elevado en todo el mundo...”*

Mas apesar de o livre comércio gerar ganâncias para as empresas e os indivíduos, nem todos os setores da economia se beneficiam; então, se o custo social é alto ou se o poder da indústria é muito influente, haverá interferências e pressões sobre o aparato estatal para que se recomponha a situação.

Essas interferências são conhecidas como barreiras alfandegárias ou pára-alfandegárias e são um conjunto de medidas diretas que os países estabelecem para proteger as suas indústrias, seus trabalhadores e os consumidores. Mas existem outras limitações invisíveis como o desconhecimento e a inexperiência nas negociações comerciais ou nas novas formas operativas do comércio mundial, tais como as ditas normas fitossanitárias.

*“Gracias al comercio internacional, que es fruto de la división del trabajo entre las naciones, unos países exportan aquello que producen a menor costo a cambio de lo que otros a su vez están en condiciones de proveer a valores más bajos. El principio enunciado, fundamental en teoría económica, constituye uno de los factores principales en la promoción del bienestar, medido a través de aumentos en el ingreso nacional, de las naciones participantes en el intercambio global. Los países que han seguido una estrategia comercial abierta hacia el exterior muestran resultados económicos favorables en relación con aquellos que han buscado la autosuficiencia a base de políticas restrictivas y proteccionistas. La recompensa de los primeros, expresada en el aumento del ingreso, las exportaciones, el empleo y el ahorro, es función tanto de la mejor asignación de los recursos económicos que deriva de la competencia cuanto de las oportunidades que brinda el libre flujo de bienes, servicios, capitales y tecnología”<sup>22</sup>.*

Além disso, cada mercado tem um regime jurídico, podendo agrupar-se em dois

grandes sistemas: o *common law* e o *civil law*. E esses mesmos sistemas jurídicos, por sua vez, têm dado origem a outros derivados ou misturas destes. Assim, os bens e serviços circulam entre sistemas jurídicos diferentes e complexos, de difícil entendimento para os operadores que saem de um sistema conhecido para outro de conceitos e categorias diferentes.

A própria qualificação internacional que aparece na expressão “contrato de compra e venda internacional” merece uma atenção mais detida, já que a compra e venda não se rege por um direito internacional propriamente dito.

Nas lições de Celso Ribeiro Bastos,

“a palavra ‘internacional’ quando conjugada com a palavra ‘direito’ pode ter na verdade duas significações. Quando ela surge na expressão ‘direito internacional público’, significa um conjunto de normas não emanadas exclusivamente de um só Estado, mas que formam um corpo de preceitos que regem a convivência internacional. Contudo, essa lei regula o relacionamento entre os Estados quando no exercício de seus poderes soberanos. Daí por que, mesmo na hipótese de uma compra e venda entre estados, ela não é regida pelo direito internacional público”<sup>23</sup>.

No entanto, o enfoque do presente trabalho, qual seja, referente à questão dos subsídios e medidas compensatórias na OMC e seus reflexos no Direito brasileiro, está praticamente apoiado numa regulamentação internacional – a Organização Mundial do Comércio (OMC), por meio da ratificação do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias pelo Brasil em 1995.

Nesse contexto, tem-se que a exportação e o agente comercial atuam desde um meio ambiente nacional até um meio ambiente social e econômico estrangeiro, mediante a estrutura do sistema internacional econômico e comercial. As três estações suscitam ações e vinculações de ordem jurídica. Mas, ademais, existem outras restri-

ções legais que, em homenagem aos costumes e usos do comércio internacional, estabelecem condições ao movimento internacional de mercadorias.

As empresas enfrentam não sozinhas regimes jurídicos diferentes como também disposições de certos organismos internacionais no que se chama de meio ambiente externo. São resoluções e disposições emanadas de uma vasta gama de instituições internacionais que cuidam das relações comerciais, afetando com frequência a ação das unidades produtivas. As principais entidades são o FMI, Banco Mundial e o GATT<sup>4</sup> – Acordo Geral de Tarifas e Comércio.

O GATT, concebido na Conferência de Bretton Woods, é o único tratado multilateral que estabelece regras para o comércio internacional, ao mesmo tempo em que é o principal organismo internacional para as negociações de comércio internacional e de resolução de disputas e controvérsias na área. Tem como princípios: a cláusula da nação mais favorecida, a reciprocidade, a não-discriminação, a igualdade formal de todos os Estados e, finalmente, as tarifas ou taxas alfandegárias como únicos reguladores dos intercâmbios comerciais entre seus países-membros.

Desde 1948, a atividade comercial entre as nações encontra sustentação no marco regulador do GATT, cujas normas afetam uns 80% deste intercâmbio global. Com efeito, o GATT orienta a ação de mais de 135 países, entre os signatários (135) e aqueles que de alguma forma se regem pelos postulados dessa organização. Os princípios cardiais do GATT, quais sejam os de tratamento comercial não-discriminatório e transparência nos esquemas de proteção, estão conjugados, sem dúvida, à expansão do intercâmbio mundial, cujo valor beirava, em 1989, os 6 bilhões de dólares e de onde o total das exportações e importações da América Latina nesse mesmo período foi da ordem de 200 milhões<sup>5</sup>.

Em seus primórdios, o GATT pretendia ser uma organização relativamente infor-

mal, comparada com o FMI e o Banco Mundial, mas foi institucionalizando-se cada vez mais e seu conhecimento há de ser uma tarefa de qualquer entidade ou empresa que permaneça no mercado mundial, já que está regulando e administrando assuntos de reclamação por concorrência desleal, venda a preços de *dumping* e qualificando os casos em que se estão subsidiando as exportações e que afetem as indústrias nacionais dos países importadores. Seus órgãos de consulta assim como os procedimentos de reclamação e resolução, quando são desconhecidos pelos países-membros e pelos que não estão subscritos no Acordo, podem ser prejudiciais para o aparato produtivo nacional ou prejudicar o exportador que se sente desprotegido ante a concorrência internacional.

São medidas dispostas para ordenar o comércio internacional, mas estabelecem restrições à ação comercial de uma nação. No âmbito mundial, essas pautas são aceitas porque emanam dos tratados internacionais, livremente assumidos. Como bem afirma Metzger,

*“El derecho consuetudinario y el que nace de los tratados, particularmente este último, há sido y continuará siendo con mucho, la fuente más importante de restricciones legales internacionales”*<sup>6</sup>.

A empresa que sai no mercado se encontra com essas limitações, seja porque são fruto do Direito consuetudinário, como os usos do comércio internacional, ou porque são consequência da vigência dos tratados subscritos por seu país de origem, ou pelo país de onde está atuando ou pretende atuar.

Surgidas de acordos específicos, relativas a negócios determinados e concertados mediante negociações bilaterais ou multilaterais, tais restrições legais afetam, e graças a um bom ordenamento do comércio mundial, as relações mercantis, o fundo de inversões, as práticas e convênios empresariais entre as diversas nações do mundo. Nenhuma teoria dos contratos internacionais, nenhum guia prático do comércio ex-

terior pode desconhecer a importância decisiva dessas limitações.

A verdade é que o comércio internacional pressupõe uma relação de troca de bens ou serviços entre nações soberanas. Todos os países necessitam, em algum momento, transacionar mercadorias entre si. A entrada de mercadorias estrangeiras em território nacional tem como consequência o aumento da competitividade entre os produtos nacionais e estrangeiros, o que vem a incentivar um maior aperfeiçoamento da qualidade dos bens e serviços comercializados.

A montagem dos parques industriais nos países desenvolvidos se deu por meio de uma política protecionista em que barreiras tarifárias elevadas impediam a entrada de produtos estrangeiros, como um estímulo à indústria nascente. Após a fase de implantação industrial, inicia-se um período de aperfeiçoamento da qualidade das mercadorias. Nesse momento, é imprescindível que as barreiras às importações sejam reduzidas, sendo facilitada a entrada de mercadorias, principalmente bens de capital, no território nacional.

O Brasil vive hoje esse momento de abertura comercial. De tradição protecionista, o país tenta aos poucos liberalizar seu mercado mediante a redução das tarifas alfandegárias. O comércio, no entanto, possui regras e para que estas sejam respeitadas existem instrumentos próprios. As ações *anti-dumping* e de medidas compensatórias são um exemplo desses instrumentos, fazendo parte imprescindível do processo de abertura das importações. Por meio delas, a iniciativa privada tem uma forma legítima de defesa contra as práticas desleais existentes no comércio internacional.

## *Parte II – Histórico das leis de subsídios e medidas compensatórias nos EUA e UE<sup>7</sup>*

### *1. Histórico dos EUA*

As alterações feitas nos dispositivos de política comercial nos EUA são provenientes

das chamadas Leis de Tarifas e Comércio e das Leis de Acordos de Comércio. As primeiras remontam ao século XIX e, por meio delas, o governo dos EUA executa suas políticas comercial e industrial, elevando ou reduzindo as tarifas de importação para determinados setores da indústria.

Já as chamadas Leis de Acordos de Comércio foram criadas a partir de 1934, dando ao presidente a autoridade para negociar reduções de tarifas realizadas em acordos de concessão tarifária em âmbito internacional. Portanto, as Leis de Acordos de Comércio introduzem na legislação interna os ditos acordos de concessão tarifária. Ainda no âmbito de sua competência, a Lei de Acordos de Comércio pode estabelecer programas domésticos para impedir os efeitos negativos desses acordos na economia do país. Esses programas incluem alterações aos dispositivos que regulam os instrumentos de proteção contra práticas desleais, ou seja, a Lei de Acordos de Comércio prevê a redução de tarifas ao mesmo tempo em que protege a indústria local de práticas desleais posteriores a essa mesma redução.

A legislação americana sobre comércio, por meio de Leis de Tarifas e Comércio e de Acordos de Comércio (aprovadas pelo Legislativo), em algumas ocasiões, refere-se ao instrumento *anti-dumping* e de medidas compensatórias que são os temas do presente estudo: a Lei de Tarifas de 1789, a Lei de Tarifas de 1897, a emenda feita à Lei de Tarifas de 1897 que data de 1909, a Lei de Tarifas de 1930, a Lei de Tarifas e Comércio de 1974, a Lei de Acordos de Comércio de 1979, a Lei de Tarifas e Comércio de 1984 e a Legislação de Comércio de 1988.

Por essa última Lei, tornou-se mais fácil à indústria doméstica requerer proteção. Por meio dela, foi permitida a acumulação, que serve ao propósito de determinar se houve dano ou ameaça de dano à indústria local. Verifica-se o dano mediante o efeito conjunto das importações da merca-

doria. Essa Lei estipulou ainda que, caso um benefício a uma indústria seja concedido de forma uniformizada, ou seja, a todos os setores da indústria no país acusado, ele seria objeto de taxas compensatórias; por exemplo, quando o governo estabelece uma tarifa de energia elétrica diferenciada e inferior para todas as indústrias no país, com o objetivo de redução de custos para as mesmas.

Essa interpretação vai de encontro ao que o GATT estabelece como subsídio sujeito a uma medida compensatória. Segundo o Acordo Geral, a imposição de direitos compensatórios deve restringir-se aos casos em que os subsídios são concedidos, especificamente, a uma indústria ou setor da indústria.

Finalmente, tem-se, com a Rodada do Uruguai, a ratificação do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC, cujo conteúdo será logo mais analisado.

## 2. Histórico na UE

As primeiras regulamentações europeias surgiram depois da Primeira Guerra Mundial, momento em que alguns países iniciavam um processo de reconstrução de suas indústrias. A Alemanha foi o primeiro país da Europa a adotar medidas de proteção à sua indústria local. Esse país dispunha de um mecanismo que autorizava um aumento no nível da tarifa de importação quando algum setor da indústria fosse ameaçado por “anormal” ou injustificável” competição estrangeira.

Na década de 30, estima-se que aproximadamente vinte e cinco nações europeias já possuíam leis comerciais específicas para regulamentar as práticas comerciais desleais.

Até 1957, quando da assinatura do Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Econômica Européia, as nações do continente europeu possuíam políticas comerciais distintas. Com a criação da CEE, um dos objetivos mais importantes era o estabelecimento de uma “política comercial

comum”, por meio da uniformização das tarifas e outras medidas liberalizantes de comércio (art. 113 do Tratado).

Em 1970, acaba a fase de transição, e a responsabilidade pela gerência da “política comercial comum” foi completamente transferida pelos países integrantes à Comunidade. A partir de 1970, os países-membros estavam impedidos de concluir acordos internacionais ou executar políticas comerciais cujos objetivos fossem distintos das posições adotadas pela Comunidade em relação a terceiros países.

A imposição de medidas compensatórias pelos estados-membros individualmente passou a ser considerada inconsistente com a proposta de união alfandegária, existindo ainda o risco de importações indiretas, isto é, a entrada de mercadorias no território europeu por meio das nações que não possuíam legislações de medidas compensatórias e sua livre circulação em outros estados-membros. Outra hipótese a ser evitada era a diferença entre as taxas nos países-membros, que poderia resultar em discrepâncias substanciais<sup>8</sup>.

Em 1º de julho de 1968, entra em vigor a primeira lei de medidas compensatórias da CEE, mediante o Regulamento nº 459/68, com a sua modificação total realizada pelo Regulamento nº 3.017/79. O novo Regulamento introduziu na legislação comercial da CEE os novos dispositivos contidos nos Códigos do GATT, recém-aprovado pela Rodada de Tóquio. Desse modo, novas regras para a determinação do dano à indústria foram introduzidas na legislação.

Em julho de 1984, o então Regulamento foi substituído pelo de nº 2.176/84. O novo texto introduziu a *Sunset-Clause*, definindo o prazo de 5 anos para a duração da aplicação de uma medida compensatória.

Por ser mais recente, a legislação da atual UE sofreu menos alterações do que a legislação americana. Além disso, a União Européia teve a oportunidade de utilizar muitos dos conceitos desenvolvidos ao lon-

go da evolução das leis americanas já existentes e objeto de freqüentes alterações, conforme já observado.

Por fim, com o advento e ratificação do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC, ao final da Rodada do Uruguai, a legislação européia teve de a esta se adaptar, conforme tentaremos demonstrar.

### *Parte III – A lei brasileira de subsídios e medidas compensatórias: breve histórico*

Pode-se dividir o comércio exterior no Brasil em três fases anteriores à atual, de abertura do mercado interno às importações: a primeira durante a Monarquia, a segunda durante a República até 1945 e a terceira correspondente ao período de substituição de importações.

#### *1. O comércio exterior do Brasil durante a Monarquia, de 1822 até a República*

Apesar de proclamada a independência do Brasil em 1822, todo o seu comércio exterior estava subordinado a Portugal, que mantinha o monopólio desse comércio até então, e foram necessárias dezenas de anos até uma completa desvinculação. De um modo geral, o comércio exterior no Brasil se fundamentava na exportação do café. Por volta de 1830, o Brasil se tornou o primeiro produtor mundial de café, conquistando em 1832 o primeiro lugar na pauta de suas exportações<sup>9</sup>.

Também o Brasil sofreu, tal como os Estados Unidos, a imposição de produtos manufaturados estrangeiros em seu mercado interno, com subsidiados. As ex-metrópoles, por meio dos grandes monopólios, utilizavam-se desse artifício para impedir que se estabelecessem indústrias nas ex-colônias. Nosso país, no entanto, distintamente dos EUA, não possuía independência política e econômica suficiente para estabelecer regras que impedissem as nações mais desenvolvidas de praticarem deslealdades no comércio.

#### *2. O comércio exterior do Brasil durante a República até 1945*

Durante a primeira metade do século XX, a economia brasileira constituiu-se em uma longa e incerta marcha a caminho de uma alternativa ao modelo clássico de crescimento com base nas exportações. Suas exportações, no entanto, eram de caráter extrativista, de limitada capacidade de expansão. Desde meados do século passado até 1930, ano da grande depressão norte-americana, o Brasil sofreu um processo de expansão do mercado interno, que ficava na dependência do sucesso de nossas exportações de produtos primários.

A partir de 1930, o país deu início ao seu processo de industrialização, com importação de equipamentos geralmente provenientes de indústrias americanas atingidas pela crise.

#### *3. Período denominado de “Substitutivo das Importações”, de 1945 a 1980*

Nesta fase foram instituídas as normas que regularam o comércio internacional durante aproximadamente 35 anos no país.

O termo substituição de importações presta-se a várias interpretações e utilizações. Pela interpretação mais difundida na América Latina, caracteriza-se como um processo de desenvolvimento interno que tem lugar e se orienta sob o impulso de restrições externas e se manifesta, primordialmente, mediante uma ampliação e diversificação da capacidade produtiva industrial.<sup>10</sup>

O período de 1956 a 1961 caracterizou-se por dois fatores mais destacados: o aumento da participação governamental direta e indiretamente nos investimentos e a entrada de capital estrangeiro privado e oficial no país. Nesse período, teve lugar a instalação de algumas indústrias dinâmicas, como a automobilística, de construção naval, de material elétrico pesado e outras indústrias mecânicas e de bens de capital.

Essa considerável expansão e diversificação industrial foi estimulada por meio de incentivos e subsídios de várias naturezas. Entre eles, merece particular destaque os introduzidos pela Lei nº 3.244, de 1957. Essa lei regulava a atuação da antiga CPA (Comissão de Política Aduaneira) e denominava-se Lei de Tarifas Alfandegárias. Era uma legislação básica para os interessados em importação. Mediante essa lei, seria a CPA o organismo competente para instituir e alterar alíquotas, base de cálculo, bem como isentar ou suspender o imposto de importação de determinadas mercadorias sob certas condições.

As condições para uma alteração tarifária estavam contidas no art. 3º da Lei:

“Poderá ser alterada, dentro dos limites máximo e mínimo do respectivo capítulo, a alíquota *ad valorem* relativa a produto:

a) cujo nível tarifário venha a se revelar insuficiente ou excessivo ao adequado cumprimento dos objetivos da tarifa;

b) cuja produção interna seja de interesse fundamental estimular;

c) que seja obtido registro de similar;

d) de país que dificultar exportação brasileira para seu mercado, ouvido previamente o Ministério das Relações Exteriores;

e) de país que desvalorizar a sua moeda e conceder subsídios à exportação, de forma a frustrar os objetivos da tarifa”.

Pode-se perceber, pelas letras d) e e) do art. 3º acima citado, a forma primitiva de defesa às exportações brasileiras e dos produtos de fabricação nacional. Nessa mesma fase, os principais parceiros comerciais do Brasil já detinham ou elaboravam seus projetos de leis de proteção contra os subsídios sob a forma de ações administrativas requeridas pelos setores interessados da sociedade civil.

Essa lei introduziu outros mecanismos mais eficientes para proteção da indústria

doméstica, que eram a pauta de valor mínimo e o preço de referência. A pauta de valor mínimo constituía-se, em uma relação de produtos estrangeiros, uma prefixação de base de cálculo para fins de incidência de imposto de importação. O artigo referido, alterado pelo art. 4º do Decreto Lei nº 730, de 1969, estabelecia que:

“Competirá à Comissão Executiva estabelecer pauta de valor mínimo para efeito de incidência de imposto de importação, obedecidas as normas, procedimentos e critérios de prioridades fixados pelo Conselho de Política Aduaneira”.

Após o Decreto Lei nº 730, para a fixação de uma pauta de valor mínimo, mediante Resolução da CPA, este era obrigado a expor os critérios que nortearam as prioridades para a sua imposição. Em contrapartida, o mesmo Decreto possibilitava uma maior utilização do mecanismo de proteção. Além dos critérios já existentes na legislação anterior de *dumping*, subsídios e apuração do valor normal da mercadoria importada, havia previsão para utilização de “outros fatores que a CPA considerasse relevantes”, que poderiam justificar a imposição da pauta de valor mínimo.

Ao utilizar a pauta de valor mínimo, a CPA alterava a base de cálculo do imposto de importação, e uma lista de produtos, sem todavia alterar seu fato gerador.<sup>11</sup>

Quanto ao preço de referência, foi criado pelo Decreto Lei nº 1.111 de 1970, *in verbis*:

“Art. 1º: Quando ocorrer acentuada disparidade de preços de importação de mercadorias oriundas de várias procedências, de tal maneira que prejudique ou venha prejudicar a produção interna similar, a juízo do Conselho de Política Aduaneira, fica este autorizado a aplicar medida corretiva que equilibre os preços de importação do produto afetado.”

“Art. 2º: Nos casos previstos no art. 1º poderá ser estabelecido preço

de referência, para efeito de cálculo e cobrança de Imposto de Importação, a ser determinado com base no preço pelo qual a mercadoria ou similar é normalmente oferecida à venda no mercado atacadista do país exportador, somadas as despesas para sua colocação no porto de embarque para o Brasil, ao seguro e frete (CIF), deduzidos, quando for o caso, os impostos exigíveis para o consumo interno e recuperáveis pela exportação.”

O preço de referência é estabelecido para efeito de cálculo e cobrança do imposto de importação, constituindo a própria base de cálculo do tributo. Ainda o Decreto, em seu art. 5º, dispõe que, se o preço de referência alcançado for superior ao preço de importação CIF, haverá a combinação de uma alíquota específica distinta e superior à antiga alíquota *ad valorem* estabelecida.

Pode-se concluir que, ao contrário das ações de subsídios, os mecanismos de pauta de valor mínimo e preço de referência atingem indiscriminadamente as importações da mercadoria cuja indústria se quer proteger no Brasil; ou seja, independente da comprovação da existência da prática desleal e do dano à indústria local. Dessa forma, um mesmo instrumento servia a distintas funções de proteção:

- a) da indústria nacional quanto a práticas desleais;
- b) da indústria nascente local;
- c) dos monopólios nacionais e internacionais estabelecidos no país.

Outra distinção entre os mecanismos de preços antes existentes e as ações de subsídios consagrados pela nova legislação é a possibilidade criada para a imposição de uma medida compensatória por meio de ação requerida pela iniciativa privada, o que antes inexistia. Dessa forma, o Estado passa a ser mediador das relações comerciais, ao invés de seu papel anterior de parte ativa nelas.

#### 4. O processo de julgamento de medidas compensatórias no Brasil

Vive-se hoje uma fase distinta das anteriores, que se caracterizaram pelo protecionismo: um processo de abertura das nossas importações. O Brasil incorporou os Códigos do GATT de Subsídios e Medidas Compensatórias mediante os Decretos nºs 93.941 e 93.962, de 1987. Foi também inaugurada uma nova fase no que diz respeito às formas de proteção da indústria doméstica. Essas são hoje de iniciativa privada, substituindo as antigas barreiras não-tarifárias, objeto de críticas de nossos parceiros comerciais.

No período compreendido entre o final da Rodada Kennedy, em 1968, e da Rodada de Tóquio, em 1979, ocorreram mudanças significativas na ordem econômica mundial no que diz respeito às grandes potências. A hegemonia econômica, no mundo capitalista, até então norte-americana, passa a ser disputada pela CEE e Japão, potências econômicas emergentes naquela época. Os gastos com a corrida armamentista característicos do período da Guerra Fria de alguma forma retardaram o crescimento econômico norte-americano, contrapondo-se ao avanço europeu e japonês. Em consequência, durante a Rodada de Tóquio, três potências econômicas, EUA, CEE e Japão, lideraram e dirigiram as negociações<sup>12</sup>.

Outra característica a ser destacada é relativa à posição das nações em desenvolvimento. Pela primeira vez em um fórum multilateral no âmbito do GATT, os problemas específicos desses países assumiram maior importância, refletindo o relativo desenvolvimento econômico atingido e o conseqüente aumento do peso político desses países.

Ainda pode-se enumerar, com relação à aprovação do Código de Subsídios e Medidas Compensatórias, dois aspectos positivos para as nações em desenvolvimento: a inclusão pelos EUA do teste de dano em sua legislação pátria, apesar do “custo”

imposto como contrapartida, e a elaboração de dispositivos de ressalva para as nações menos desenvolvidas. Eis o art. 13 do Código de Subsídios aprovado à época:

“Art. 13: Deve-se reconhecer, através de atenção especial pelas nações desenvolvidas, a situação das nações em desenvolvimento ao serem aplicados os dispositivos desse código. Devem ser tentadas outras possibilidades, outros ‘remédios’ antes da aplicação de qualquer medida constante desse código.”

Já o art. 14 estabelecia que:

1. os signatários reconhecem que os subsídios são parte integral dos programas de desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento;

2. as nações signatárias em desenvolvimento não podem estar proibidas de adotarem medidas de políticas de assistência às suas indústrias incluídas as do setor exportador<sup>13</sup>.

Após oito anos de negociações no âmbito do GATT, o Brasil internalizou os mecanismos de defesa comercial resultantes da Rodada Uruguai, entre os quais o Acordo sobre subsídios e medidas compensatórias, entrando este em vigor em 1º de janeiro de 1995 e regulamentado pela Lei nº 1.751, de 22 de dezembro de 1995.

#### *Parte IV – Subsídios e a OMC*

##### *1. A Rodada do Uruguai e o Brasil*

A questão dos subsídios, afirma Durval de Noronha Goyos Júnior<sup>14</sup>,

“é, sem sombra de dúvidas, uma das de maior relevância a afetar o comércio internacional, por distorcer as trocas, penalizar os consumidores, aniquilar a economia dos países menos desenvolvidos, onerar as finanças públicas, além de semear a imoralidade e sua filha bastarda, a corrupção, em escala global. O assunto ocupa o topo das agendas comerci-

ais já há cerca de cem anos e, com o advento da Rodada Uruguai do GATT, em 1986, foi naturalmente uma das questões prioritárias para os países em desenvolvimento em geral e para todos aqueles que vislumbram no comércio livre a principal fonte de prosperidade para as nações”.

O tema já fora tratado pelo GATT 1947, que traçou duas distinções na definição de subsídios: a primeira entre apoio doméstico e subsídios à exportação; e a segunda entre subsídios a produtos primários e subsídios a produtos não-primários. Ambas as distinções limitam enormemente o escopo do combate aos subsídios. A primeira porque, em uma economia global, mesmo o apoio doméstico equivale a um subsídio à exportação por propiciar uma escala de produção maior e uma maior competitividade internacional média de preços. A segunda porque formada com o objetivo de excluir da limitação os subsídios agrícolas, justamente a área de maior interesse aos países em desenvolvimento. Na ocasião, o poderoso *lobby* agrícola dos Estados Unidos da América foi o responsável pela exclusão dos subsídios agrícolas do escopo do GATT 1947.

A condenação dos subsídios como incompatíveis com o livre comércio foi determinada pelo art. VI do tratado original do GATT, que previa a imposição de medidas compensatórias e normas de consulta e notificação.

O tema volta à negociação na Rodada Tóquio (1979), elaborando-se o Código de Subsídios, que alargou o conceito de subsídio, incluindo a indústria doméstica, e adotou um sistema de consultas e resolução de controvérsias.

Na Rodada do Uruguai do GATT, o assunto voltou à tona com toda força, patrocinado pelos países em desenvolvimento. O Grupo dos Dez, liderado pelo Brasil e Índia e composto ainda por Argentina, Cuba, Egito, Nicarágua, Nigéria, Peru, Iugoslávia e Tanzânia, chegou a denunciar

que a inclusão das áreas novas no GATT, tais como setor de serviços e propriedade intelectual, desviaria a atenção do tratamento das questões tradicionais, como a dos subsídios no setor agrícola. Nessa ocasião, os EUA estavam buscando reduzir os níveis de subsídios praticados internacionalmente, bem como os de apoio doméstico, uma vez que sua economia não possuía as mesmas condições comparativas de vencer uma guerra internacional de subsídios.

“Por outro lado, a União Européia (UE) e o Japão resistiram a uma maior limitação na área, sendo a UE a grande responsável pelos modestos resultados atingidos, bem como pela delonga na conclusão da Rodada Uruguai”<sup>15</sup>.

Ao fim das negociações, um novo acordo é, então, negociado. A primeira importante inovação nesse sentido é que todos os Estados-membros da OMC adotam obrigatoriamente as disposições do Acordo. O Acordo define, pela primeira vez, termos como subsídios (que exclui os pertinentes a produtos agrícolas, tratados de forma bem modesta no Acordo sobre Agricultura) e dano grave. As normas também se aplicam a todos os subsídios, inclusive quando concedidos por subdivisões administrativas do Estado. E mais: o Acordo define requisitos procedimentais para a aplicação de medidas compensatórias, fortalece o sistema de notificação e adota o mecanismo de solução de controvérsias da OMC.

O Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, aprovado no âmbito da Rodada do Uruguai, estabelece importantes inovações, devendo-se notar, nesse sentido, a inovação institucional, materializada pela criação de órgãos dedicados à questão dos subsídios.

De fato, o Acordo cria um Comitê de Subsídios e Medidas Compensatórias, à disposição dos membros para consultas em matérias relativas a esses assuntos – art. 24. O Comitê elegerá um Grupo de Expertos,

composto de cinco especialistas na matéria, que terá função consultiva, manifestando-se sobre a natureza de subsídios introduzidos ou mantidos pelos Estados-membros da OMC.

Ainda em matéria institucional, o Acordo estabelece um importante sistema de notificações à Secretaria da OMC. Dessa forma, qualquer subsídio deverá ser notificado pelos Estados-membros de forma tão específica que possibilite a avaliação de seus efeitos para o comércio internacional. Ainda, qualquer Estado-membro poderá solicitar informações sobre a natureza e extensão de um determinado subsídio concedido por outro – art. 25. A mesma exigência de notificação está prevista quanto à aplicação de medidas compensatórias. Assim, os Estados-membros devem informar todas as medidas adotadas pelas autoridades nacionais competentes para investigar a existência de subsídios e aplicar medidas compensatórias.

## 2. Tipos de subsídios

Embora difícil uma definição econômica da existência de subsídios, o Acordo estabelece duas situações nas quais ocorrerá subsidiarização. A primeira consiste na concessão de contribuição financeira pelo governo ou por qualquer órgão público; a segunda, quando ocorrer qualquer forma de apoio específico, financeiro ou de preços (art. 1º).

Conforme o Acordo, dá-se um critério fundamental para a caracterização de subsídio: o da especificidade. Assim, um subsídio somente legitimará medidas compensatórias se for específico, isto é, se limitar-se a certas empresas, indústrias ou regiões. Se for acessível a empresas em geral, por meio de critérios objetivos, dentro de um determinado Estado, será considerado não-específico (art. 2º).

Ensina-nos o Professor Welber Barral<sup>16</sup> que a questão da especificidade tornou-se, na teoria e prática do direito anti-subsídios, uma questão crucial para a determinação

da ilegalidade do auxílio estatal. Na prática do Departamento de Comércio dos Estados Unidos, definiram-se três regras para a determinação dessa especificidade, que vêm sendo adotadas após o caso *Cabot Corp. v. United States*:

I. uma limitação jurídica ao acesso aos subsídios já caracteriza a especificidade;

II. se o subsídio é acessível, mas poucas empresas o utilizam, o Departamento de Comércio julgará como uma especificidade *de facto*;

III. se um governo estrangeiro exerce seu poder discricionário na concessão de subsídios de tal forma que um programa aberto *de jure* é concedido *de facto* especificamente, o Departamento julgará pela especificidade.

No entender de Trebilcock e Howse<sup>17</sup>, essa interpretação foi adotada na elaboração das normas na Rodada do Uruguai.

A partir de então, o Acordo estabelece três categorias de subsídios, de acordo com a forma de distorção do comércio resultante. Para cada categoria há diferentes regras e soluções.

#### *a) Categoria proibida*

Os subsídios baseados no desempenho da exportação e no uso de produtos do mercado doméstico em detrimento de mercadorias importadas são considerados como distorcivos ao comércio pela sua própria natureza. Os subsídios dessa categoria devem ser eliminados. Caso não o sejam, a parte reclamante poderá tomar medidas de contra-ataque. Porém, não se deve olvidar que o simples fato dessas medidas serem tomadas contra um subsídio da categoria proibida não autoriza a utilização de contramedidas exageradas.

#### *b) Categoria recorrível*

Nessa categoria, os subsídios são examinados em função de seus efeitos. Assim, esse tipo de subsídio não é, necessariamente, prejudicial, mas pode sê-lo em algumas circunstâncias. Nenhum país-membro deve utilizar essa categoria de subsídios para comprometer os interesses de um ou-

tro membro, isto é, prejudicar a indústria doméstica desse país ou causar-lhe um sério prejuízo. Caso tal fato ocorra, o país prejudicado pode tomar certas medidas, chamadas oficialmente de subsídios recorríveis. Considera-se com grave dano o subsídio concedido para cobrir repetidas perdas da indústria ou qualquer forma de perda de dívida em que o montante do subsídio outorgado, calculado *ad valorem*, é superior a 5% do valor do produto (art. 6.1 do Acordo). Dessa forma, o prejuízo grave ocorrerá quando o efeito do subsídio for impedir importações de produtos similares para o Estado que subsidia ou um crescimento desmensurado de sua parcela do mercado mundial daquele produto.

#### *c) Categoria irrecorrível*

É a categoria dos subsídios permitidos, isto é, aqueles que não restringem o comércio ou distorcem seus efeitos. Por essa razão, essa categoria não pode ser objeto de qualquer tipo de recurso ou de ação. A categoria irrecorrível compreende os subsídios não-específicos, mas também os subsídios específicos, desde que estes sejam concedidos para auxiliar alguns custos de atividades de pesquisa ou para ajudar certas regiões ou, ainda, para auxiliar na adaptação de novos requerimentos ambientais (nesta última hipótese, o montante máximo é de 20%). Se o subsídio dessa categoria estiver causando efeitos adversos ao mercado, a solução é utilizar as consultas. Se dentro de sessenta dias nenhuma solução foi alcançada, o assunto será enviado ao Comitê de Subsídios.

### *3. Procedimentos contra os subsídios*

O procedimento adotado no caso de subsídios proibidos será, uma vez esgotada a negociação em trinta dias, submeter o problema a um painel, que poderá ser assistido pelo Grupo Permanente de Expertos (art. 4º). Da decisão do painel caberá recurso ao Corpo de Apelação da OMC, como estipulado no sistema de solução de controvérsias. Se se julgar que o subsídio em

questão entra na categoria de proibido, este deverá ser imediatamente retirado. Não se obedecendo a essa determinação, a OMC poderá autorizar retaliações.

O procedimento sobre controvérsias, a propósito de subsídios não-acionáveis, é similar às normas para subsídios proibidos, exigindo-se, outrossim, a análise prévia dos efeitos adversos. Poderá culminar, se o Estado-membro não retirar os subsídios, numa autorização ao Estado reclamante para adotar medidas compensatórias, consentâneas com os efeitos adversos que tenham sido apurados.

Quanto aos subsídios irrecorríveis, embora permitam abranger diversos tipos de programas, deverão ser notificados ao Comitê, expondo-se detalhadamente seus fundamentos e dados. Por outro lado, o próprio Acordo estabelece regras para a caracterização do subsídio como não-acionável, para a arbitragem obrigatória em caso de dúvida quanto à caracterização do subsídio e para a modificação do próprio programa, se outro Estado provar ao Comitê que está sofrendo efeitos adversos graves, decorrentes daquele subsídio (art. 9º).

#### *4. Determinação dos subsídios*

A fundamental importância de se determinar a existência e o montante de subsídio deve-se ao fato de que, por meio destes, poder-se-á determinar o valor das medidas compensatórias que poderão ser aplicadas.

Além disso, o Acordo reconhece a competência das autoridades nacionais para a investigação de subsídios em seu mercado (art. 14). Exige, entretanto, que essa competência tenha fundamento na respectiva legislação nacional e que, além disso, apresente um método claro e específico de quantificação.

Deve-se ainda atentar para o fato de que a ilegalidade do subsídio estará sempre condicionada à apuração de um dano. Ele existirá, segundo o Acordo, quando se determinar um dano material à indústria do-

méstica, uma ameaça de dano à indústria doméstica ou um atraso para o estabelecimento dessa indústria. A comprovação desses fatos deve estar calcada em provas substanciais, examinando-se o volume e efeitos das importações subsidiadas no mercado afetado (art. 15.1), além, é claro, do exame dos fatores econômicos relevantes no caso em concreto.

O objetivo de provar o dano é o de garantir que os direitos compensatórios somente serão impostos nos casos em que houver umnexo causal entre o subsídio e o prejuízo à indústria doméstica, numa tentativa de evitar o uso de normas protecionistas por indústrias domésticas não-competitivas.

#### *5. Procedimentos para a aplicação das medidas compensatórias*

Já identificado o subsídio e o seu montante, os Estados-membros da OMC poderão aplicar direitos compensatórios, que visam eliminar os efeitos do subsídio danoso. Os direitos compensatórios são definidos pelo próprio Acordo como tributo especial, aplicado em contrapartida a subsídios concedidos à manufatura, produção ou exportação de uma mercadoria.

O Acordo estabelece uma série de regras procedimentais, que deverão ser obedecidas como condição à aplicação desses direitos compensatórios. Ou seja, trata-se de processo administrativo, regido pela norma interna de cada Estado importador, que julgará a aplicabilidade ou não de direitos compensatórios, uma vez identificada a existência de subsídio danoso. No entanto, esse processo administrativo obedecerá às regras a que se obrigaram os Estados na Rodada do Uruguai.

O início das investigações deve ser efetivado por reclamação escrita, apresentada pela indústria doméstica. De acordo com o art. 11.4, a reclamação deve ser apoiada pelas indústrias nacionais que representem mais de 50% da produção de uma determinada mercadoria. Basicamente, essa re-

clamação deverá demonstrar o subsídio, o dano e a relação causal entre eles e que tal prova esteja fundamentada, devendo as autoridades competentes terminarem as investigações caso isso não ocorra ou se o montante de subsídio for inferior a 1% *ad valorem*.

As informações não-confidenciais deverão ser publicadas, ouvindo-se as partes interessadas, estipulando-se obrigatória a existência da revisão judicial. Note-se que o Acordo não elimina a possibilidade de recorrer à revisão judicial doméstica ou de requerer um painel arbitral binacional – art. 1.904 do *North American Free Trade Agreement* (NAFTA).

Quanto às questões sobre medidas provisionais, compromissos e retroatividades dos direitos compensatórios, tem-se que as primeiras poderão ser adotadas para prevenir o dano causado pelos subsídios durante o processo de investigação. Deverão tomar a forma de direitos compensatórios, a serem depositados como garantia em dinheiro, e não poderão exceder quatro meses – art. 17.

No caso de compromisso (*undertaking*), poderá encerrar-se o processo sem a imposição de direitos compensatórios. A hipótese ocorrerá quando o Estado exportador concordar em eliminar o subsídio, ou a empresa exportadora revisar seus preços de forma a eliminar os efeitos danosos do subsídio – art. 18. Mesmo assim, pode-se continuar com o processo, uma vez que essa continuidade seja de interesse da parte. Assim, o compromisso cessará se não se apurar a existência de subsídio nem de efeitos danosos.

Quanto às questões de prazo, é previsto pelo Acordo 30 dias para que as partes manifestem interesse e um ano para que se finalizem as investigações – art. 11.11. Os direitos compensatórios poderão ser recolhidos durante o tempo necessário para contrapor o subsídio, mas, em princípio, o prazo máximo de duração é de cinco anos.

Já no tocante à retroatividade dos direitos compensatórios, estes somente poderão ser recolhidos sobre produtos importados após a decisão administrativa que os aprovou. Há, entretanto, a exceção diante das importações subsidiadas que tenham invadido o mercado num curto período de tempo. Nesse caso, a aplicação retroativa dos direitos compensatórios poderá ser feita até 90 dias anteriores à data da aplicação das medidas – art. 20.

## 6. Tratamento especial para países em desenvolvimento

Um subsídio pode ter um papel importante no desenvolvimento econômico de um país, e, em especial, dos países em desenvolvimento.

Estão autorizados a conceder subsídios proibidos os países de menor desenvolvimento relativo e os países em vias de desenvolvimento com renda *per capita* anual inferior a US\$1,000. Os demais países em desenvolvimento terão um período de oito anos para proceder às adaptações necessárias.

Deverão ser eliminados os subsídios que incentivam o uso de produtos nacionais em detrimento de mercadorias importadas. Os países em desenvolvimento terão um prazo de cinco anos de carência, a contar da entrada em vigor do Acordo da OMC; já para os países de menor desenvolvimento relativo, o prazo será de oito anos. Entretanto, esses países não poderão aumentar suas exportações com subsídios. Se for alcançada competitividade na exportação de um determinado produto, o país deverá, então, cessar suas exportações subsidiadas dentro de dois anos. Se esse país estiver na categoria de países de menor desenvolvimento relativo ou com renda *per capita* anual inferior à quantia estabelecida, o prazo será maior: oito anos.

O Acordo reconhece também que os países antes caracterizados como de economia centralmente planejada e que hoje estão passando para uma economia de

mercado podem precisar fazer uso de subsídios proibidos. Esses países terão um prazo de carência de sete anos.

### *Parte V – Considerações sobre a Rodada do Milênio: a questão do subsídio agrícola*

A chamada Rodada do Milênio, patrocinada pela Organização Mundial do Comércio, dará início a uma nova fase de negociações do comércio internacional. Há a expectativa de serem debatidas questões relativas a tarifas de importação, à liberalização de serviços, à propriedade intelectual, a regras sobre *anti-dumping*, subsídios governamentais, normas sanitárias e fitossanitárias, etc.

Muitas dessas questões foram acordadas anteriormente, na Rodada Uruguai, que terminou em 1994, e continuam sobre a mesa de negociações porque não foi possível esgotá-las para a satisfação de todos os envolvidos. Houve um compromisso, naquele momento, de retomar as conversações após cinco anos, como estamos agora prestes a fazer.

Uma das áreas que se acordou renegociar foi a da agricultura. Para o Brasil, interessa o complemento e o aprofundamento dos compromissos dos países desenvolvidos com a liberalização do comércio e a redução dos subsídios à agricultura. O peso dos produtos agrícolas na pauta de nossas exportações, o impulso que a agricultura tem dado ao crescimento econômico do Brasil e as possibilidades de expansão de nossas vendas externas desses produtos justificam plenamente essa prioridade.

Contaremos, para perseguir nossos objetivos em agricultura, com aliados mais sólidos do que no passado. O Grupo Cairns<sup>18</sup>, formado por países exportadores de produtos agrícolas, segue pelo menos tão forte quanto na última rodada e provavelmente mais coeso e preparado. A novidade, dessa feita, são os EUA, que têm declarado firme compromisso com a abertura de maior espaço para os produtos agrícolas no comércio internacional, inclusive median-

te a eliminação de subsídios à exportação. No entanto, a UE permanece firme na manutenção de seu orçamento de subsídios e de algumas tarifas mais altas, pouco disposta a conversações, embora bem mais que há dez anos atrás. Aliam-se a esta, ainda, os países pobres da África e Ásia, que continuam dependendo da importação de produtos agrícolas europeus subsidiados e, portanto, mais baratos.

Marcos Sawaya Jank<sup>19</sup>, especialista em agroindústria da USP, é um dos organizadores de um Comitê Permanente para a Rodada do Milênio, ligado ao Ministério da Agricultura e composto por profissionais técnicos, acadêmicos, pesquisadores e representantes do Itamaraty, Câmara do Comércio Exterior (CAMEX), etc. Afirma o Professor Jank que se faz necessário esse projeto de um Comitê durante toda a negociação da OMC, havendo ligação permanente deste com a embaixada brasileira em Genebra e também com o parlamento, já que muitas das medidas a serem tomadas dependerão da aprovação do Congresso brasileiro.

Acredita-se que antigos temas serão discutidos, como a questão de acesso ao mercado, subsídios domésticos e de exportação. Aliás, trata-se o segundo de um assunto delicado, uma vez ser legítimo que países queiram subsidiar produtos específicos, como uma forma de apoio à política interna de cada país, dado seu aspecto nitidamente social, tal como programas de auxílio à produção agrícola familiar, de reformas agrícolas, etc. No entanto, essa forma de subsídio, dito doméstico, não pode relacionar-se com o comércio internacional, gerando excedentes de exportação. Daí a importância da definição entre os produtos permitidos e os não-permitidos a serem subsidiados.

A metodologia a ser utilizada na OMC será de organizar os setores representativos do país, ou seja, missões diplomáticas com respaldo do setor privado e do setor técnico. Aliás, é a organização e a pressão

da classe agrícola que sempre fortaleceu o regime europeu de cunho protecionista. Conforme dados fornecidos por pesquisas realizadas na USP, e apresentadas pelo Professor Jank, dos 370 milhões de europeus, só 2% deles, o equivalente aos 7 milhões de agricultores europeus, fazem pressão junto ao governo; enquanto no Brasil há 17 milhões de agricultores com problemas muito mais sérios de desemprego e falta de tecnologia que não se organizam da mesma forma. Isso evidencia que o país necessita de maior preparo para negociar com EUA ou UE.

Quanto aos temas novos, tem-se como exemplo a questão da multifuncionalidade na agricultura, ou seja, a variação de aspectos inseridos na agricultura, como a biodiversidade, e que, com isso, vem a criar novas barreiras técnicas no comércio. O argumento contra está no fato de ser essa característica inerente a qualquer setor econômico no mercado, embora se trate de cuidados legítimos, mas que não podem, de forma alguma, criar barreiras técnicas, subsídios condenáveis no mercado.

Outro fator inovador diz respeito às novas formas de relacionamento entre agentes ao longo da cadeia produtiva, como verificação de marcas, regras de origem, “rastreadibilidade” dos produtos. Este último diz respeito àquelas compras realizadas em um país não muito conhecido, mas que forneça todas as informações técnicas necessárias para a certificação da garantia do produto. Tal procedimento nasceu com o problema da “vacina louca” na Europa e chega aos dias de hoje com a contaminação de alimentos pela dioxina na Bélgica, entre tantos outros exemplos.

E outros: a questão dos organismos geneticamente modificados (transgênicos), havendo a contraposição entre EUA e UE, sendo que esta última condena explicitamente tal prática, impondo barreiras restritivas à entrada desses produtos; as questões ambientais, uma vez defenderem os países ricos a necessidade de se impor res-

trições comerciais nos países que façam mau uso do meio ambiente, tal como o uso de trabalho infantil na produção agrícola. É o caso da Inglaterra, que impediu a importação do café brasileiro, alegando utilização de mão-de-obra infantil.

Outro ponto fundamental nessa discussão trata-se da atual Política Agrícola Comunitária da UE e da Agenda 2000<sup>20</sup> e impacto destas dentro da estrutura comercial européia. A relevância dessa análise se faz premente devido ao reflexo que a política agrícola européia irá acarretar nas conversações da Rodada em Seattle e também pelos números expressivos existentes no comércio internacional entre a UE e o Brasil.

Senão vejamos: tem-se que quase metade da exportação brasileira é direcionada ao continente europeu, especificamente a UE; ou então é ela a nossa grande concorrente no mercado internacional em produtos como frango, açúcar. Isso denota que são os europeus nossos maiores parceiros comerciais, e daí a importância em se acompanhar de perto sua política agrícola atual.

Dados<sup>21</sup> recentes informam que 50% do orçamento da Comunidade para a Política Agrícola Comum consome 42 bilhões de dólares por ano em subsídios diretos e 70 bilhões em subsídios indiretos.

Sabe-se que essa política agrícola era viável após o fim da Guerra, pois faltava alimentos na Europa. No entanto, hoje há um grande excedente lançado no mercado internacional, e apenas menos de 2% dos comerciantes economicamente ativos se beneficiam desses subsídios. E mais: por que insistiriam nessa política tão onerosa, já que com a de integração dos 15 países-membros da UE com mais 10 do leste europeu, juntos formarão 17 milhões de agricultores, quase que o número dos existentes hoje no Brasil? A questão é que o leste europeu não possui a tecnologia, o preparo e o auxílio governamental existente na Comunidade, o que demandará reforços, criando-se dificuldades para a Agenda.

Já quanto às negociações entre Mercosul e UE de uma forma mais estreita, esta parece-nos uma realidade para depois da Rodada do Milênio, já que têm pesado mais no mercado internacional as chamadas negociações multilaterais. Há em favor do Brasil o fator histórico aproximante, uma vez ex-colônia portuguesa, e tantos outros povos europeus que vieram estabelecer-se no Brasil. O que o Brasil quer é acesso aos produtos como grãos, laticínio do Mercosul, carnes, açúcar, ou seja, *commodities* agrícolas industriais.

O fato é que existe uma concentração das vendas da agroindústria brasileira para a União Européia (UE) em cinco itens – complexo soja, café verde, suco de laranja, carne de aves (frango) e tabaco –, o que torna sintomática nossa fragilidade comercial e sugere maior criatividade dos empresários no *marketing* de sucos tropicais. O kiwi, da Nova Zelândia, passou a ser “uma fruta indispensável” para europeus, depois da bem-sucedida campanha publicitária.

Tem-se ainda a postura do protecionismo disfarçado dos norte-americanos. Sabe-se que a agricultura americana é altamente subsidiada, sendo que 1 milhão de dólares por ano são apenas destinados ao cultivo da soja, já que se trata hoje de uma conduta permitida, mas que será alvo de discussão na Rodada. As propriedades americanas que rendem mais de 50 milhões de dólares por ano, o equivalente a 90% da receita agrícola total, possuem renda líquida anual de 60% a mais que a família média americana, o que consubstancia um privilégio. Já as propriedades com renda menor de 50 milhões de dólares por ano, o equivalente a 70% do universo agrícola americano, perdem cerca de 2.700 dólares por ano em produção agrícola. Isso mostra que os subsídios agrícolas americanos são realizados sobre produtos dos grandes agricultores e não sobre a renda das famílias agrícolas mais pobres, o que seria sob a forma de subsídio direto, e essa realidade vem afetando todo o mercado internacional.

Diante desse quadro, a situação do Mercosul é de fortalecer-se dentro do grupo de Cairns, uma vez ser uma força importante nas negociações, simbolizando 25% das exportações agrícolas mundiais, o equivalente à posição de 4º maior exportador agroindustrial do mundo. Além disso, é necessário unir os setores acadêmicos, governo e iniciativa privada para que estejamos preparados e com propostas viáveis nas mesas de negociações neste final de ano. Aliás, como afirmou o embaixador Luiz Felipe Lampreia,

“a OMC é o local onde se definem as regras do jogo da globalização, e nós brasileiros devemos saber o que realmente nos interessa. Para tanto, precisamos ter capacidade de refletir seriamente, de investigar, de consultar e de definir politicamente quais os limites da nossa ambição, quais os nossos objetivos principais, qual o preço que estamos dispostos a pagar para atingi-los”<sup>22</sup>.

### *Considerações finais*

Embora seu inegável valor jurídico, de forma a estabelecer regras básicas de defesa comercial, o Acordo da OMC não apresenta objetivamente quais os subsídios sujeitos a medidas compensatórias. Critérios conceituais foram estabelecidos, cabendo aos governos, e daí a importância de uma legislação nacional eficaz, e ao comitê de Subsídios da OMC observarem se, diante do que foi determinado nas negociações, este ou aquele incentivo governamental é proibido, recorrível ou irrecorrível, ou seja, os últimos não-sujeitos a medidas compensatórias.

As investigações que visam à imposição de direitos compensatórios buscam remediar, e não punir, preços desleais de mercadoria importada. Quando uma ação anti-subsídio, de natureza administrativa, é bem sucedida, seu resultado não determina a negociação da redução do nível de subsídios, o que é uma falha, mas são im-

postas tarifas alfandegárias que neutralizem o valor do subsídio, ou seja, o montante do benefício econômico conferido ao exportador, estrangeiro, pelo subsídio.

Assim, sabendo-se que as tarifas serão recolhidas pelo governo do país importador, a imposição destas beneficiará os produtores domésticos em geral não só por causar a cessação ou redução de importações danosas, como também por elevar o preço de tais importações. Sendo a responsabilidade pelo pagamento das tarifas do importador, e não podendo este repassar o aumento de custo para os seus consumidores, este passará a importar de outro país ou simplesmente suspenderá suas importações.

Mesmo que as tarifas não resultem na cessação das exportações, elas certamente afetarão o preço de exportação do produto e a lucratividade do exportador. A imposição de medidas compensatórias poderão fazer com que o governo ou o exportador estrangeiro desistam da utilização de subsídios. No entanto, e mais uma vez insistimos, o subsídio não é atacado, liquidado de pronto, mas apenas compensado pela tarifa imposta no mercado reclamante ou prejudicado.

Apoiando o Professor Welber Barral, defendemos a idéia de que não deveriam os direitos compensatórios consistirem em única alternativa à concessão de subsídios danosos. Tal argumento baseia-se na prática comercial, que vem demonstrando que a aplicação de tais medidas tem agravado as tensões em matéria comercial entre os Estados. “Não raramente, a consequência acaba sendo um apelo político, ou demagógico, fator que dificulta mais ainda a composição das diferenças”<sup>23</sup>.

Assim, as medidas compensatórias, ao invés de corrigirem distorções acarretadas ao mercado pelos subsídios condenáveis, acabam por provocar outra distorção, de cunho nitidamente protecionista. Tal fato pode ser ilustrado por números no mercado internacional, uma vez que, entre 1979

e 1988<sup>24</sup>, os Estados Unidos iniciaram 371 ações anti-subsídios, contra 58 do resto dos países do mundo, sendo que estes utilizaram-se das normas da OMC para controlarem as medidas compensatórias norte-americanas.

Nas proximidades do acontecimento da Rodada do Milênio da OMC, em Seattle (EUA), as questões acima abordadas se revestirão de maior profundidade, uma vez estarem entre os temas propostos à discussão. Cabe ao Brasil fazer-se presente por meio de autoridades informadas e instituições eficazes e organizadas, com propostas concretas para que seus interesses sejam resguardados e os ditames da nossa Constituição Federal, quais sejam, os princípios da livre concorrência e livre iniciativa (art. 170), vislumbrem sua concretização afinal.

#### Notas

SAMUELSON, Paul A. *Curso de Economia Moderna*. p. 776.

<sup>2</sup> RODRIGUEZ – PASTOR, Carlos. Prólogo, em *Contratos de Comércio Internacional*. In: BATISTA, Luiz Olavo, RÍOS, Aníbal Sierralta. *Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional*. Academia Diplomática, Del Perv, s./d. p. 9.

<sup>3</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, KISS, Eduardo Amaral Gurgel. *Contratos internacionais* : compra e venda internacional, carta de crédito comercial, o “hedge” e o contrato de “hedge”. São Paulo : Saraiva, 1990. p. 9.

<sup>4</sup> Em inglês, *General Agreement on Tariffs and Trade*

<sup>5</sup> BATISTA, Luiz Olavo. Op. cit., p. 20.

<sup>6</sup> METZGER, Stanley D. *Derecho Internacional, Comercio y Finanzas*. In: BATISTA, Luiz Olavo. Op. cit. p. 20.

<sup>7</sup> A maioria das informações contidas nessa Parte II do presente trabalho foram retiradas da obra de Josefina Maria M. Guedes e Sílvia M. Pinheiro. *Anti-dumping: Subsídios e Medidas Compensatórias*. 2. ed. São Paulo : Aduaneiras, 1996.

<sup>8</sup> BESSELER, J. F., WILLIAMS, A. N. *Anti-Dumping and Anti-Subsidy Laws* : the EEC. London Sweet and Mcweel, 1986.

<sup>9</sup> LABATUT, Ênio Neves. *Teoria e prática de comércio exterior*. Ed. Aduaneiras, 1989.

<sup>10</sup> WENEK, Rogério. *Expansão de exportações e substituição de importações*. Dep. de Economia, PUC, 1983.

<sup>11</sup> A base de cálculo é o valor sobre o qual incide a alíquota do imposto. Fato gerador é a ocorrência da situação que dá ensejo à aplicação do imposto. A base

## Bibliografia

- de cálculo de um imposto de importação é o valor aduaneiro da mercadoria importada. O fato gerador é a entrada dessa mercadoria em território nacional. O imposto de importação é de competência da União, que o institui e recolhe – arts. 19, 20, 21, 22 do Código Tributário Nacional.
- <sup>12</sup> LIMA SOARES, Maria Regina. *The political economy of brazilian foreign policy: nuclear energy, trade and Itaipu*. Tese de doutorado. Nashville : University of Tennessee, 1986.
- <sup>13</sup> BALASSA, Bella. *The Tokio Round negotiation and the developing countries*. In: Guedes, Josefina Maria M. M-Pinheiro, Sílvia M. Op. cit. p. 72.
- <sup>14</sup> GOYOS JÚNIOR, Durval de Noronha. *A OMC e os tratados da Rodada Uruguai*, 1995. p. 85.
- <sup>15</sup> GOYOS JÚNIOR, Durval de Noronha. Op. cit. p. 86.
- <sup>16</sup> BARRAL, Welber. Subsídios e medidas compensatórias na OMC. In: Casella, Paulo B., Mercadante, Araminta de A. *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?* São Paulo : Ltr, 1998. p. 376.
- <sup>17</sup> TREBILCOCK e HOWSE. *The Regulation of International Trade*. p. 144.
- <sup>18</sup> Em agosto de 1986, ocorria em Cairns, Austrália, um encontro entre os representantes dos quatorze principais países exportadores agrícolas, formados pela Argentina, Áustria, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Ilhas Fiji, Hungria, Indonésia, Malásia, Filipinas, Nova Zelândia, Tailândia e Uruguai, com o objetivo de trabalharem em conjunto nas questões referentes ao comércio agrícola.
- <sup>19</sup> Entrevista concedida pelo Professor da USP, especialista em agroindústria, no Programa “Pensa” da TV Rural, 10 de outubro de 1999.
- <sup>20</sup> A Agenda 2000 refere-se à recente elaboração de um programa de reforma política agrícola, realizado em março deste ano, para o período de 2000 a 2007.
- <sup>21</sup> Dados fornecidos por pesquisas realizadas na USP e divulgadas pelo Professor Marcos Jank.
- <sup>22</sup> LAMPREIA, Luiz Felipe. *Concentração para a Rodada do Milênio*. In: *Gazeta Mercantil*, 1/jul./1999.
- <sup>23</sup> BARRAL, Welber. Op. cit. p. 381.
- <sup>24</sup> BARRAL, Welber. Op. cit. p. 372.
- BALASSA, Bella. *The Tokio Round negotiation and the developing countries*. [s.l. : s.n.], s./d.
- BARRAL, Welber. Subsídios e medidas compensatórias na OMC. In Casella, Paulo B., Mercadante, Araminta de A. *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?* São Paulo: Ltr, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro, KISS, Eduardo Amaral Gurgel. *Contratos internacionais: compra e venda internacional, carta de crédito comercial, o “hedge” e o contrato de “hedge”*. São Paulo : Saraiva, 1990.
- BATISTA, Luiz Olavo, RÍOS, Anibal Sierralta. *Aspectos jurídicos del comercio internacional*. [s.l.]: Academia Diplomatica, Del Perv, s./d.
- BESSELER, J. F., WILLIAMS, A. N. *Anti-dumping and anti-subsidy laws: the EEC*. London : Sweet and Mcweel, 1986.
- GOYOS JÚNIOR, Durval de Noronha. *A OMC e os tratados da Rodada Uruguai*. [s.l.: s.n.], 1995.
- GUEDES, Josefina Maria M. M., PINHEIRO, Sílvia M. *Anti-dumping, subsídios e medidas compensatórias*. 2. ed. São Paulo : Aduaneiras, 1996.
- LABATUT, Ênio Neves. *Teoria e prática de comércio exterior*. [s.l.] : Ed. Aduaneiras, 1989.
- LAMPREIA, Luiz Felipe. *Concentração para a rodada do milênio*. In: *Gazeta Mercantil*, 1/jul./1999.
- LIMA SOARES, Maria Regina. *The political economy of Brazilian foreign policy : nuclear energy, trade and Itaipu*. Tese de doutorado. Nashville : University of Tennessee, 1986.
- METZGER, Stanley D. *Derecho internacional, comercio y finanzas*. In: BATISTA, Luiz Olavo. Programa “Pensa”- TV Rural. 10 de outubro de 1999.
- RODRIGUEZ – PASTOR, Carlos. Prólogo. In: *Contratos de comércio internacional*. [s.l.: s.n.], s./d.
- SAMUELSON, Paul A . *Curso de economia moderna*. [s.l.: s.n.], s./d.
- TREBILCOCK e HOWSE. *The regulation of international trade*. [s.l.: s.n.], s./d.
- WENEK, Rogério. *Expansão de exportações e substituição de importações*. [s.l.]: Dep. de Economia, PUC, 1983.

# O protocolo de Las Leñas e a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais proferidos nos países do Mercosul

José Carlos de Magalhães

## Sumário

1. Considerações gerais. 2. O protocolo de Las Leñas e a integração. 3. Da igualdade de tratamento processual. 4. Da eficácia extraterritorial das sentenças judiciais e laudos arbitrais. 5. O art. 19 do Protocolo e a sentença e laudo arbitral despidos de extraterritorialidade. 6. Da extraterritorialidade atribuída pelo art. 20. 7. A homologação de sentença estrangeira e a Constituição.

### *1. Considerações gerais*

O processo de integração latino-americano iniciou-se com a ALALC, em 1960, em frustrada tentativa de aproximar os países da região, estimulando-os a unirem esforços para cooperarem entre si na área econômica, para superar a barreira do subdesenvolvimento. Não havia, até então, tradição de intercâmbio econômico, comercial, cultural e turístico entre tais países, mais voltados para a Europa e para os Estados Unidos do que para os integrantes da área. A zona de livre comércio e a união aduaneira foram modalidades de integração regional admitidas no Acordo Geral de Tarifas e Comércio – o GATT – para uma progressiva liberalização do comércio internacional. A união aduaneira foi adotada pelos países do Benelux – Bélgica, Países Baixos, Luxemburgo – aos quais se associaram França, Alemanha e Itália, formando o núcleo inicial do Mercado Comum Europeu, transformado em Comunidade Econômi-

José Carlos de Magalhães é Professor Associado da Faculdade de Direito da USP.

ca Européia e, agora, na União Européia, com o ingresso de praticamente todos os demais países europeus.

A América Latina optou, inicialmente, pela forma de zona de livre comércio, ao constituir a ALALC, com o propósito de realizar a integração entre os países da área, por meio de acordos de complementação, com a redução gradativa de tarifas alfandegárias. Sua criação foi fruto do mesmo movimento iniciado na Europa e estimulado pelo propósito de acompanhar a tendência de ampliação controlada do comércio internacional, como meio e modo de conseguir maior desenvolvimento regional, mediante mútua cooperação, com a eliminação de barreiras alfandegárias e de restrições quantitativas das importações, ideário que fundamentou o GATT.

A tentativa latino-americana, se não produziu o resultado esperado, teve o mérito de iniciar um esforço comum para alcançar aquele desiderato, plantando na consciência dos governos e, mais do que nos governos, nas comunidades nacionais, inclusive nos empresários, que era necessário continuar a buscar novos rumos para a almejada integração regional. Assim, o término da ALALC não significou o fim da idéia integracionista, tendo-se, em sua substituição, criado a ALADI – Associação Latino-Americana de Integração, com objetivos menos ambiciosos, porém, mais realistas.

Ainda em consequência de tais esforços, os quatro países fronteiriços do sul do continente, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, por certo incentivados pelo sucesso relativo do Pacto Andino, celebrado no âmbito da ALALC, ao constituírem o Mercado Comum do Sul – Mercosul, deram-lhe a feição de união aduaneira, que, além da liberalização do comércio entre os países integrantes do acordo, prevê a adoção de política tarifária externa comum, com vistas à criação de um futuro mercado comum, à semelhança do que se fez na Europa, com sucesso.

Todavia, a integração econômica, por si só, não é atingida se outros mecanismos paralelos de cooperação não forem acionados para aproximar os povos, formando, aos poucos, tradição de inter-relacionamento múltiplo, que compreende o intercâmbio cultural, comercial, turístico, tecnológico, educacional e jurídico, além de outros.

Embora os países latino-americanos já participassem de diversas convenções regionais, que lhes regulam as relações<sup>1</sup>– entre as quais sobressai, por sua abrangência e natureza política e defensiva, a que instituiu a Organização dos Estados Americanos, sem mencionar a que aprovou o Código Bustamante, com normas de direito internacional privado–, faltava-lhes a cooperação judiciária.

Com esse propósito, expressivo corpo de convenções internacionais começa a se formar na região, ampliando o espectro de temas processuais incluídos no esforço de cooperação judiciária, que complementa o de cooperação econômica e comercial e que tende a se estender para ampla liberação do comércio de bens e serviços e do trânsito de pessoas, entre os países da área, escopo de um verdadeiro mercado comum<sup>2</sup>.

Tais convenções propiciam a aproximação dos sistemas jurídicos do continente, ao mesmo tempo em que criam mecanismos de cooperação e de estreitamento de relações, necessários para a formação de uma comunidade latino americana integrada. Entre elas destacam-se:

a) o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, concluído em Buenos Aires, em 5 de agosto de 1994, em vigor no Brasil, conforme Decreto 2.095 de 17 de dezembro de 1996;

b) a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, de 30 de janeiro de 1975, em vigor no Brasil, em conformidade com o Decreto 1.899, de 9 de maio de 1996;

c) a Convenção Interamericana sobre Prova e Informação acerca do Direito Estrangeiro, concluída em Montevidéu, Uru-

guai, em 8 de maio de 1979 e promulgado, no Brasil, pelo Decreto 1.925, de 10 de junho de 1996;

d) o Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, concluído em Montevideu, em 8 de maio de 1979, promulgado no Brasil pelo Decreto 2.022, de 7 de outubro de 1996;

e) o Protocolo de Medidas Cautelares, adotado pelo Conselho do Mercado Comum (Mercosul), em Ouro Preto, em dezembro de 1994, em vigor no Brasil;

f) a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, firmada em Montevideu em 1979 e aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 93, de 20 de junho de 1995, e promulgada pelo Decreto 2.411, de 2 de dezembro de 1997;

g) o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa, conhecido como Protocolo de “Las Leñas”, promulgado no Brasil pelo Decreto 2.067, de 1996.

Além dessas, outras foram aprovadas pelas Conferências de Direito Internacional Privado I (Panamá, em 1975); II (Montevideu, em 1979); III (La Paz, em 1984); IV (Montevideu, em 1989) e V (Cidade do México, em 1994), algumas das quais se encontram em vigor no Brasil.

## 2. O protocolo de Las Leñas e a integração

O Protocolo de Las Leñas, incluído nesse rol e objeto deste estudo, constitui importante passo para o processo de integração, ao conferir às decisões judiciais provindas dos países do Mercosul o efeito de extraterritorialidade, podendo contribuir muito para o processo de integração regional. Como adiante se demonstrará, a sentença proveniente de um país produzirá efeitos diretos em outro, sem o procedimento de homologação de sentença estrangeira, a que estão submetidas todas as demais provenientes de países de fora da área.

Esse Protocolo tem, ainda, a virtude de assegurar a assistência mútua e ampla cooperação judiciária em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa entre os países do Mercosul e, assim, estreitar o relacionamento entre eles. Não esclarece, contudo, como essa assistência será prestada, limitando-se a prever a indicação de uma Autoridade Central, que estará encarregada de receber e dar andamento às petições sobre a matéria.

Tais petições, segundo se depreende do art. 5º do Protocolo, são as que requerem assistência da Autoridade Central para o envio de cartas rogatórias para citação, intimação ou notificação de cidadão ou residente em um dos países do Mercosul, em processo judicial em que a controvérsia verse sobre matéria de direito civil, comercial, trabalhista ou administrativa, ou, ainda, que tenha por objeto a obtenção ou recebimento de prova. Com isso, a propositura de uma ação no Brasil contra residente em outro país membro do Mercosul em que a competência internacional seja do juiz brasileiro, de acordo com as normas do art. 88 e 89 do Código de Processo Civil, permitirá a expedição de rogatória citatória, ou para a realização de prova requerida no processo que tramita no Brasil, mediante a intervenção da Autoridade Central, encarregada de dar andamento ao pedido.

A competência internacional do juiz brasileiro poderá, ainda, ser determinada pelas normas do Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual<sup>3</sup>.

## 3. Da igualdade de tratamento processual

O Protocolo dá, ainda, um passo adiante no processo de integração ao estabelecer a igualdade de tratamento processual entre os cidadãos e residentes permanentes em qualquer dos Estados que dele são partes, assegurando o livre acesso à justiça do Estado territorial, independentemente de prestação de caução ou depósito. É de se notar que o Protocolo não se refere à nacio-

nalidade e sim à residência permanente e à condição de cidadãos dos países signatários. Estão, portanto, excluídos os residentes temporários, admitidos nos países por tempo determinado, bem assim os que não gozam do direito de cidadania e não sejam residentes permanentes em um daqueles países.

O Brasil adota regra específica sobre o assunto, ao estabelecer, no art. 835 do CPC, que o autor de uma ação nacional ou estrangeiro não residente no país ou que dele se ausentar no curso da lide deve prestar caução às custas e aos honorários da sucumbência. Dessa exigência excluem-se os que possuam bem imóvel no país, que assegure o pagamento de tais encargos processuais.

Da mesma forma, a alínea “c” do inciso III do art. 9º da Lei de Falências autoriza o credor que não tiver domicílio no Brasil a requerer a falência de comerciante domiciliado no país “se prestar caução às custas e ao pagamento de indenização de que trata o art. 20”. É a *cautio judicatum solvi*, que é a caução destinada a garantir o pagamento de indenização imposta pela sentença que vier a considerar o pedido de falência promovido dolosamente, causando prejuízo ao requerido. O art. 20 da Lei de Falências prevê que quem, por dolo, requerer a falência de outrem será condenado, na sentença que denegar a falência, a indenizar ao devedor, liquidando-se, na execução da sentença de perdas e danos<sup>4</sup>.

Segundo o Protocolo de Las Leñas, a exigência de caução, fundada no domicílio fora do Brasil do autor, não se aplica aos residentes permanentes dos países do Mercosul, que poderão livremente ingressar com ações judiciais, inclusive requerer a falência de comerciante domiciliado ou com sede no Brasil, sem incorrer na necessidade de prestar aquela caução. É o que dispõe o art. 4º do Protocolo, assim redigido:

“Art. 4º Nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja sua deno-

minação, poderá ser imposto em razão da qualidade de cidadão ou residente permanente de outro Estado Parte”.

Assim, os residentes permanentes em qualquer dos países do Mercosul estão excluídos da obrigação de prestar caução estabelecida no art. 835 do CPC e no art. 9º, III, “c”, da Lei de Falências, salvo na hipótese em que também os residentes estão obrigados.

Todavia, se tais pessoas se ausentarem de seus países, onde possuem residência permanente, a caução passa a ser devida. Essa exigência continua em vigor, pois preserva a igualdade de tratamento, aplicando-se a cidadãos brasileiros residentes no Brasil tanto quanto a estrangeiros e não tem por base a nacionalidade do autor, mas o fato de não possuir residência permanente no país, ou dele se ausentar, sem deixar bens imóveis que assegurem o pagamento dos encargos da sucumbência, caso decaia do pedido.

A questão nova que o Protocolo suscita é a de que, ausentando-se do Brasil, sem nele possuir bens imóveis, deve o autor prestar caução ainda que possua imóveis em um dos demais países do Mercosul. A resposta deve ser negativa, não sendo necessária a prestação de caução diante do efeito extraterritorial de que se reveste a sentença provinda do Brasil para ser executada em outro país da área, como previsto no art. 20 do Protocolo.

De fato, se a sentença possui caráter extraterritorial e se o autor, vencido na ação que promoveu, não possui bens no Brasil, mas os tem em outro país membro do Mercosul, a garantia do juízo, objeto da norma do art. 835 do CPC, estará satisfeita.

Outro será o tratamento se se tratar de demandante não residente em um dos países do Mercosul que pretenda ingressar com ação no Brasil, com base em uma das hipóteses previstas nos arts. 88 e 89 do Código de Processo Civil brasileiro, contra cidadão residente em outro país membro do

Mercosul. Nesse caso não poderá o autor não-residente, qualquer que seja sua nacionalidade, ainda que brasileiro, valer-se das normas do Protocolo, aplicável que é apenas aos cidadãos e residentes permanentes daqueles países. Nessa hipótese, incide a regra geral que obriga à prestação de caução às custas e aos honorários da sucumbência.

A mesma norma aplica-se, também, às pessoas jurídicas nacionais de quaisquer dos Estados-Partes no Protocolo, que são as constituídas ou registradas conforme as leis daqueles países.

O parágrafo único do artigo 4º do Protocolo refere-se “às pessoas jurídicas constituídas, autorizadas ou registradas conforme as leis de qualquer dos Estados-Partes”. As pessoas jurídicas constituídas ou registradas segundo as leis dos Estados-Partes são consideradas nacionais desses países, conforme o critério que cada um tenha adotado. No Brasil, considera-se nacional a pessoa jurídica aqui constituída e que aqui tenha a sede de sua administração, ainda que o capital seja detido inteiramente por estrangeiro residente do exterior. Já as pessoas jurídicas “autorizadas” são as filiais, sucursais ou agências de pessoas jurídicas constituídas no exterior – e, portanto, estrangeiras – que obtiveram tal autorização para exercer atividades no país, por decreto do Presidente da República.

Essa interpretação coaduna-se com a sistemática brasileira – e dos demais países do Mercosul – em que a constituição de pessoas jurídicas não depende de autorização governamental. O exercício de determinadas atividades é que pode estar subordinado a essa autorização, como é o caso da atividade bancária, de seguro, ou outra sob regulamentação especial.

A esse respeito, é de se ressaltar a norma do parágrafo único do art. 88 do CPC, segundo a qual, para efeito de determinação de domicílio – e não de nacionalidade, coisa diversa –, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.

Parece evidente que essa determinação de domicílio está vinculada aos atos da filial, sucursal ou agência de pessoa jurídica estrangeira destituídas de personalidade jurídica própria, uma vez que integradas na pessoa jurídica da qual são emanções, não se aplicando a atos da matriz, desvinculados dos negócios da filial, sucursal ou agência.

Se a lei brasileira considera tais entidades domiciliadas no país, a elas aplicam-se também a norma do artigo 3º do Protocolo de Las Leñas – que confere igualdade de tratamento processual – para efeito de gozar das mesmas condições dos residentes permanentes em outro Estado-Parte no Mercosul. Essa interpretação coaduna-se com a estabelecida pelo Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, cujo artigo 9º, parágrafo segundo, dispõe que:

“2- Se a pessoa jurídica tiver sucursais, estabelecimentos, agências ou qualquer outra espécie de representação, será considerada domiciliada no lugar onde funcionem, sujeita à jurisdição das autoridades locais, no que concerne às operações que ali pratiquem. Esta qualificação não obsta o direito do autor interpor a ação junto ao tribunal da sede principal da administração”.

#### *4. Da eficácia extraterritorial das sentenças judiciais e laudos arbitrais*

Além da igualdade de tratamento processual, e a cooperação em atividades de simples trâmite e probatórias, como a realização de diligências para citações, intimações e notificações e o recebimento e obtenção de provas, o Protocolo de Las Leñas inova ao conferir eficácia extraterritorial a sentenças judiciais e laudos arbitrais proferidos nas jurisdições dos Estados-Partes, em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa, bem como em matéria de reparação de danos e restituição de bens pronunciados na esfera penal.

O efeito extraterritorial da sentença judicial provida de outro país constitui importante e decisivo passo para o processo de integração regional, tendendo a aproximar cada vez mais os povos e permitir mútuo conhecimento dos seus sistemas jurídicos, ao mesmo tempo em que conduz à harmonização progressiva das legislações e do tratamento jurisprudencial sobre aqueles temas.

É regra geral de direito internacional público que os atos de autoridades públicas de um Estado – como são as sentenças judiciais, que têm eficácia apenas no território do país em que foram proferidas – somente produzem efeito no território de outro se por este for admitido. Para ter eficácia em outro país, a sentença deve ser submetida a processo de homologação, por meio do qual o ato destituído de autoridade própria, por provir de autoridade judiciária estrangeira, sem jurisdição no Estado em que se pretenda produza efeito, torna-se oficial, pelo reconhecimento e concessão do *exequatur*, que, no Brasil, é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Ao dotar as sentenças judiciais e laudos arbitrais emanados dos países do Mercosul de eficácia extraterritorial, o Protocolo atribui-lhes efeitos plenos nos territórios dos Estados-Partes, independentemente de homologação pelo Judiciário do país onde deve ser executada. Isso porque, ao admitir a eficácia extraterritorial àqueles atos, ou seja, a produção de efeitos fora do território onde foram proferidos, o Protocolo de Las Leñas confere jurisdição internacional aos juízes dos Estados-Partes, como, a propósito, e com melhor técnica, foi acordado no Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, já referido.

De fato, esse Protocolo, ao estabelecer a jurisdição internacional em matéria de contratos, afirma que:

“Artigo 6 - Eleita ou não a jurisdição, considerar-se-á esta *prorrogada*

em favor do Estado-Parte onde seja proposta a ação, quando o demandado, depois de interposta esta, a admita voluntariamente, de forma positiva e não ficta”.

Ora, ao se referir à *prorrogação* da jurisdição, o Protocolo de Buenos Aires está equiparando o juiz de um Estado-Parte ao dos demais, como se estivessem em um único Estado, recebendo o poder jurisdicional de uma mesma fonte normativa, que, no caso, é o Protocolo. Quando, no território nacional, uma parte não interpõe exceção de incompetência *ratione loci*, por exemplo, a competência territorial do juiz incompetente fica prorrogada, tornando-o competente. E fala-se em *prorrogação*, porque todos os juízes possuem jurisdição – autoridade para dizer o Direito – derivada da mesma fonte normativa, que é a Constituição, jurisdição essa que é delimitada pela competência estabelecida pelas leis processuais ou de organização judiciária. Não pode haver *prorrogação* de competência entre ordens jurídicas distintas, subordinadas a fontes normativas também distintas.

Quando se *prorroga* a competência do juiz, o que se faz é ampliá-la para alcançar determinada controvérsia não compreendida dentro dos limites dessa competência. Em se tratando de processo internacional, o juiz de um Estado não possui jurisdição no território de outro, razão por que seus atos, para terem eficácia no exterior, devem ser homologados pela autoridade judiciária local. E é a sentença nacional de homologação que se executa e não a sentença estrangeira, desprovida que é de autoridade, fora da base territorial do país em que foi proferida<sup>5</sup>.

O caráter extraterritorial das sentenças judiciais e laudos arbitrais emanados dos Estados-Partes do Mercosul e que preenchem os requisitos do art. 20 do Protocolo de Las Leñas equivale à atribuição de jurisdição internacional regional aos Poderes Judiciários dos Estados-Partes, nas matérias dele objeto, ou seja, civil, comercial, trabalhista e administrativa.

E sentença estrangeira não é a mesma coisa que sentença internacional. A primeira provém de um Estado para ser executada em outro, devendo, por isso, ser acolhida por ato oficial do outro país, que lhe dará eficácia, pelo processo de homologação. Já a segunda, a sentença internacional, provém de um tribunal internacional de que o país faça parte, em decisão que tem por objeto controvérsia de que também participe, ou de juiz nacional de outro Estado ao qual o país reconheceu a jurisdição internacional, por meio convencional, como é o caso do Protocolo de Las Leñas e do Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual. Pois, como esclarece o Professor José Roberto Franco da Fonseca, “via de regra, a jurisdição internacional é exercida por órgãos constituídos em tratados internacionais ou convenções, vale dizer: ‘órgãos criados pela legislação internacional’”<sup>6</sup>.

A eficácia extraterritorial a que se refere o artigo 20 do Protocolo de Las Leñas significa que a sentença tem eficácia no território dos países membros do Mercosul, possuindo, portanto, efeito internacional. Não se trata de uma decisão estrangeira, despida de autoridade no território de outro país onde se pretenda tenha eficácia para execução, e que, por isso, deve ser homologada por esse país. Trata-se de ato que vale por si só, não dependente de homologação, em virtude do acordo internacional firmado pelo Brasil.

E esse Protocolo confere jurisdição – autoridade para declarar o Direito – aos juízes do Mercosul, cujas sentenças, dessa forma, têm eficácia nos territórios dos demais Estados-Partes. Em virtude desse efeito, o vencedor em ação judicial promovida em qualquer desses Estados poderá requerer a execução da sentença em qualquer dos demais países integrantes do Mercosul, desde que preenchidas as condições do art. 20 do Protocolo de Las Leñas. O juiz de primeiro grau a quem for distribuída tal execução deverá conhecer do pedido e de-

terminar-lhe o processamento, independentemente de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, dispensado pelo Protocolo, ao conferir, como já referido, eficácia extraterritorial à sentença.

##### 5. O artigo 19 do Protocolo e a sentença e laudo arbitral despídos de extraterritorialidade

É de se notar, contudo, que o artigo 19 do Protocolo de Las Leñas dispõe que:

“Art. 19 - O pedido de *reconhecimento* e execução de sentenças e de laudos arbitrais por parte das autoridades jurisdicionais será tramitado por via de cartas rogatórias e por intermédio da Autoridade Central”.

Essa redação poderia induzir à interpretação de que *todas* as sentenças judiciais e laudos arbitrais provenientes dos Estados-Partes devem ser *reconhecidos*, isto é, homologados, pelo país que deva executá-los. A única modificação seria o procedimento de homologação da sentença, que se faria por meio de carta rogatória.

Foi esse entendimento que levou o Supremo Tribunal Federal a considerar que tal Protocolo limitou-se a simplificar o procedimento ritual de reconhecimento de sentença provinda de juízes de Estados-Partes do Mercosul. Ao invés de observar o rito normal de reconhecimento de sentença estrangeira, as providas do Mercosul far-se-iam por meio de carta rogatória. A ementa da decisão que julgou a Carta Rogatória n. 7618 da República da Argentina está assim redigida<sup>7</sup>:

“O Protocolo de Las Leñas (“Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa” entre os países do Mercosul) *não afetou a exigência de que qualquer sentença estrangeira* – à qual é de equiparar-se a decisão interlocutória concessiva de medida cautelar – *para tornar-se executável no Brasil, há de ser previamente submetida à homologação do Supremo*

*Tribunal Federal*, o que obsta a admissão de seu reconhecimento incidente, no foro brasileiro, pelo juízo a que se requeira a execução; *inovou, entretanto, a convenção internacional referida, ao prescrever*, no art. 19, que a *homologação* (dita reconhecimento) *de sentença provida dos Estados partes se faça mediante rogatória*, o que importa admitir a iniciativa da autoridade judiciária competente do foro de origem e que o *exequatur* se defira independentemente da citação do requerido, sem prejuízo da posterior manifestação do requerido, por meio de agravo à decisão concessiva ou de embargos ao seu cumprimento”.

Assim, na opinião daquela Corte, a grande contribuição que o Protocolo de Las Leñas introduziu teria sido a simplificação do rito para a homologação de sentença estrangeira provida de países do Mercosul sem a observância do processo mais complexo reservado para aquele fim às decisões de outros países. A carta rogatória, segundo orientação do STF, destina-se a solicitar alguma providência processual, como citação, produção de provas ou outra diligência, destinada a instruir um processo que corre no exterior. Com o Protocolo, serviria, também, para o requerimento de homologação de sentença judicial provida de país do Mercosul.

## 6. Da extraterritorialidade atribuída pelo art. 20

A se aceitar esse entendimento, as sentenças providas dos países do Mercosul equiparar-se-iam às de quaisquer outros países, não se justificando o Protocolo, nem a referência expressa feita pelo artigo 20 do Protocolo de Las Leñas, que confere àquelas sentenças caráter extraterritorial quando atendidas as condições nele estabelecidas. Afinal, se todas as sentenças estrangeiras estão sujeitas à homologação, qual a razão do Protocolo e da atribuição do efeito extraterritorial? A Suprema Corte brasi-

leira não enfrentou a matéria, deixando de apreciar a norma do art. 20, assim redigido:

“Art. 20 - As sentenças e os laudos arbitrais a que se refere o artigo anterior terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes, *quando* reunirem as seguintes condições:.....”.

Assim, nem todas as sentenças judiciais e laudos arbitrais providos dos países do Mercosul gozam de eficácia extraterritorial, mas apenas os que reúnem os requisitos estabelecidos nas alíneas “a” até “f” do artigo 20.

Ademais, há que se observar o artigo 14 do Protocolo de Buenos Aires, segundo o qual “a jurisdição internacional regulada pelo artigo 20, alínea c, do Protocolo de Las Leñas sobre Cooperação Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa ficará submetida ao disposto no presente Protocolo”.

Essa alínea “c” do art. 20 do Protocolo de Las Leñas estabelece como requisito para que as sentenças ou laudos arbitrais tenham eficácia extraterritorial que “emanem de um *órgão jurisdicional* ou arbitral competente, segundo as normas do Estado requerido sobre *jurisdição internacional*”.

O Protocolo de Buenos Aires refere-se a órgão jurisdicional e a jurisdição internacional, ou seja, à autoridade internacional competente para declarar o direito em controvérsia por ele abrangida. E essa autoridade internacional foi conferida, pelo Protocolo de Buenos Aires, aos juízes do Mercosul, para resolver as matérias dele objeto e as referidas na alínea “c” do art. 20 do Protocolo de Las Leñas.

Há de se notar, ainda, a confirmar a procedência dessa conclusão, que a alínea “f” do art. 20 do Protocolo de Las Leñas distingue o pedido de reconhecimento de sentença do de seu cumprimento, mediante processo de execução. A redação desse dispositivo é clara:

“Art. 20 - As sentenças e os laudos arbitrais a que se refere o artigo

anterior terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes quando reunirem as seguintes condições:

.....  
“F” que claramente não contrariem os princípios de ordem pública do Estado em que se solicita seu *reconhecimento e/ou execução*”.

Ou seja, o Protocolo confere ao juiz o poder de verificar se os princípios de ordem pública local não foram contrariados e, no Brasil, também se deve adicionar os demais requeridos pela Lei de Introdução ao Código Civil, que se referem aos bons costumes e à soberania nacional.

Não se pode ignorar, ademais, que a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, aprovada no âmbito da Organização dos Estados Americanos e ratificada e em vigor no Brasil<sup>8</sup>, ao conferir idêntico tratamento às sentenças e laudos arbitrais em processos civis, comerciais e trabalhistas, não faz referência à homologação ou reconhecimento das sentenças dela objeto. Limita-se o artigo 3 a referir à “solicitação de cumprimento” das sentenças, conforme verifica-se de seu texto:

“Artigo 3 - Os documentos de comprovação indispensáveis para *solicitar o cumprimento das sentenças*, laudos e decisões jurisdicionais são os seguintes: a) cópia autenticada da sentença, laudo ou decisão jurisdicional; b) cópia autenticada das peças necessárias para provar que foi dado cumprimento às alíneas *e* e *f* do artigo anterior; c) cópia autêntica do ato que declarar que a sentença ou o laudo tem o caráter de executável ou força de coisa julgada”.

Essa Convenção, aprovada na II Conferência de Direito Internacional Privado, realizada em Montevidéu, em 1979, não só obriga o Brasil, que a ratificou, como aos demais países americanos que também a ratificaram.

Por isso que não há que se falar em homologação de sentenças sobre as matérias objeto dos Protocolos já referidos quando reúnem as condições estabelecidas no art. 20 do Protocolo de Las Leñas, que se distinguem das previstas no art. 19 do mesmo Protocolo, executáveis no Brasil mediante o procedimento da carta rogatória.

É preciso conciliar a redação do art. 19 do Protocolo de Las Leñas, segundo a qual “o pedido de reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais por parte das autoridades jurisdicionais será tramitado por via de cartas rogatórias e por intermédio da Autoridade Central”, bem como a referência que os artigos 22 e 24 fazem à reconhecimento desses atos, com a qualificação de *extraterritorial* conferida pelo artigo 20, condicionada ao preenchimento dos requisitos nele estabelecidos.

Deve-se, pois, distinguir as sentenças dotadas de eficácia extraterritorial, que são as que preenchem as condições do art. 20, das que não as atendem. Para estas é que se recorrerá à carta rogatória expedida pelo juiz do processo, para requerer o reconhecimento no Brasil de sua decisão. Já as sentenças que possuem eficácia extraterritorial, por preencherem os requisitos do art. 20, independem dessa providência. Cabe ao vencedor, nesse caso – e não ao juiz do processo –, iniciar o processo de execução no Brasil, instruindo o pedido com os documentos relacionados no mencionado artigo 20 do Protocolo.

Pois, se tais sentenças possuem eficácia extraterritorial, é evidente que não dependem de reconhecimento, como ocorre com qualquer sentença provinda de país fora da área e não vinculado ao Brasil por meio de tratado.

## 7. A homologação de sentença estrangeira e a Constituição

Nem se diga que a Constituição brasileira impõe a homologação de sentença estrangeira ou de laudo arbitral produzido

no exterior em caráter imperativo e que, assim, os Protocolos em questão, ao conferirem eficácia extraterritorial às decisões judiciais e laudos arbitrais proferidos em países do Mercosul, seriam inconstitucionais, ou não eliminariam a necessidade da homologação.

O art. 102, “h”, da Constituição Federal limita-se a estabelecer a competência do Supremo Tribunal Federal para homologar sentenças estrangeiras e conceder *exequatur* a cartas rogatórias. Não diz que *todas* as sentenças proferidas no exterior devam ser homologadas. O que diz é que, sendo necessária a homologação, ela será feita pelo Supremo Tribunal Federal e não por outro órgão do Poder Judiciário. Diz, efetivamente, esse dispositivo constitucional:

Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

.....  
h-) a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente”.

Aliás, nem toda sentença estrangeira está subordinada a esse processo de homologação, como se infere da norma do artigo 15 da Lei de Introdução ao Código Civil, que a dispensa quanto às sentenças “meramente declaratórias do estado das pessoas”.

Ademais, a atribuição de extraterritorialidade às sentenças e aos laudos arbitrais de que trata o Protocolo de Las Leñas, além de expressamente previsto no seu artigo 20, concilia-se com a norma do parágrafo único do artigo 4º da Constituição Federal, que, ao estabelecer os princípios norteadores da República, inscreveu:

“Parágrafo único: A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Sendo guardião da Constituição, deveria o Supremo Tribunal Federal interpretar as convenções firmadas pelo país em consonância com os princípios que a informam e, assim, no que diz respeito aos que regem o processo integracionista, adotar interpretações que o favoreça e não oponha empecilhos que somente postergam a aspiração que a nação fez inscrever na própria Constituição Federal, como um dos princípios da República.

### Notas

<sup>1</sup> Segundo o pesquisador do Instituto Max Plank, Jurgen Santeleben, vinte e três convenções sobre matérias de Direito Internacional Privado já foram firmadas pelos países americanos, a maioria das quais encontra-se em vigor, abrangendo matérias de Parte Geral, Direito Civil, Direito de Família e Menores, Direito Comercial e Direito Processual. Codificação Interamericana do Direito Internacional Privado e o Brasil. In: *Integração Jurídica Interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado e o Direito Brasileiro*. Organizado por Paulo Borba Casella e Nádia de Araújo. S. Paulo, Editora Ltr, 1998. p. 40

<sup>2</sup> Como salienta o Professor Luiz Olavo Baptista, “...outra característica política importante do Mercosul é o fato de que sua construção se fez num binário de gradualismo e pragmatismo. Isto é, dentro do Mercosul, a construção é feita passo a passo, e as respostas jurídicas, pragmáticas, decorrem dos fatos”. Sistemas para solução de divergências nas instituições de integração e o Mercosul. In: *Solução e prevenção de litígios internacionais*, v. 2, Coord. por Araminta de Azevedo Mercadante e José Carlos de Magalhães. Editora Livraria do Advogado, 1999, p. 435-469, a p.464.

<sup>3</sup> Celebrado em 5 de agosto de 1994, com entrada em vigor em 6 de junho de 1996, quando passou também a vigorar para o Brasil, e promulgado pelo Decreto 2.095, de 17 de dezembro de 1996. Segundo esse Protocolo, a jurisdição internacional para dirimir controvérsias em matéria contratual é fixada por acordo entre as partes, ou, na ausência de acordo, segundo a norma do art. 7. Nesse caso, tem jurisdição, à escolha do autor; o juízo do lugar de cumprimento do contrato; o juízo do domicílio do demandado, ou o juízo de seu domicílio, quando demonstrar que cumpriu sua obrigação.

<sup>4</sup> Conforme observação feita ao autor pelo Desembargador Dr. Alcides Santos Aguiar, no IV Congresso de Magistrados do Mercosul, realizado nos dias 4

a 6 de novembro de 1999, em Blumenau, Santa Catarina, onde este trabalho foi apresentado.

<sup>5</sup> Segundo Pontes de Miranda, “homologar é tornar o ato, que se examina, semelhante, adequado, ao ato que devia ser. Quem cataloga classifica; quem homologa identifica. Ser homólogo é ter a mesma razão de ser, o que é mais do que ser análogo e menos do que ser o mesmo”. *Comentários ao código de processo civil*, 3. ed., obra atualizada por Sérgio Bermudes, Forense, p. 259.

<sup>6</sup> FONSECA, José Roberto Franco da. Natureza e eficácia da sentença internacional. In: *Solução e prevenção de litígios internacionais*. coord. por Araminta de Azevedo Mercadante e José Carlos de Magalhães. Livraria do Advogado, v. 2, 1999. p. 83-100, a p. 87.

<sup>7</sup> Carta Rogatória 7.618-8, provinda da Argentina.

<sup>8</sup> Decreto Legislativo n. 93, de 20 de junho de 1995, e objeto do Decreto de promulgação n. 2.411, de 2 de dezembro de 1997.