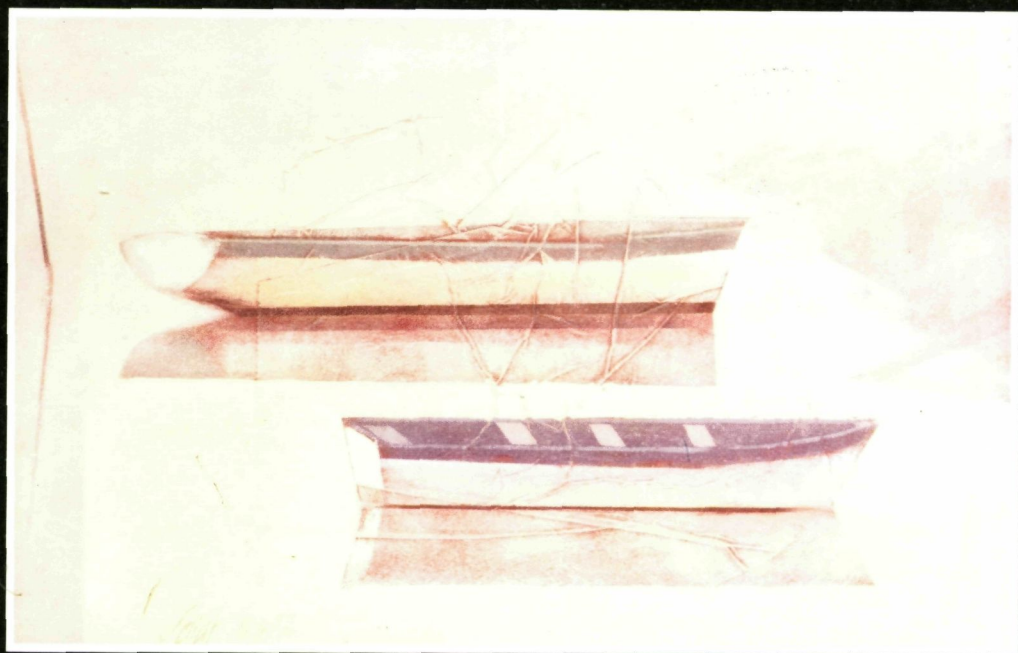


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Janeiro-Março/2002 – Ano 39 – Nº 153



Carlos Scliar, "Marinha com dois barcos", 1972. Acervo do Senado Federal

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 39 • nº 153

janeiro/março – 2002

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Revista
de
Informação
Legislativa

FUNDADORES

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

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

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

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva, Ana Paula Marques Silva,
Renata Filgueira Costa

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Greyciane Souza Lins

REVISÃO DE PROVAS: Maria de Jesus Pimentel, Larissa dos Santos Aguiar

EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA: Camila Luz Ferreira, Saulo Santos Briseno

CAPA: Renzo Viggiano

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

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

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

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

v.

Trimestral.

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Revista de Informação Legislativa

Brasília · ano 39 · nº 153 · janeiro/março · 2002

Adhemar Ferreira Maciel	“Amicus curiae”: um instituto democrático 7
Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha	A efetivação da legitimidade do Estado segundo a perspectiva jurídico-democrática de Paulo Bonavides 11
Milton Luiz Pereira	Intervenção federal: requisição judicial 17
Jorge Fontoura	A imanência jurídica da OMC 23
Roberto Amaral	Globalização e neoliberalismo 33
Luciane Amaral Corrêa	A cláusula do tratamento nacional em matéria tributária do GATT/94 e o Brasil: validade e responsabilidade internacional em face do artigo 151, III, da Constituição Federal de 1988 [<i>primeira parte</i>] 41
Paulo Lopo Saraiva	A tetradimensionalidade do Direito – esboço inicial 67
Silvia Regina Pontes Lopes	Uma análise crítica do sistema de composição de controvérsias da OMC frente a uma sociedade interna- cional supercomplexa 79
Paulo José Leite Farias	O caráter dinâmico do controle judicial sobre as normas- princípios ambientais e a sua concretização protetiva na sentença judicial [<i>primeira parte</i>] 99
José Gustavo Souza Miranda	A proteção da confiança nas relações obrigacionais 131
Manoel Adam Lacayo Valente	Sobre a natureza jurídica dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas 151
Rafael Cavalcanti Lemos	Função jurisdicional de mediata equidade em mandado de injunção 157
Marcos André Couto Santos	A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana 163
Maria Antonieta Lynch de Moraes	Propriedade industrial: espécie de propriedade imaterial 193
João Henrique Pederiva	O direito do consumidor, o sistema financeiro e os cartões de crédito 201

Zilah Maria Callado Fadul Petersen	O Defensor Público e a advocacia particular	223
Sílvio N. Costa	A constitucionalidade formal da súmula vinculante	235
Virgílio Caixeta Arraes	A presença britânica na ilha da Trindade: a reação do Parlamento brasileiro	241
Luis Roberto Barroso	Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios	255
Manoel Moacir Costa Macêdo	As alegadas razões de Estado	271
Hugo Hortêncio de Aguiar	Israel – Estado e religião	277
Marcos Aurélio Pereira Valadão	Sustação de atos do Poder Executivo pelo Congresso Nacional com base no artigo 49, inciso V, da Constituição de 1988	287

Resenha Legislativa

(artigos de contribuição da Consultoria Legislativa do Senado Federal)

Ana Luiza Fleck Saibro	A questão da autonomia das entidades desportivas e a obrigação jurídica do Estado em relação ao desporto	305
------------------------	--	-----

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

“Amicus curiae”: um instituto democrático

Adhemar Ferreira Maciel

Como adverte Gustav Radbruch em seu pequeno grande livro *Der Geist des englischen Rechts* (*O espírito do direito inglês*), torna-se praticamente impossível a tradução da terminologia jurídica de uma língua para outra. É o caso de *amicus curiae* do direito norte-americano, que, vez por outra, se traduziria mais num *amicus partis* ou num *amicus causae*: o terceiro que comparece ao processo alheio vem, na realidade, mais com o intuito de ajudar uma das partes do que mesmo trazer esclarecimento ao tribunal.

Esse instituto *amicus curiae*, por sua informalidade e peculiaridades, não guarda verossimilhança com nossa *intervenção de terceiros*, que se desdobra em diversos institutos processuais (CPC, art. 56/80).

O *amicus curiae* é um instituto de matiz democrático, uma vez que permite, tirando um ou outro caso de nítido interesse particular, que terceiros penetrem no mundo fechado e subjetivo do processo para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar toda a sociedade. O direito anglo-americano, como se sabe, não é, como o nosso (romano-germânico), um “direito legal”. É um “direito judicial” (*judge-made law*). Assim, as decisões dos tribunais, por causa dos precedentes (*stare decisis*), é que vão dizer o que a lei significa, trate-se de *common law*, *equity*, *act*, *ordinance* ou mesmo *by-law*. No Brasil, salvo causas julgadas abstratamente (controle concentrado), as decisões judi-

Adhemar Ferreira Maciel é Advogado e Ministro Aposentado do STJ.

ciais valem para as partes, não tendo força *erga omnes*.

As regras do instituto americano não são lá muito bem delineadas, uma vez que podem variar de Estado para Estado, de tribunal para tribunal. Mas, de um modo geral, o terceiro – pessoa natural ou jurídica –, que tem um “forte interesse” que a decisão judicial favoreça um determinado ponto de vista, sumariza um pedido (*brief*) ao juiz (comumente tribunal de segundo grau), trazendo, em poucas linhas, suas razões de convencimento. À evidência, não é todo arrazoado de qualquer pessoa que é admitido. As partes, como *domini litis*, podem recusar o ingresso do *tertius* em “seu” processo. Muitas vezes, as partes se põem de acordo, mas, ainda assim, a corte nega o pedido de ingresso do terceiro: a matéria não é relevante, as partes já tocaram no assunto. Órgãos governamentais, associações particulares de interesse coletivo, “grupos de pressão” muito se utilizam do *judicial iter* para deduzirem seus entendimentos, influenciando na vida de toda comunidade. Aliás, na Suprema Corte dos Estados Unidos, mais da metade dos casos de *amicus curiae* são ocasionados pelo *solicitor general*, que representa a União Federal.

A “Rule 37” do Regimento Interno da Suprema Corte dos Estados Unidos¹, por exemplo, traz 6 itens e subitens sobre o *Brief for an Amicus Curiae* naquele Tribunal. Vamos, mais para dar uma idéia, pinçar os tópicos mais importantes: 1) O reconhecimento pela Corte da importância do instituto, uma vez que o *amicus curiae* deve trazer “matéria relevante” (*relevant matter*) ainda não agitada pelas partes (*not already brought to its attention by the parties*). O dispositivo regimental lembra que, se não for observado esse cânone (matéria relevante, não trazida antes), o *amicus* vai sobrecarregar inutilmente a Corte; 2) o *amicus curiae* deve trazer, por escrito, o assentimento das partes em litígio, nos casos especificados regimentalmente. Caso seja negado o consentimento, o *amicus* terá de juntar, com seu pedido, os moti-

vos da negação para que a Corte aprecie. 3) Mesmo em se tratando de pedido de intervenção para sustentação oral, o *amicus* deve, ainda assim, juntar o consentimento das partes, por escrito, para que possa peticionar; 4) o *Solicitor General* não necessita de consentimento das partes para intervir em nome da União. O mesmo tratamento é reservado a outros representantes de órgãos governamentais, quando legalmente autorizados. 5) O arrazoado não deve ir além de cinco páginas; 6) em sendo o caso, o *amicus* deve ser munido de autorização de seu representante, e fazer uma espécie de “preparo” para custeio processual, salvo se a entidade estiver previamente arrolada como isenta.

Como já se delineou, o direito norte-americano é um “direito de casos judiciais”. Assim, nada melhor para ilustrar do que um *case* célebre, o *Gideon v. Wainwright*, julgado em 1963. Esse caso ganhou o mundo, sendo objeto de livro² e filme. Mostra a persistência de um homem (Clarence Earl Gideon) na defesa de seus direitos, em contraste com a dureza da lei (estadual). Também mostra a sensibilidade de um juiz (Hugo Black) que soube garimpar em julgados anteriores e ver nas Emendas Constitucionais ns. 6 e 14 a imperiosa necessidade de assistência de advogado, como direito fundamental, para se atingir um “julgamento justo” (*fair trial*). “Advogados em julgamentos criminais são necessidade, não superfluidade”, arrematou Black.

A Emenda n. 6 à Constituição dos Estados Unidos, que faz parte do *Bill of Rights*, garante julgamento penal rápido, imparcial, por juiz competente, assegurando ao acusado o direito de arrolar testemunhas e de “ter assistência de um advogado para sua defesa” (*to have the assistance of counsel for his defense*). Até 1963, pode-se dizer, para simplificar, que o entendimento da Suprema Corte era de que o preceito constitucional (assistência de advogado) se aplicava obrigatoriamente aos tribunais federais³. Quanto aos Estados-Membros, cada um tinha sua

lei. Em cinco unidades federadas, a lei não previa a presença de advogado para processos criminais com pena não-capital: Alabama, Florida, Mississippi, North Carolina e South Carolina⁴.

Gideon foi acusado perante a justiça da Flórida de ter invadido domicílio, cometendo um crime grave (*felony*) não punível com pena de morte. Pela lei local, ele poderia – pois não se trata de “crime capital”⁵ – ser condenado sem a assistência técnica de advogado. O acusado pediu ao tribunal local que lhe nomeasse advogado dativo, pois era “indigent” (“miserável”, na terminologia brasileira). Famosa ficou a resposta do “relator” à sua suplica:

“Senhor Gideon, sinto muito, mas eu não tenho como indicar um advogado para o senhor neste caso. Sob as leis do Estado da Flórida, a única modalidade em que o Tribunal tem de nomear um advogado para o réu é quando ele está sendo acusado de crime capital. Sinto muito, mas tenho que indeferir seu pedido para que um advogado possa defendê-lo (dativamente) neste caso”.

Gideon acabou por fazer sua própria defesa. Foi condenado a cinco anos de prisão. Não se conformou. Interpôs um *habeas corpus* perante a Suprema Corte da Flórida, insistindo que condenação sem assistência técnica (advogado) feria a Constituição e o *Bill of Rights*, que se aplicavam aos Estados. Tornou a perder. Sua causa chegou à Suprema Corte (federal) por meio de um *writ of certiorari*. Por ser pobre, a Suprema Corte nomeou-lhe um advogado dativo, o grande Abe Fortas (mais tarde juiz da Suprema Corte)⁶. Como *amici curiae* figuraram J. Lee Rankin, que falou pela *American Civil Liberties Union*, e outras entidades. Engrossaram a fileira dos defensores da tese sustentada por Gideon: Norman Dorsen, John Dwight Evans Jr., Melvon Wulf, Richard J. Medalie, Howard W. Dixon e Richard Yale Feder.

Pelo réu (Wainwright), sustentou Bruce R. Jacob, assistente do *Attorney General* (uma

mistura de secretário estadual da Justiça e procurador-geral), que foi coadjuvado por Richard W. Erwin, *Attorney General*, e A. Spicola Jr., seu assistente.

Como *amicus curiae* em defesa da tese de que em crime não punido com pena capital não era obrigatória a presença de advogado, porfiou George D. Mentz, do Ministério Público do Alabama. Também reforçaram a defesa do réu (*certiorari*) MacDonald Gallion (*Attorney General* do Alabama), T. W. Bruton (*Attorney General* da Carolina do Norte) e Ralph Moody (*Assistant Attorney General* da Carolina do Norte). As intervenções não ficaram nisso. Cerca de 22 Estados e entidades públicas – pasmem! – foram admitidos como *amici curiae*... Cada um apresentou suas razões...

Vê-se, por esse exemplo, escolhido a esmo, a importância da participação de segmentos sociais, oficiais ou não, na formação da Justiça. Nada mais democrático e representativo.

No Brasil, onde temos um sistema fechado e legal, essa democratização seria impensável. Para finalizar, quero registrar que o processo na Suprema Corte demorou apenas três meses (15 de janeiro a 18 de março de 1963).

Notas

¹ Para se fazer distinção das supremas cortes estaduais, coloca-se “U.S.” para a Suprema Corte dos Estados Unidos: “U.S. Supreme Court”.

² *Gideon's Trumpet*, escrito por Anthony Lewis, jornalista, jurista e professor da Faculdade de Direito da Universidade de Colúmbia e professor-visitante da James Madison (cf. DWORKIN, 1996, p. 198-).

³ Em *Betts v. Brady*, 316 U. S. 455 (1942), a Suprema Corte admitiu que em *special circumstances* (retardado mental, jovem demais) a presença de advogado se fazia necessária, ainda que não prevista por lei estadual.

⁴ KRASH, on-line p. 4.

⁵ No meado da década de 1950, em todos os Estados-Membros era obrigatória a presença de advogado para crimes punidos com morte; em cerca de um quarto, também era exigido advogado no caso de “felony” apenado com pena não capi-

tal; metade dos Estados também previa advogados dativos para “misdemeanors” (cf. MAYERS, 1995, p. 141–).

⁶ Fortas, nomeado pelo presidente Johnson, veio a ocupar a cadeira na Suprema Corte onde se assentaram grandes magistrados de origem judaica: Cardozo, Frankfurter e Goldberg. Daí, jocosamente, falar-se em “Jewish Seat”... Mais tarde, uma reportagem na revista *Life*, demonstrando que Fortas havia prestado aconselhamento jurídico ao financista Louis Wolfson, acabou por leva-lo a pedir exoneração de seu cargo: “Deixo a Corte prosseguir com seu trabalho vital, livre de (qualquer) pressão estranha”.

Bibliografia

ABRAHAM, Henry. *The judicial process: an introductory analysis of the courts of the United States, England and France*. 5. ed. New York: Oxford University, 1986.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. New York: Aspen Law & Business, 1997.

CUSHMAN, Clare (Ed.). *The Supreme Court justices: illustrated biographies, 1789-1993*. Washington: Congressional Quarterly, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the american constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1996.

KRASH, Abe. *Architets of Gideon: remembering Abe Fortas and Hugo Black*. Disponível em: <http://www.nacdl.org/Champion/Articles/98mar02.htm>

MAYERS, Lewis. *The american legal system: the administration of justice in the United States by judicial, administrative, military, and arbitral tribunals*. New York: Hasper & Brothers, 1955.

MUNRO, William Bennett. *The government of the United States: national, state, and local*. 5. ed. 1947.

RADBRUCH, Gustav. *El espíritu del derecho inglês*. Madrid: Revista de Occidente, 1958.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 2. ed. New York: The Foundation, 1988.

A efetivação da legitimidade do Estado segundo a perspectiva jurídico-democrática de Paulo Bonavides

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira
Rocha

Paulo Bonavides¹, em sua mais recente publicação, *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade* (2001), produz uma profunda revisão crítica sobre as vicissitudes da democracia em face das contradições do desenvolvimento capitalista globalizado que desafiam estruturas sociais e superestruturas ideológicas.

Compõe e finaliza a presente obra uma trilogia “volvida para a liberdade, igualdade e justiça”, nas palavras do autor (2001, p. 7), que se iniciou com a publicação do *Curso de direito constitucional* e teve continuidade na Coletânea intitulada *Do país constitucional ao país neocolonial*. Os três livros, tomados conjuntamente, encerram reflexão sofisticada acerca da despolitização da legitimidade, tragédia jurídica que atinge diretamente os povos do Terceiro Mundo por não terem conseguido explicitar os meios técnicos de realização e sustentação do aparato democrático considerando-se sequer haverem os direitos fundamentais se concretizado na prática.

À evidência, tal fenômeno – a neutralização do político – esteriliza igualmente as relações de países não periféricos, debilitados pela empostação tecnocrática e pelo gradativo desligamento do cidadão do processo decisório.

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha é Mestra em Ciências Jurídico-Política pela Universidade Católica de Lisboa e Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Habermas referir-se-ia a esse enfraquecimento da capacidade de integração da sociedade às estruturas de poder como “déficits de legitimação e regulação”(1977).

Com efeito, segundo Paulo Bonavides, “a legitimidade tem-se apresentado, de último, nas reflexões jurídicas sobre a matéria, despolitizada, neutralizada e subsumida, por uma suposta evidência de sua identidade conceitual e axiológica com a legalidade, enquanto expressão formal e acabada do triunfo das ideologias liberais”(2001, p. 17).

Isso porque o positivismo, alargando as expansões dogmáticas, proscreveu a juridicidade dos princípios constitucionais, conservando-a, tão-somente, nas disposições normativas da Lei Maior (p. 18).

Esse desvirtuamento exegético levou a inaplicabilidade do conceito de legitimidade à *práxis* institucional, pois o tornou indiferente aos valores, vazio e, conseqüentemente, inócuo².

Insurgindo-se contra essa compreensão estática da Ciência Constitucional, fórmulas teóricas renovadoras buscam reconstituir os princípios e valores – *norma normarum* de todo Ordenamento Jurídico – repolitizando-os³.

Tal reconstituição é empreendida por Paulo Bonavides ao propor uma transformação substantiva do papel do magistrado.

Identifica o autor a existência de três legisladores no Estado, responsáveis pelas tarefas normativas do regime; o legislador de primeiro grau, criador da Lei Fundamental, cuja autoridade remanesce no corpo representativo para introduzir alterações na Carta, aprimorando-a; o legislador de segundo grau, a quem é atribuído o *munus* de editar as normas infraconstitucionais, assistido nessa função pelo Chefe do Poder Executivo; e o legislador de terceiro grau, “a saber, o juiz, que dirime conflitos e faz a norma jurídica do caso concreto, legislando entre as partes”(BONAVIDES, 2001, p. 21).

“Intérprete normativo no ocaso da velha dogmática jurídica, esse juiz tende, desde o advento da Nova Hermenêutica, a ser,

com razão, o legislador por excelência; aquele que tanto na esfera tópica como sistemática dissolve as antinomias do positivismo ou combina, na concretude social e jurisprudencial, a doutrina com a realidade, o dever-ser com o ser e integrado aos quadros teóricos da democracia participativa terá legitimidade bastante com que coibir de uma parte as usurpações do Executivo, de outra as tibiezas e capitulações do Legislativo” (BONAVIDES, 2001, p. 21).

Infere-se daí transcender o exercício da jurisdição a égide do legalismo formal e rígido para alcançar o legitimismo principiológico e material (BONAVIDES, 2001, p. 22). Nesse sentido, o fortalecimento do processo democrático passa, necessariamente, pelo Poder Judiciário⁴ – garante da supremacia constitucional – em sua função de interpretação, construção e integração do Direito⁵.

Com efeito, o processo de invalidação da norma inconstitucional, bem como o de complementação e explicitação da lei insuficiente ou de defeituosa individualização, há de harmonizar-se com o conjunto sistemático da ordem jurídico-normativa superior, de forma a valorizar “a coesão, a congruência e a identidade do sistema”⁶, sem olvidar o que Lassalle chamaria de “os fatores reais do poder”⁷.

Posto dessa forma, a função metodológica da interpretação criada em âmbito jurisprudencial demanda perquirição, não apenas, da lógica que advém da racionalidade jurídica, mas também dos conteúdos históricos, políticos e sociais dissolvidos na normatividade das Constituições⁸.

Nesse contexto, a *judicial review of legislation*, para além de constituir-se num sistema de medidas técnicas assecuratórias do controle da constitucionalidade, atua eficazmente na concretização e desenvolvimento do Direito Constitucional, objeto da tensão permanente entre a dogmática legalista e o *factum social*⁹.

No Brasil, a prática do controle jurisdicional ganha amplitude nas discussões que estendem a aferição da constitucionalidade

às questões políticas ofensivas à Lei Fundamental no campo das garantias constitucionais.

Diante da complexidade em demarcar os limites do jurídico-político e em face da necessidade da intervenção judiciária para preservar o equilíbrio dos *checks and balances*, inadmitte-se o retraimento do Poder Judiciário “na ordem constitucional das sociedades livres”(BONAVIDES, 2000, p. 292).

Nesses termos, a modalidade de controle por via de exceção ou defesa¹⁰ tornou-se instrumento legítimo para a reivindicação das garantias constitucionais amparadas pelo Título II, Capítulo I, da Lei Fundamental da República Federativa do Brasil; *vg*: aquelas concernentes aos direitos e deveres individuais, sociais, políticos e da nacionalidade, vez que excluir as questões políticas do controle jurisdicional, restringindo sua arguição à via direta, figurar-se-ia critério discriminativo de exercício da cidadania, sabido que a legitimidade *ad causam* ativa para interposição dessa ação é restritiva¹¹.

Diria Paulo Bonavides: “todos os atos legislativos passíveis de uma averiguação de constitucionalidade constituem matéria política”(2000, p. 287). A afirmação se reforça em se tratando de Medidas Provisórias, editadas e reeditadas à exaustão pelo Poder Executivo Federal, e que se tornaram objeto de permanente questionamento judicial, no tocante à sua adequação à Carta *Magna*¹². Daí a tese defendida pelo autor, no sentido de que a alçada judicial, ao conhecer atos legislativos incompatíveis com a Lei Maior em matéria de direitos individuais, traça limites eficazes à onipotência do Estado, desarmando-o. “O direito que nos tribunais limita a ação política do legislador, em verdade tolhe os poderes absolutos do Estado”(2000, p. 291).

Amparar os direitos do cidadão, em nível individual e coletivo, revela-se como a principal conquista do constitucionalismo do Ocidente. Dessa forma, outra postura não poderia assumir o Estado de Direito, que, ao proclamar a autoridade do Poder Judici-

ário *to decide on the rights of individuals* na histórica decisão de John Marshall, fez-lhe o pilar de sustentação do sistema democrático.

Se a separação dos poderes descortina-se como a melhor forma de governar, na lição de Montesquieu, o fortalecimento do judicialismo impõe-se como “a primeira salvaguarda da democracia”(BONAVIDES, 2001, p. 75).

Rui Barbosa, eminente constitucionalista do passado, afirmaria a propósito: “Quem dá às Constituições realidade, não é nem a inteligência que as concebe, nem o pergaminho que as estampa; é a magistratura que as defende”(BONAVIDES, 2001, p. 84).

A preeminência da Judicatura projeta o “futuro da democracia enquanto expressão, síntese e substância de quatro gerações de direitos, cuja concretude, garantia e universalidade, arrimada a elementos constitucionais de proteção, nunca poderá, amanhã, prescindir da intervenção eficaz e, se necessário, criativa, do aparelho judiciário” (BONAVIDES, 2001, p. 74).

Tais reflexões, por certo, não conduzem ao que Eduard Lambert denominaria de o “governo dos juízes”, no qual as decisões dos Tribunais Constitucionais, adotadas por motivos de conveniência e oportunidade política, ocasionariam, entre outras consequências, o fim da jurisdição constitucional, conforme adverte Francisco Fernandez Segado (1992, p. 1053).

A busca é pelo permanente comprometimento do Poder Judiciário com a legitimidade do Estado de Direito, “no caminho da honra que a ética da democracia lhe traça, honra depositada nos valores constitucionais, cuja defesa cabe à magistratura” (BONAVIDES, 2001, p. 85).

A afirmação do Estado como *ethos*, ideal da cultura cívica e política (CANOTILHO, 1999, p. 496), converge para uma compreensão orientada por princípios e diretrizes políticas, resultado da dialética construtiva¹³.

Nesse universo, a prática jurídica, argumentativa por excelência, deve formular pre-

tensões cognitivas que explicitem uma normação legítima¹⁴.

As proposições teóricas de Paulo Bonavides sugerem, precisamente, o rearranjo institucional do sistema político democrático, renovado pela “transformação substantiva e axiológica do papel do magistrado” que não se furta aos imperativos morais da República¹⁵.

Obra de grande densidade analítica, reflexão erudita sobre a desfiguração do Estado de Direito, ela inquieta o leitor ao contemplá-lo com “uma crítica ética da dominação”¹⁶.

Notas

¹ O Professor Paulo Bonavides, brilhante constitucionalista brasileiro, é Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; doutor *honoris causa* pela Universidade de Lisboa; Professor Visitante nas Universidades de Colônia, Tennessee e Coimbra; Membro Correspondente da Academia de Ciência da Renânia do Norte-Westfália na Alemanha; do Instituto de Derecho Constitucional y Político da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Nacional de La Plata na Argentina; do Grande Colégio de Doutores da Catalunha; Membro do Comitê de Iniciativa que fundou a Associação Internacional de Direito Constitucional em Belgrado; Membro da “Association Internationale de Science Politique” na França; da “Internationale Vereinigung fuer Rechts-und Sozialphilosophie” em Wiesbaden, Alemanha; da Academia Brasileira de Letras Jurídicas; do Instituto Ibero-Americano de Direito Constitucional, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Instituto dos Advogados Brasileiros e “Nieman Fellow Associate” da Universidade de Harvard. Prêmio Carlos de Laet da Academia Brasileira de Letras; Prêmio Medalha Rui Barbosa da Ordem dos Advogados do Brasil e Prêmio Teixeira de Freitas do Instituto dos Advogados Brasileiros.

² Paulo Bonavides (1993, v. I-II, p. 61).

A pacificação do Estado Social neutraliza a cidadania, substituindo-a por uma relação de clientela. O Estado é apresentado como uma empresa, que tem por acionistas cidadãos com dividendos desiguais a receber, mas todos interessados numa boa gestão, dependentes que são da quali-

dade e dos serviços sociais por ele prestados. “Teoricamente, portanto, o exercício do poder relevará mais da técnica do que da ideologia” (PINTO, 1999, p. 188). Do ponto de vista da ação política, a consequência é nefasta. A democracia, erigida à medida supra-ordinatória e institucionalizada na norma racional, é reduzida a mito por não guardar correspondência com a realidade.

³ Buscando o aperfeiçoamento da ordem social e jurídica, novas correntes doutrinárias teorizam sobre o Poder, propondo modelos que legitimam o Estado como comunidade política moral, fundadas na premissa de revitalização e cumprimento dos direitos individuais. Autores como John Rawls, Robert Nozick e Ronald Dworkin buscam reinterpretar o contratualismo e o próprio liberalismo a partir da dimensão de conflitualidade que a democracia, como processo, oferece. Nas palavras de Habermas, “o Estado democrático de direito não se apresenta como uma configuração pronta, e sim como um empreendimento arriscado, delicado e, especialmente, falível e carente de revisão, o qual tende a reatualizar, em circunstâncias precárias, o sistema dos direitos, o que equivale a interpretá-los melhor e a esgotar de modo mais radical o seu conteúdo” (1997, p. 118).

⁴ A eficácia da garantia jurisdicional na fiscalização da constitucionalidade é sustentada por Jorge Miranda: “Se é verdade que qualquer meio, em princípio, pode ser elevado a jurídico e se uma garantia política ou uma garantia privada da Constituição se perfilam entre as garantias jurídicas, havemos de reconhecer que o meio jurisdicional se revela o meio de garantia de conteúdo jurídico mais rico” (1988, p. 305).

⁵ Francisco Fernandez Segado (1984, p. 54) destaca a relevância da atuação do Tribunal Constitucional, a quem corresponde desempenhar importantíssima função integradora: “*Es misión del mismo afirmar la primacía de la Constitución y ésta – y ello no puede ser olvidado – tiene una decisiva función integradora que se muestra en la afirmación de unos valores que sustentan y orientan el proceso integrador, así como por el establecimiento de unas normas por referencia a las cuales la pluralidad de los preceptos se integra en la unidad fundamental del orden jurídico*” (1984, p. 54).

⁶ (BONAVIDES, 2001, p. 237).

Desse teor a doutrina de Jorge Miranda, onde se lê: “A Constituição deve ser tomada, a qualquer instante, como um todo, na busca de uma unidade e harmonia de sentido. O apelo ao elemento sistemático consiste aqui em procurar as recíprocas implicações de preceitos e princípios em que aqueles fins se traduzem, em situá-los e tentar defini-los na sua inter-relação e em tentar, assim, chegar a uma idónea síntese globalizante, credível e dotada de energia normativa (...)” (1998, p. 228).

⁷ Ferdinand Lassalle, em 1863, formularia estudos precursores a respeito dos fundamentos não formais, mas essenciais, de uma Constituição, ao criticar a autoritária *Lex Magna Prussiana* de 1850 no texto *Über die Verfassung*, cujo título em português é *A essência da Constituição*, (1985): “Sua teoria diferenciadora entre a Constituição real e a Constituição escrita (formal), assim como o seu reducionismo sociológico, circunscrevendo a tradicional figura imperativa do Direito – a lei fundamental – aos fatores reais de poder, põe definitivamente em questão a lógica da racionalidade jurídico-formal e abre a discussão sobre a teoria da eficácia das leis” (p. XXII). Veementemente refutado pela “norma pura” kelseniana, o determinismo lassalista, em contrapartida, projetar-se-ia aprimorado pela jusfilosofia analítica contemporânea, em suas análises reflexivas acerca da ética teórica e da ética normativa. A propósito do tema, consultar: George Nakhnikian (1993).

⁸ Na lição de Francisco Fernandez Segado: “*Es obvio que conceptos como Estado de Derecho, Estado social, libertad, igualdad ..., no pueden ser interpretados sin tener muy presentes las ideas o convicciones sociales y políticas de una comunidad en un momento histórico concreto. Partiendo de esta premisa, pensamos con Lucas Verdú que la Justicia Constitucional óptima no se asienta en una consideración del órgano titular de la misma como una instancia puramente técnica según los esquemas kelsenianos de la pureza metódica, apartándolo de la realidad vital del Estado que es dinamismo político; de ser así, el logro de ‘a living constitution’, una constitución viva, vigente, acorde con la realidad social, conseguido en Norteamérica a través de la ‘judicial review’, sería mera utopía*” (1992, p. 1053).

⁹ Este é o entendimento de Manuel García-Pelayo: “*La efectividad del Derecho constitucional radica precisamente en la relación dialéctica entre norma y poder, en el hecho de que, si no hay norma jurídica sin poder, no es menos verdad que ningún poder, sobre todo un poder colectivamente ejercido, puede desarrollarse y tener efectividad al margen de las normas, de modo que sin una normativización de los órganos e instituciones supremas del Estado carecería de estructura y se disolvería en el caos*” (1984, p. 115).

¹⁰ Forma de controle da constitucionalidade exercitável à vista de um caso concreto, posto em Juízo, e cujos efeitos declaratórios da sentença só fazem coisa julgada entre as partes litigantes. Sobre o tema, consultar: José Afonso da Silva (1990, p. 45). Ver, ainda, D. Garcia Belaunde, F. Fernandez Segado e R. Hernandez Valle (1992, p. 129-210).

¹¹ Podem propô-la, somente, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa dos estados-membros da Federação; o

Governador de estado; o Procurador-Geral da República; o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional e, por fim, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, nos termos do disposto no artigo 103 da Constituição Federal, promulgada em 1988.

¹² Prevê o processo legislativo brasileiro a edição de Medidas Provisórias, com força de lei, pelo Presidente da República, em casos de urgência e relevância. Uma vez editadas, deverão ser submetidas, de imediato, ao Congresso Nacional, a fim de serem convertidas em lei no prazo de trinta dias: Artigo 62 e seu parágrafo único da Constituição Federal. Ocorre, contudo, que tal procedimento não se verifica na prática. As Medidas Provisórias não apreciadas pelo Poder Legislativo são sucessivamente reeditadas, possibilitando-se, dessa maneira, que o Poder Executivo Federal atue como verdadeiro legislador, e o que é pior, amparado por decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou constitucional essa manifestação invasão de competência. Basta considerar existir Medida Provisória reeditada mais de quarenta vezes, e todas já somam, desde a sua instituição em 1988, mais de duas mil.

¹³ Ao contrário do sustentado pelos positivistas, na *iuris dictio*, inexistente distinção entre Moral e Direito, posto estar aquela integrada na principiológica do Ordenamento Jurídico. Por conseguinte, as decisões judiciais encontram-se circunscritas às tradições morais historicamente construídas porque exprimem a cultura, os valores e princípios de “uma comunidade de intérpretes”, na melhor acepção do pensamento dworkiano. Mais, a Justiça como equidade edifica-se a partir do juízo social dos indivíduos, num contexto de racionalidade, que perspectiva procedimentos moralmente justificados. Gomes Canotilho identifica na estrutura funcional das decisões do Tribunal Constitucional complexidade tridimensional, a saber: dimensão processual; dimensão interpretativa, criadora e integradora do Direito Constitucional e dimensão político-constitucional; dimensões que se fundem na dinâmica do Estado de Direito (CANOTILHO, 1999, p. 496).

¹⁴ John Rawls, em célebre livro (1981), busca uma definição racional do princípio universal de justiça, a justiça distributiva, entendida como equidade. Recorrendo ao racionalismo kantiano, a idéia de justiça em Rawls está relacionada à metodologia construtivista que busca definir uma idéia determinada de pessoa (racional, autônoma e livre), envolvida num determinado procedimento (o contrato), com uma determinada finalidade (a escolha dos princípios básicos de justiça equitativa). Sob outra perspectiva, trata-se de negociação cujos re-

presentantes são cidadãos livres e iguais, que buscam um acordo – a Constituição – em que os princípios de justiça e a elaboração de um processo político justo constem naturalmente do Pacto. Nas suas palavras: “O sistema político que presumo ser alguma forma de democracia constitucional, não seria um procedimento justo se não corporificasse tais liberdades”(1981, p. 160-161). Nos moldes do contratualismo pufendorfiano, firmada a Constituição ideal, os negociadores avançariam para uma nova etapa tornando-se legisladores. Ora, se nesse segundo contrato os legisladores falharem ao tentar maximizar as condições de justa igualdade de oportunidade, não a estendendo a todos os atores sociais, o construcionismo judicial se afigura como a resposta correta para alcançar-se a justiça distributiva. Por óbvio não se quer atribuir ao Poder Judiciário papel legiferante, em manifesta contrariedade à autonomia e à separação dos Poderes consagrada na grande maioria dos Textos Constitucionais do Ocidente. O que se quer é reconhecer a importância da sua atuação no sentido de suprir, aperfeiçoar e atualizar a norma legislativa para atender as transformações jurídicas, políticas, sociais e econômicas do Estado (BARACHO, 1979, p. 93-94).

¹⁵ “Enquanto o juiz aplicador se guia por um logicismo que gira primacialmente ao redor da norma-texto da terminologia de Müller, o juiz intérprete haure sua maior força e dimensão hermenêutica na esfera dos princípios, mas se move tecnicamente no círculo de um pluralismo normativo tópico onde a norma-texto é apenas o ponto de partida da normatividade investigada e achada ao termo do processo decisório concreto, segundo assinala a teoria estruturante do Direito, da qual Friedrich Müller, já citado, é seu mais insigne formulador e jusfilósofo”(2001, p. 23).

¹⁶ A expressão pertence a Otfried Höffe.

Bibliografia

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.
- BONAVIDES, Paulo. A despolitização da legitimidade. *O Direito*, Portugal, v. I-II, p. 61, 1993.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência: por uma nova hermenêutica: por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1992.
- _____. *La jurisdicción constitucional en España*. Madrid: Dykinson, 1984.
- GARCIA BELAUNDE, D; FERNANDEZ SEGADO, F; FERNANDEZ VALLE, R. (Coord.). *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*. Madrid: Dykinson, 1992.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1984.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1977.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Tradução de Walter Stöner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: introdução à teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998. t. 2.
- NAKHNIKIAN, George. *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*. Tradução de Eugênio Bulygin e Genaro R. Carrió. México: Fontamara, 1993.
- PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1999.
- RAWALS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1990.

Intervenção Federal: requisição judicial

Milton Luiz Pereira

A intervenção na administração pública, ao longo do tempo, tem sido compreendida com maior ou menor amplitude, correspondendo à dinâmica política. Forte nos momentos de continuada hipertrofia do Estado. Apenas imperativa ou estratégica, de molde a atender os momentos políticos contrastantes à ordem pública ou no cenário estratégico do equilíbrio entre os Poderes do Estado, quando, por intromissão usurpadora ou omissão, exaurindo a tolerância, dão passos contra a legalidade. À vista da nossa República Federativa, com Poderes independentes e harmônicos (arts. 1º e 2º, CF), um deles deixando de fazer ou exorbitando, enfraquece os pilares da União.

O recíproco respeito entre os Poderes constituídos é indeclinável *munus* no Estado de direito. Andante, a incompletude na tarefa constitucional incumbida a um deles fere a autoridade, a autonomia e a responsabilidade dos outros.

Nessa quadra de registros introdutórios e gerais, no sítio constitucional do Poder Judiciário, a inércia do Poder Executivo (Federal e Estadual) revela agravamento preocupante, não somente nas críticas afrontosas, mas também no consciente desrespeito às ordens judiciais, desestabilizando as forças sociais que dão vida ao Estado de direito. Em verdade, denota-se estranho comportamento:

Milton Luiz Pereira é Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

fugindo do controle jurisdicional, o administrador público cria pessoal critério de “oportunidade ou conveniência” para cumprir, ou não, a determinação judicial. Transforma o julgado em instrumento de atividade política contra os interesses do cidadão.

Nesse cenário conflitante e causador de sofrimento à cidadania, a predita continuada inércia do Poder Executivo, de modo ampliado e crescente nos Estados-membros, está incentivando o descrédito em relação ao Poder Judiciário, convertendo a crença em desrespeito à sua competência e atividade jurisdicional. Para o controle de manifesto descumprimento, não se pode ceder, sob pena de incentivo à desnaturação do balizamento constitucional entregue ao Judiciário. Um dos instrumentos é a *intervenção* na administração do destinatário da ordem judicial descumprida (arts. 34, VI, e 35, IV, CF).

Sem dúvida, na viseira da *autonomia* constitucionalmente assegurada aos Estados-membros e aos Municípios (arts. 25 e 29, CF), atinge o espírito federativo. No entanto, a partir da realidade do menosprezo ao controle judicial, essa tendência só será interdita com o *climax* de ato interventivo, gerando sadia revolução legal na provocadora omissão reinante. É forma de revitalizar o dever jurídico de cumprir ordem judicial, com absoluta intangibilidade do resguardo à cidadania.

Sim, o princípio é da *não-intervenção* (SILVA, 1995, p. 66-67). Mas, como adiantado, o próprio sistema constitucional obriga a possibilidade da *intervenção* contra as reações ofensivas à repartição de competências ditas na Carta Maior.

Proclama-se, assim, a *intervenção* como antídoto constitucional aos comportamentos desagregadores, quando necessária à harmonia da unidade federativa.

Na sua lida, comporta comemorar os seus pressupostos constitucionais, de pronto, ganhando vulto o artigo 34: “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para... VI – prover a execução de lei federal, *ordem* ou *decisão judicial*” (destaquei).

Está inequívoco que, descumprida “ordem ou decisão judicial” editada por Juiz de Tribunal competente, falta atribuível à autoridade de outro Poder, é irrecusável a oportunidade para o decreto interventivo. É dizer, basta o comprovado descumprimento para justificá-lo. Pois, pela senda da motivação dessas considerações – em face da abusiva omissão dos Governos estaduais –, é obrigação do Poder Executivo proporcionar os meios necessários à efetivação da ordem ou decisão judicial. Não se cuida de *mera cooperação* na execução das determinações. É dever do qual não pode furtar-se. Deveras, seja pelo tempo decorrido (inércia) ou esquivas, o Poder Judiciário fica impedido por contrastante deliberação do Poder Executivo, usurpando a decisão de cumprir ou quando cumpri-lo – se vier o cumprimento. Por óbvio, atividade que não lhe cabe.

Sobre essas linhas, resta conferir, na sede constitucional, se a decisão determinando a *intervenção* e a decorrente comunicação (art. 22, Lei nº 8.038/90) encerram a participação judicial. A respeito, ganha significativo espaço registrar que, para o processo de *intervenção*, conforme o Poder coacto, na pertinência da provocação, a Constituição Federal distingue três hipóteses (art. 36): *solicitação* do Poder Legislativo; *solicitação* do Poder Executivo; e *REQUISICÃO* do Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça ou Tribunal Superior Eleitoral).

À força aberta, emoldura-se que, em relação ao Poder Judiciário, não se trata de “solicitação” e sim de *requisição*, significando ordem, exigência. Tem raiz no

latim (*requisitionem*). Juridicamente, não é sinônimo de pedir, requerer ou demandar. É *determinação* de fazer (cumprir) por exigência legal. Assim sendo, e assim é, decidida a *intervenção*, quanto aos aspectos *formal e material*, ao reverso da “solicitação” pelos Poderes Executivo e Legislativo (art. 36, I, CF), a sua execução independe de apreciação legislativa (art. 3º, § 1º, CF). A competência do Presidente da República não é discricionária, e sim *vinculada* à precedente decisão judicial (requisição), suficiente para a sua execução. *Vinculação* a quem ou a quê? Sem dúvida, ao Poder *requisitante* (ou seja, à sua decisão, formalmente e ao seu conteúdo). A propósito, calha à lembrança objetiva lição do preclaro *Manoel Gonçalves Ferreira Filho* (1989, p. 54), textualmente:

“... é uma competência vinculada, cabendo ao Presidente da República a *mera* formalização de uma decisão tomada por órgão judiciário, sempre que a intervenção se destinar a ‘*prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judiciária*’ (art. 34, VI) ou a ‘assegurar o livre exercício do Judiciário estadual’ (art. 10, VI). Nestas hipóteses a decisão sobre a intervenção cabe ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça, ou ao Tribunal Superior Eleitoral, *mediante requisição* (art. 36, II)” – destaquei.

A importância dessa distinção também tem o conforto da autoridade de preciosa lição do saudoso jurista *Pontes de Miranda*, *verbis*:

“Quem a requisita é o Poder judiciário e o Presidente da República a executa: não há, propriamente, decretação de intervenção, porque a intervenção, na espécie, resulta da própria necessidade de se assegurar a ordem pública, a justiça, a despeito de se dizer que a de-

cretação compete ao Presidente da República. Contudo, no sistema da Constituição de 1946, o decreto é formalmente exigido, em quaisquer casos, com todas as conseqüências que daí emanam. Porque nem sempre se pode prever se vai ocorrer (a) ou se vai ocorrer (b). A extensão da intervenção, em se tratando da execução de ordem e decisões judiciais, é ditada pela natureza do próprio obstáculo que se lhe opôs. Se, por exemplo, é o Governador do Estado-membro quem movimenta a força pública para a impedir, a intervenção interromper-lhe-á o exercício do cargo e será promovida a sua responsabilidade.” (...) “*Ordem*, entenda-se: qualquer comando. Judiciária: proveniente da justiça, e não só dos juízes. Em vez de ordem ou decisão judicial, o texto pôs: ordem ou decisão judiciária. Se alguém, que é órgão da justiça, ainda que não seja juiz, pode dar ‘ordem’ e ‘decidir’, a sua ordem ou a sua decisão é inclusa num dos dois conceitos” ([1963], p. 373-374).

Agrega-se que as pertinentes disposições da Constituição Federal de 1988, pelo seu conteúdo, não escapam das observações transcritas.

Segue-se pelo fio das anotações feitas e dos ensinamentos transcritos que a *requisição judiciária* independe de aprovação pelo Congresso (art. 49, IV, CF) e não se sujeita, para decretação executiva, à vontade política do Presidente da República. Explica-se que o decreto presidencial, salvante as hipóteses da *solicitação* anotada, quando se trata da citada *requisição* judicial, substancialmente, não decreta a *intervenção* – já decidida pelo Poder Judiciário. O prefalado decreto é para a nomeação do interventor (deliberação de natureza política), ato de mera execução administrativa do julga-

do, entregue à atuação de quem deverá, à ordem constitucional, cumprir as atividades executivas apropriadas à intervenção. Em contrário pensar, a *requisição judicial* (constitutiva de especificada obrigação de fazer) ficaria submetida à extravagante instância de índole política revisional.

Logo se vê que o círculo competencial do Presidente da República é restrito e com atribuição condicionada a simples atos executivos. Pois a “competência consiste na esfera delimitada do poder que se outorga a um órgão ou entidade estatal, mediante a especificação de matérias sobre as quais se exerce o poder de governo” (SILVA, 1995, p. 470).

Bem se espraia que a idéia de submeter-se a *requisição judicial* à vontade política do Poder Executivo ou à prévia apreciação legislativa seria processo órfão de previsão autorizativa. Bateria de frente com o enraizado entendimento de que “a competência, no Direito Público, tem que ter apoio na lei ou na Constituição” (AO 58 – Voto Min. Moreira Alves – in RTJ 137/496). Assim, para concluir-se no sentido adverso, seria necessário que a Constituição Federal concedesse ao Presidente da República competência para nortear a intervenção conforme os seus critérios de conveniência ou oportunidade. Inexistente, filia-se a conclusão terminativa de que não pode decidir se cumpre ou não a *requisição*. Deve cumpri-la. À mão de reforçar, por fim, assinala-se: “Cada autoridade dispõe de uma capacidade de agir que provém de uma regra de direito. Não há, em matéria administrativa, competência geral ou universal, por mais ampla que seja, ela decorre de uma previsão legal” (TÁCITO, 1975, p. 66). Alonga-se que não há competência constitucional implícita para o Presidente da República deixar de cumprir a multimencionada *requisição*, nem o Poder Judiciário pode delegá-la, porque é da sua exclusiva atribuição.

Insista-se a respeito da jurisdição e competência num Estado de direito; admitir em contrário seria malferir o princípio da *reserva legal*. Daí, expressando a *requisição* o poder reservado para a satisfação de interesses públicos, ser inaceitável a contenção da sua imediata executividade à liberação por vontade de outro Poder. No caso, demais, sob o tirante de *lacuna*, seria descabido cogitar-se de compreensão construída analogicamente ou por extensão, certo que a Constituição fixa expressamente a competência para a *requisição* em comento. Decorrentemente, não teria repercussão imaginar-se a competência concorrente. Por essa travessia de razões, ampliar a competência do Presidente da República ou do Poder Legislativo, seja na execução ou validação congressual, pareceria “mera ficção” (Kelsen), em desfavor do Poder Judiciário, intérprete e aplicador da ordem jurídica constituída. Mesmo porque, ainda que hiperbólico o Executivo ou ansioso o Legislativo por mais poder, não podem *potestate propria* invadir competência jurisdicional, no cenáculo do Estado de direito, vital para o equilíbrio dos Poderes e para a preservação das liberdades fundamentais do cidadão.

Rente à exposição, não constituiria demasia estabelecer *prazo judicial* para o cumprimento da *requisição*, evitando tardança em desprestígio do Judiciário e eliminando a possibilidade de critério político temporizador. Até aqui, a demora tem levado à perda de objeto, desmerecendo o Poder coacto e criando uma tradição de que nada acontecerá ao coator. Com o prazo, o descumprimento ensejaria a visão do crime de responsabilidade, por si suficiente para desestimular o pouco caso à decisão judicial.

Semeadas as idéias e demonstrado que a *requisição judicial* tem contornos diferenciadores, clareia-se que não se confunde com a “solicitação”. Define-se como instrumento da ordem jurídica,

editada no exercício de expresso poder e conformando às finalidades do Estado de direito, favorecendo a federação – forma de Estado. É, pois, de se esperar que não pareça decisão inócua. O Poder Judiciário não pode abdicar de competência assegurada constitucionalmente, devendo agir com eficiência, como guardião dos superiores interesses coletivos. Afinal, não serve aos governantes, mas aos governados.

Bibliografia

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Borsoi, [1963].
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

A imanência jurídica da OMC

Jorge Fontoura

Sumário

1. Introdução. 2. O adensamento jurídico da OMC. 3. *Iter* procedimental. 4. *Legitimatío ad causam*. 5. A regra do consenso invertido. 6. Pedidos recursais. 7. A Implementação das decisões. 8. Conclusões

*...entre partenaires inégaux,
c'est la liberté qu'opprime et c'est
la justice que rende libre ...*

1. Introdução

Quando os “reis católicos” Fernando e Isabel, da Espanha, e Don Manuel, o Venturoso, de Portugal, decidiram resolver suas questões, no começo da Idade Moderna, sem usar a força das armas, a tutela jurisdicional provinha da *res publica* cristã, pela sagrada pronúncia legal pontifícia. Era a voz papal impondo os termos dos ajustes, bulas e tratados. Foi o que ocorreu com a partilha entre portugueses e espanhóis da expectativa dos descobrimentos, nas grandes navegações.

Por tais injunções é que, curiosamente, antes de estudar-se propriamente História do Brasil, estuda-se Direito Internacional Público, desde as mais tenras lições de escola primária, quando conhecemos o Tratado de Tordesilhas, de 1494, unguido pelos bons ofícios do Papa Alexandre VI.

O ocaso do poder papal, como disciplinador de uma pretendida ordem internacio-

Jorge Fontoura é Doutor em Direito. Professor do Curso de Pós-Graduação da Universidade Católica de Brasília. Vice-Presidente do CEDI-Centro de Estudos de Direito Internacional. Consultor Legislativo do Senado Federal.

nal, derivada do consenso e do querer comum dos Estados soberanos, encontrou formidável sucedâneo nas organizações internacionais. Filhas temporãs do “Direito das Gentes”, surgem no século XX, como reação civilizada à barbárie decorrente do desmedido voluntarismo estatal da Idade Moderna, que conduziu às guerras mundiais e aos grandes conflitos contemporâneos.

Já no segundo pós-guerra, com o fulminante advento da “era do mercado” e com a necessidade premente de disciplinar internacionalmente a prática do comércio mundial, o GATT, acordo de 1947, constituiu-se, de imediato, como solução possível porém parcial. De fato, um regime comercial como o até então vigente, de unilateralismo político de interpretação e análise, *power oriented*, com represálias e retorsões, representava a semente do caos no convívio entre as Nações.

Necessitava-se, com a incisiva abertura dos mercados, de um efetivo multilateralismo decisório, baseado no querer coletivo e coordenado dos Estados, com mecanismos fundados em regras comuns, para refrear tendências unilaterais e ímpetos nacionalistas. Aliás, tal conformação *rule oriented* já houvera sido preconizada idealmente por Grotius, quando concebeu sistematizar as relações de conflito entre sujeitos *qui superiore non habet*, na metade do século XVII, dando origem ao próprio Direito Internacional Público.

A “metaforma” OMC derivada do GATT, conforme se decidiu na Rodada Uruguai, criando uma organização internacional a partir de 1º de janeiro de 1995, constitui importante passo na evolução do “Direito das Gentes” ainda não devidamente estudado e avaliado pelos juristas. Tal dinâmica corresponde claramente à busca de efetivos mecanismos jurídicos de autolimitação, aptos a coibir um indesejável *modus vivendi* potencialmente conflitual, baseado em condutas estatais unilaterais. Trata-se, em verdade, da volta do Direito Internacional às suas mais remotas origens, contrariando

tendência contumaz, conforme a sempre presente advertência de Michel Virally: “... *le Droit international public, semble-t-il, a eu toujours tendance à la méconnaître à ses origines...*” (1990).

Com todos os limites que costumam evitar as instituições humanas e com todas as injunções que se verificam a partir do fisiologismo das instâncias de poder, a OMC é um significativo momento de imposição da *potestas* jurídica sobre a *potestas* política, obrigando os países, na expressão de Delmas Marty, a um “pluralismo jurídico ordenado” (1986, p. 322). Dispondo de um aparato virtualmente cogente e sugestivamente sancional sem ser impositivo, a OMC é de todo inovadora, em face do que sempre foi a específica prática internacional de solução de controvérsias comerciais. Em lugar do tradicional direito de coordenação das relações de Direito Internacional Público, surge um direito vinculante ou, mais propriamente, de voluntarismo subordinado, em que, na ausência da pacificação pelos meios político-diplomáticos convencionais, profere-se um relatório sancionador, que comina punições compensatórias a quem violou o direito. De natureza impositiva sob condição, sempre declaratório e eventualmente constitutivo, o relatório só não será implementado mediante querer consensual de todos os membros da Organização.

Há que se ter presente, no entanto, que a inexorável âncora contratualista da relação interestatal (*pacta sunt servanda*) permanece incólume, com o consentimento sendo determinante para que o Estado adira e permaneça na OMC, submetendo-se *a fortiore* ao seu sistema de solução de controvérsias.

2. O adensamento jurídico da OMC

Ao contrário do que ocorria no singelo aparato do Acordo Geral de Comércio e Tarifas, o pioneiro GATT de 1947, centrado mais no costume do que no direito “positivado”, com apenas dois artigos específicos, o atual “Sistema-OMC” é eminentemente

convencional. Assenta-se, com efeito, em legislação específica, consolidada no “Entendimento relativo a Normas sobre Solução de Controvérsias”, ESC, (*Dispute Settlement Understanding*), aprovado no bojo da Rodada Uruguai, em sua manifestação jurídica por excelência, o Encontro de Marraquesh, no primeiro semestre de 1994.

Convictos de que tal aparato jurídico é elemento essencial para trazer segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio, os Estados-membros comprometem-se a abster-se de medidas unilaterais, em caso de violação das regras comuns, sendo tal compromisso a viga mestra da estrutura político-jurídica garantidora da dinâmica e eficácia da OMC.

Disposto em 27 artigos, o ESC possui tanto regras de direito substantivo, quanto normas de natureza adjetivo-procedimen-

tal. Destacam-se, entre as primeiras, tanto as normas definidoras de um espaço jurisdicionável formal, quanto aquelas concernentes a determinação da competência, delimitada *rationae materiae*, da qual fazem parte todos os acordos comerciais e tratados institutivos da OMC. Tomando por empréstimo a terminologia do Direito Comunitário Europeu, poderíamos considerar que os tratados fundacionais conformam seu direito originário; todos os demais acordos supervenientes, “Entendimento sobre Solução de Controvérsias” *compris*, o seu direito derivado.

Um eficiente quadro indicativo de todo esse arcabouço normativo, separando tematicamente os artigos do tratado institutivo da OMC, é formulado por Petersmann, que transcrevemos no texto original (1998, p. 193):

<i>Political methods dispute settlement</i>	<i>Legal methods of dispute settlement</i>
Consultations (Article 4)	Panel Procedure (Article 6-16, 18, 19)
Good Offices (Article 5, 24)	Appellate Review Procedure (Article 17-19)
Conciliation (Articles, 5, 24)	Rulings by Dispute Settlement Body on Panel and Appellate Reports (Articles 16,17)
Mediation (Articles 5, 24)	Arbitration among States (Article 25)
Recommendations by	Private International Arbitration (e.g. Article 4 Agreement on Preshipment Inspection)
- Panels (Article 19)	
- Appellate Body (Article 19)	
- Dispute Settlement Body (Article 16, 17)	
Surveillance of Implementation of Recommendations and Rulings (Article 21)	
Compensation and Suspension of Concessions (Article 22)	

3. *Iter procedimental*

O órgão supremo do sistema é o Conselho Geral da Organização, que se reúne para apreciar todos os conflitos que sejam suscitados entre países-membros, por meio das reclamações. Atuando como Órgão de Solução de Controvérsias, OSC, sempre que provocado, passará a buscar solução mutuamente aceitável para o impasse, regendo-se por calendário rígido, na convicção de

que os conflitos devem ser celereamente dirimidos. O OSC irá conduzir as fases procedimentais até o relatório final, que indicará condutas e cominará sanções comerciais na forma de direitos a serem ou não exercidos pela parte vencedora, aqui bem ao sabor das relações flexíveis de coordenação do Direito Internacional Público.

O exercício facultativo dos direitos indicados pela decisão contida no informe final e concedidos à parte vencedora é, de fato,

prática de difícil percepção jurídica, senão àqueles habituados à realidade do Direito do Comércio Internacional. A flexibilidade que se concede às partes, quanto à implementação da *decisio ultima*, ao fugir do rigorismo impositivo das sentenças do direito interno, permite mais facilmente a construção de um entendimento satisfatório às partes. No contencioso internacional, em especial do comércio, ganhar não significa aplicar-se necessariamente o *mandamus* contido na decisão direcionada à solução do caso concreto. Há, em verdade, toda uma gama de circunstâncias que condicionam a conveniência da aplicação do que se houve por bem decidir.

O OSC examina também pedidos cautelares e apelações, sendo curiosamente, e em certa medida, o seu próprio órgão revisor, devendo então compor-se exclusivamente por juristas, conforme ver-se-á mais adiante. Incumbe-lhe ainda zelar, ao final, pela correta implementação de eventuais sanções comerciais cominadas à parte vencida, observadas as sutilezas que marcam o contencioso comercial internacional e a própria construção do consenso nas instâncias que se lhe derivam.

De toda sorte, e em que pese seu breve período de vigência, não há mais como duvidar da eficácia e da efetividade do sistema de solução de controvérsias trazido pela OMC, como se pode auferir pelo grande respaldo internacional que vem recebendo. Considerados os vinte e sete países originalmente signatários do GATT, os atuais cento e quarenta membros da OMC, e com especial significado a virtual adesão da China (MESSERLIN, 1999), não há mais espaço para qualquer tipo de ceticismo. Também nos parece indubitável que é o “adensamento jurídico”, usando a expressão laferiana¹, com que se procura vivificar um verdadeiro sistema internacional de comércio, o que marca definitivamente o devenir da convivência dos Estados e da nova face da diplomacia do confronto comercial.

Seguindo o tradicional roteiro do Direi-

to Internacional clássico, a primeira das fases do *iter* procedimental, ainda no plano político-diplomático, diz respeito à negociação direta, que se dá na forma de consultas bilaterais entre as partes conflitantes. Em não se chegando a um resultado comumente desejável, as partes podem submeter a questão ao Diretor-geral da Organização, que oferecerá seus bons ofícios para resolver a demanda. De fato, tal possibilidade remanesce como imponderável, diante dos elevados interesses em jogo. Aqui reflui outra prática comum no Direito Internacional, em que se prevê abstratamente, na letra do tratado, algo que se sabe adrede inaplicável. Trata-se de conveniência política verificada no momento da negociação e redação dos textos pactícios, em detrimento da efetividade, como ocorre, por exemplo, na previsão da possibilidade de os juízes da Haia julgarem por equidade (art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça), desde que “com a anuência prévia e expressa das partes”, o que se sabe na prática imponderável.

Tem-se reconhecido que a unificação procedimental aplicada na OMC, abstraindo o conteúdo material das demandas, bem como as implicações jurídicas de natureza nacional, constitui significativo avanço, provedor do que se pode designar de efetivo “sistema de solução de controvérsias”. Em verdade, deixou-se para traz uma atitude fragmentadora, seguramente inspirada no *conflict of law*, na visão difusa do Direito Internacional Privado, em que cada parte pode levar consigo o próprio direito, para adotar-se a *regula* uniformizadora do “Direito das Gentes”, no qual o procedimento deve ser *erga omnes*.

4. Legitimatío ad causam

A OMC só concebe legitimidade *ad causam* para Estados, conforme ocorre no estrito âmbito do Direito Internacional Público, não podendo indivíduos, empresas ou organizações não-governamentais nela demandar *in pectore*. Não obstante sejam as contendas comerciais comumente entre em-

presas e não entre Estados,² estima-se que deva vigor a prática da representação diplomática, em que o Estado representa seus jurisdicionados. A recente aceitação de parecer de organização não-governamental, no caso Estados Unidos da América *versus* República de Camarões, WT/DS 58, tem ensejado uma série de precedentes críticas, tendo em vista sua notável impropriedade (BLIN, 1999, p. 83).

É importante observar, nesse sentido, além dos Estados, apenas os blocos econômicos com personalidade jurídica. Vale dizer, as meras zonas de livre comércio sem política externa comum, como o NAFTA (ou uma hipotética ALCA), não dispõem de *legitimitatio ad causam* perante o sistema de solução de controvérsias da OMC. A União Européia dispõe da específica faculdade de agir, por ser portadora de personalidade jurídica internacional, conforme se reconhece aos blocos econômicos que sejam minimamente uniões aduaneiras, perfeitas ou não, com razoável coordenação de política comercial e macroeconômica e política externa integrada³. Quanto ao Mercosul, formalmente pessoa jurídica de direito público externo (art. 30 do Protocolo de Ouro Preto de 17 de dezembro de 1994), nada impediria uma litigância em bloco, desde que alcançadas as citadas coordenações, o que corresponde a atributo de inexcedível importância, ainda não devidamente valorizado pelos “sócios de Assunção”. No que concerne ao bloco europeu, tem de fato protagonizado casos dos mais importantes, alguns em oposição aos Estados Unidos, como a questão das “bananas-dólar”, União Européia – Bananas, WT/DS27 (BLIN, 1998, p. 933).

Passados sessenta dias sem que se tenha chegado a uma solução, o demandante pode solicitar ao Órgão de Solução de Controvérsias que instaure um conselho de especialistas incumbidos de apreciar o litígio, a ser constituído em até trinta dias. Trata-se do *panel*, ou Grupo Especial, como parece ser a melhor expressão aplicável em língua portuguesa⁴.

Com os nomes propostos pela Secretaria da OMC, em que se observa rigidamente o critério do conhecimento, capacidade e imparcialidade, os membros do Grupo Especial atuarão a título pessoal, não estando vinculados a seus Estados pátrios. As conclusões deverão ser formalizadas em seis meses, podendo, em alguns casos, ser o prazo diminuído, porém em nenhuma hipótese dilatado.

Há que se observar a natureza jurídica peculiar da instituição do *panel*, que poderia ser equivocadamente confundido com uma forma ou uma metáfora arbitral. Ainda que ocorrendo, na prática internacional, também após a negociação direta e a mediação, a arbitragem, no entanto, não se confunde com o que se tem na OMC.

A equivocada visão do *panel* como forma arbitral fica afastada pelo simples cotejo dos dois institutos: sem pacto compromissório ou compromisso arbitral, sem específico trânsito volitivo das partes, sem laudos executórios e sem árbitros, o *panel*, a toda evidência, não é arbitragem. Trata-se, isso sim, de instituição inovadora, uma neoforma evoluída do “Direito das Gentes”, máxime se contemplada pela perspectiva de seu relatório ou informe final, não construtivo ou injuncional, desprovido dessarte da aura impositiva de sentença judicial ou laudo arbitral.

À nossa percepção, tais relatórios ou informes finais, sem um formalismo mandamental de rigor absoluto, constituem um aporte a mais para o novo ciclo que se começa a delinear no convívio jurídico internacional. Trata-se de um ciclo em que ganham força os atos unilaterais exortatórios das Organizações Internacionais, fontes não codificadas do “Direito das Gentes”, como as Resoluções das Nações Unidas e, de forma peculiar, as Recomendações da OIT, que, não obstante seu caráter de cogência difusa, sinalizam firmemente em direção ao Direito que deve ser cumprido (GUNTHER apud FONTOURA, 2001). Mais que *lege ferenda*, a “era das Resoluções”, ou a era da efetividade das exortações a que assistimos

claramente nascer, implica um decisório internacional que deve ser acatado, ainda que não *lege lata*. É como se o velho voluntarismo estatal “que tudo pode” quisesse colocar-se agora a serviço, senão da causa da coexistência pacífica, pelo menos da segurança jurídica indissociável da idéia de um mercado globalmente abrangente.

As etapas principais a serem cumpridas na apreciação da controvérsia são as seguintes: a) as partes apresentam, por escrito, previamente à primeira reunião do Grupo Especial, memorial contendo exposição detalhada dos fatos e a argumentação jurídica pertinente; b) na primeira reunião, o reclamante expõe suas razões e é argüido pela contraparte, sendo ouvidos também os terceiros interessados na causa; c) em se verificando argumentações de natureza técnica ou científica, nomeia-se um grupo de peritos que irá apresentar parecer consultivo; d) o Grupo Especial franqueia, por escrito, a primeira parte de seu informe final, correspondente ao relatório, para que os demandantes se manifestem, no prazo de duas semanas, sobre matéria de fato e de direito ali relacionada; e) o Grupo Especial fornece então o esboço da parte conclusiva e dispositiva do informe final, de natureza provisória, para que as partes o examinem por duas semanas, podendo celebrar reuniões comuns de negociação interpartes e julgadores; f) na fase seguinte, formaliza-se a comunicação do informe final às partes, para nas três semanas subseqüentes encaminhá-lo a todos os países-membros da Organização; g) o informe final é adotado em sessenta dias a contar de sua divulgação a todos os membros, salvo a possibilidade de uma das partes litigantes manifestar formalmente seu intuito de interpor recurso, ou que se decida por consenso, entre todos os Estados-membros, a sua não-adoção.

5. A regra do consenso invertido

A busca da construção do consenso, com uma ampla negociação entre julgadores e

julgados, é o que mais estupefaz a visão acostumada à natureza impositiva e de subordinação do Direito interno. Está-se claramente em um outro espectro de prestação jurídica, em que a coação continua essencial ao Direito, porém por meio de mecanismos muito mais sofisticados.

Uma das inovações do “Sistema-OMC”, em relação ao “modelo GATT”, diz respeito à inversão da regra de consenso, para impedir a implementação das sanções comerciais contidas no informe final, de positivo para negativo. Anteriormente, autorizava-se, com o voto de todos os membros, a aplicação das medidas punitivas, inclusas aí a anuência da parte sucumbente. Tratava-se, a toda evidência, de um mecanismo de controle político, que só se pode conceber na atipia e fluidez das instâncias internacionais. A forma inovada, mantendo a idéia-matriz do consenso, estabelece que o querer comum, ao contrário de permitir, está apto a vetar a aplicação das sanções comerciais, diminuindo a cautela política em favor de um *approche* mais jurídico.

Ainda em prol do adensamento jurídico, a forma de elaborar e implementar decisões punitivas na OMC, sem ser imperativa, conforme a rigidez das práticas de *municipal law*, passa a revestir-se de uma heurística cogência condicionada, nunca dantes vista na solução de controvérsias comerciais internacionais.

6. Pedidos recursais

Fiel ao *standard* mínimo de justiça, do senso jurídico comum, o “Sistema-OMC” possibilita o duplo grau de apreciação das controvérsias, permitindo que qualquer das partes possa apelar das decisões contidas no informe final.

Devendo cingir-se à matéria de direito ou às interpretações de natureza jurídica elaboradas pelo Grupo Especial, o recurso dirigir-se-á ao Órgão Permanente de Apelação, do Órgão de Solução de Controvérsias, formado por sete membros de notável saber

jurídico-internacional. Tais membros serão escolhidos para um mandato de quatro anos, não devendo estar formalmente vinculados a governos nacionais. Composto câmaras de três membros, que apreciarão colegiadamente os pedidos recursais, serão competentes para modificar ou revogar as conclusões jurídicas *a quo*, contidas no informe final de um *panel*. A bem da celeridade, o procedimento revisional não deverá ultrapassar ordinariamente sessenta e extraordinariamente noventa dias.

Analogamente ao informe do Grupo de Especialistas, trinta dias após a distribuição das conclusões da apreciação do recurso, o informe do Órgão Permanente de Apelação será aceito incondicionalmente pelas partes, sempre com a salvaguarda de que, conforme vimos, todos os membros da OMC decidam pela sua não-adoção, o que implicará seu cancelamento formal e material.

7. Implementação das decisões

Para assegurar a eficaz solução de controvérsias comerciais internacionais, fomentando a segurança jurídica que a todos aproveita, estima-se essencial o pronto cumprimento do “relatório final” formulado pelo OSC.

Desprovido que é, no entanto, do mesmo cunho que se dá às sentenças judiciais e mesmo aos laudos arbitrais, tais informes exsurtem no moderno contencioso internacional, muito mais como recomendações aptas a prover solução do caso, do que como decisões impositivas a serem cumpridas *tout court*. Como já acentuamos, ao deixar ao sabor do querer das partes e de suas capacidades de construir consenso a partir de decisão judicial, mas não impositiva no sentido clássico, o “Sistema-OMC” parece enveredar pela reiterada tendência do Direito Internacional contemporâneo de pacificar pela exortação.

Em uma sessão do Órgão de Solução de Controvérsias que ocorrerá trinta dias após a adoção da decisão final (ou do *panel* ou do Órgão de Apelação), a parte sucumbente

deve manifestar-se em relação à forma como serão cumpridas as sanções, no mais das vezes mediante estipulações compensatórias. Não sendo possível cumpri-las de imediato, cabe a solicitação para que se conceda prazo a ser determinado pelo OSC, podendo ocorrer negociações com a parte vencedora, de forma a estabelecer compensações mutuamente aceitáveis. Prevêem-se como tal, inclusive, reduções tarifárias compensatórias, o que excepcionalmente não irá incidir em violação da cláusula da nação mais favorecida⁵.

Não se verificando consenso em vinte dias, a partir da admissão do prazo prudencial, é facultada à parte vencedora aplicar as sanções comerciais constantes da recomendação, devendo, em princípio, referir-se ao mesmo setor objeto da controvérsia ou ao marco do mesmo Acordo. Havendo divergência no que concerne ao modo de se fazer valer a estipulação sancional, prevê-se a possibilidade de recorrência à arbitragem, na forma ordinariamente aplicável à generalidade do comércio internacional, o que tem sido consideravelmente utilizado pelos Estados.

8. Conclusões

A recente condenação do Brasil no caso “aeronaves, WT/DS 46”, concedendo a possibilidade de aplicação de sanções comerciais de bilhões de dólares em favor do Canadá, pela repercussão que teve junto à opinião pública brasileira, vem despertando vívido interesse da comunidade jurídica não apenas acadêmica. Embora a cifra aventada não signifique necessariamente dinheiro, os números são sempre argumento imponderável. Parece tornar-se bastante claro que o Brasil, desde já um ativo cliente do sistema de solução de controvérsias da OMC, deverá estar cada vez mais presente e imbricado pelo contencioso comercial internacional, projetando a ingente necessidade da preparação e aperfeiçoamento de quadros profissionais aptos a fazer face ao imenso desafio⁶.

A constatação, por outra parte, do ineditismo e da atipia de muitas das práticas como as aqui relacionadas, reveladora de uma face totalmente renovada do Direito do Comércio Internacional, obriga a imenso esforço de reciclagem e atualização no exercício do Direito e na própria formação jurídica.

A hesitação que temos no Brasil, enquanto cultura jurídica, em incorporar práticas corriqueiras às demais Nações, como a instituição da arbitragem e a primazia dos tratados na ordem jurídica interna, com a ratificação da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, revela dilemas às vezes pétreos que deveremos superar, se efetivamente seguirmos insuflados pelas rotas tempestuosas da inserção internacional e do acesso aos mercados.

Em todas essas clivagens, nas quais os processos de modificação e adaptação necessitam realizar-se em ritmos não muito distintos, conhecer a OMC e seus meandros, situando-a como base jurídica e institucional do comércio multilateral, acompanhando a quase instantaneidade de suas mudanças de rumo, é crucial em projetos estatais que aspirem a efetiva participação no comércio internacional.

Quanto à organização em si, vale ressaltar, por derradeiro, o seu imenso esforço em constituir efetivo foro multilateral, pela valorização dos aspectos jurídicos, em detrimento da ingerência política. A percepção aqui e acolá ainda remanescente de que a OMC é apenas mais um baluarte dos países ricos, restritiva e discriminadora dos países emergentes, mantenedora de privilégios incompatíveis com a própria idéia de mercado, ou “*Organisation Mondiale du Caviar*”, como já se chegou a aludir com picardia, há que ser rapidamente revista.

Na contigência de diversos desafios que lhe estão a espreitar, e já superando o seu primeiro quinquênio de existência, não há como esse novo “consistório genebrino” da pós-modernidade deixar de fazer face às questões cruciais ao seu porvir, como a legitimidade e abrangência de sua composi-

ção, o funcionamento e a pertinência de suas instituições, e, não com menos importância, sua própria efetividade e credibilidade no concerto das Nações.

Notas

¹ A expressão “adensamento jurídico” parece-nos preferível a “adensamento de juridicidade”, tradução mais retórica do que técnica de “thickening of legality”, conforme originalmente utilizada.

Celso Lafer também é o formulador da expressão “alianças com geometria variável”, apta a significar corretamente a nova dinâmica das relações internacionais a partir da emergência da OMC, “... um jeu subtil que s’articule autour d’un certain nombre de acteurs incontournables qui vont nouer des alliances à GEOMETRIE VARIABLES selon lês intérêts en presence...” (1998, p. 942).

² São exemplos emblemáticos os casos entre as empresas Kodak e Fugi, (1998), USA e Japão; e o caso entre as empresas Bombardier e a Embraer, formalmente entre Canadá e Brasil, em 2000.

³ Deve-se registrar, ainda, a propósito da participação de blocos econômicos, que os países da ASEAN – Malásia, Indonésia, Cingapura, Filipinas, Tailândia, Brunei Darussalan e Vietnam –, não obstante o relativo grau de integração econômica, por adotarem política comercial comum, já se manifestaram em comum na OMC.

⁴ O significado do vocábulo “painel” era, em língua portuguesa, o de quadro, mostruário; a acepção de painel como grupo de peritos, conselho, junta, comissão, corresponde a anglicismo até bem pouco não-dicionarizado, estranho à norma culta da língua. No entanto, o recente *Novo Aurélio, século XXI*, edição de 1999, já incorpora o verbete como significando reunião em que uma mesa constituída de personalidades ou especialistas apresenta pontos de vista a respeito de um tema, a fim de serem debatidos pelo plenário.

⁵ Tida como regra básica do sistema multilateral de comércio, a cláusula da nação mais favorecida estabelece, nos termos do art. 1 do GATT, que nenhuma liberalidade comercial pode ser concedida a um parceiro sem que se a estenda a todos os demais partícipes do comércio internacional. Cumpre sempre lembrar que também não opera dentro dos blocos econômicos, o que por si só pode explicar a maciça adesão dos Estados a processos de integração econômica.

⁶ A “une” do Financial Times, do dia 26 de junho de 2001, parcimoniosa na publicação de fotos, traz com grande destaque a imagem do Embaixador José Alfredo Graça Aranha falando a jor-

nalistas na OMC, após a desistência norte-americana do contencioso com o Brasil, em função das patentes de remédios destinados ao tratamento da AIDS. Tanto a manchete da matéria quanto o texto em si parecem não deixar dúvidas em relação ao espaço, nem sempre cômodo, que vai sendo ocupado pelo Brasil: “US RETREAT DEALS FRESH SETBACK TO DRUGS GROUPS”. E prossegue: “The USA government yesterday dropped its complaint against Brazil’s patent law at the World Trade Organisation, dealing a fresh blow to the position of leading pharmaceutical companies in the developing world...”

Bibliografia

BLIN, Olivier. La Communauté européenne et le règlement des différends de l’OMC. *Revue du droit des Affaires Internationales*, Paris, n. 8, p. 933, 1998.

_____. *L’Organisation Mondiale du Commerce*. Paris: Ellipses, 1999.

FONTOURA, J. Recomendações da OIT: política ou direito? *Correio Braziliense*, Brasília, 11 maio 2001.

LAFER, Celso. Reflexion sur l’OMC lors du 50 eme: anniversaire du système multilatéral commercial. *Journal du Droit International*, n. 4, Paris, 1998.

MARTY, Delmas. *Le Flou du droit*. Paris: Universitaires de France, 1936.

MESSERLIN, P. *La chine entravée par ses structures juridiques*. Paris: Le Monde, 25 mars 1999.

PETERSMANN, E.U. *The GATT/WTO dispute settlement system*. Londres: Kluwer Law International, 1998.

VIRALLY, Michel. *Le droit internationale en devenir: essais écrit au fil des ans*. Paris: Universitaires de France, 1990.

Globalização e neoliberalismo

Roberto Amaral

Início esta intervenção narrando-lhes episódio que, brasileiro, é simbólico da tragédia que envolve nosso Continente. Faz poucos dias, às vésperas das comemorações do nosso dia nacional, o presidente da República de meu país, pressionado pela crise interna agravada pelo racionamento de energia e pela desvalorização do real, nossa moeda, e pela crise externa atribuída às dificuldades presentes da Argentina, proclamou, com toda a força de seus pulmões, dirigindo-se a um grupo de empresários:

– Exportar ou morrer!

Descontado o ridículo, a proclamação do Presidente brasileiro encerra a vulnerabilidade externa a que nossos países foram levados pela adoção irresponsável de um modelo de economia que, derivado de nossa dependência cultural, determinou nossa dependência econômica.

Nossos países, adotado o modelo da globalização, vivem à cata de divisas para financiar o déficit público, para financiar as importações, para financiar o serviço da dívida, até mesmo para financiar as exportações. A política de juros altos, que inibe a produção nacional, procura justificativa no esforço para atrair investimentos externos. Daí, abandonado o esforço de crescimento do mercado interno, de que dependera nosso desenvolvimento até aqui, o apelo quase fundamentalista às exportações. Porque cada vez mais recebemos cada vez menos pelo que exportamos.

Roberto Amaral é Presidente do Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos – CEBELA e Professor da PUC-Rio.

Nunca será demais lembrar, como faz Celso Furtado (1989, p. 41), que os preços reais dos produtos do Terceiro Mundo apresentam tendência histórica declinante. Essa queda, que tem história de muitos anos, chegou a 20% entre 1989 e 1991.

Em face dessa brutal depreciação, nossos governos, dependentes, reflexos, só conhecem uma política, a saber, aumentar as exportações, e, para aumentar as exportações, contraem financiamentos externos para financiar a produção, aumentando duas vezes a dependência. Prisioneiro dessa lógica perversa, o Presidente brasileiro grita com todos os pulmões:

– Exportar ou morrer!

De um lado, a pressão das grandes potências ditando os preços internacionais de nossos poucos produtos exportáveis, de outro, nossos próprios governos, a pretexto de perseguir alguma competitividade no mercado internacional, vilipendiando o câmbio e reduzindo o valor dos salários dos trabalhadores, para baratear o custo da produção nacional, contribuindo assim para a concentração de renda e a exclusão social, causa e efeito de uma tragédia que, separando continentes e países, separa nossos povos em nossos países.

A queda dos preços e a tomada de financiamento externo formam a base da dívida externa, agravada pela política geral de importações. De um lado, do nosso lado, a abolição geral de toda sorte de barreiras, sem o dever de criar mecanismos internos prévios de proteção ao produto nacional e à nossa mão-de-obra; de outro lado, o protecionismo das grandes nações, as barreiras sanitárias e outras, como as não-tarifárias, em particular as injustas e arbitrárias legislações protecionistas mascaradas sob o rótulo de ‘antidumping’, são acionadas ao bel-prazer pelas administrações das nações industrializadas para proteger diferentes grupos de interesse de seus países. O protecionismo internacional atingiu seu mais alto nível com a criação da OMC, em 1995, e os Estados Unidos figuram como líder na adoção de

expedientes não-tarifários como forma de barrar as importações das economias emergentes, atingindo mesmo outros mercados, que não só os agrícolas, como é o caso do setor siderúrgico¹.

É a dualidade da lógica imperial que faz com que os países dominantes possam recorrer ao protecionismo e aos subsídios que proíbem aos países do Sul. Segundo o FMI, autoridade insuspeitíssima, os países integrantes da Organização de Cooperação Econômica para o Desenvolvimento (OCDE) desembolsam anualmente 365 bilhões de dólares para proteger seus agricultores.

O despudor europeu e norte-americano protegendo e subsidiando sua agricultura e sua indústria só encontra paralelo em nossa subserviência promovendo a redução unilateral das tarifas de importação.

Em nome da competitividade internacional, adotamos modelos de produção que exigem tecnologias intensivas de capital e excludentes de mão-de-obra. E assim, via endividamento, exportamos capital e emprego para o primeiro mundo.

E construímos o desemprego.

Segundo dados da OIT, o desemprego aberto (ou seja, aquele que não considera o desemprego oculto pelo trabalho precário, pelo lumpenato e pela indigência) só fez crescer em nosso Continente, de 1990 a 2000. Nesses dez anos, ele cresceu, na Argentina, de 7,5 para 15,4%; no Brasil, de 4,3 para 7,1%; no Chile, de 7,4 para 9,4%; na Colômbia, de 10,5 para 20,4%; no Uruguai, de 9,2 para 12%, e na Venezuela, de 11,0 para 14,6%².

Em nome da globalização e da modernidade neoliberal, somos chamados a importar. Mas metade das importações brasileiras, e não deve ser diverso nos demais países, é paga com o endividamento externo. E assim aumentamos nossa dependência.

Reduzido o valor de nossos produtos de exportação, reduzido o universo de nossa pauta de exportações, predominantemente de *commodities*, entra em crise a produção industrial. Os poucos países do Continente

que conseguiram algum desenvolvimento industrial enfrentam grave crise, crise de sobrevivência, em face da impossibilidade de concorrência com o produto internacional. E assim, exportando menos, obtemos menos divisas do que necessitamos. E assim nos endividamos mais.

No Orçamento federal brasileiro, para 2002, no total de 637 bilhões de reais, nada menos de 336 bilhões, ou seja, 53%, são destinados ao pagamento do serviço da dívida.

E assim, ao invés de exportadores de manufaturados e absorvedores de investimentos externos, transformamo-nos, ao preço da pobreza de nossos povos, em importadores de bens e exportadores de capital, isto é, de excedentes gerados internamente e drenados como juros, lucros, serviços, pagamentos, devendo, concomitantemente, aumentar o esforço de poupança e reduzir o investimento interno. Enquanto isso, parte considerável da poupança disponível em todo o mundo, inclusive nos países periféricos e pobres, é transferida para o financiamento do enorme desequilíbrio da conta-corrente do balanço de pagamentos dos Estados Unidos, cuja dívida externa superava, em 1997, um trilhão de dólares, desequilíbrio estrutural que é a causa da drenagem, para sua economia, de mais da metade da poupança internacional.

Assim se explica, a observação é ainda de Furtado³, o esforço daquele país visando à criação de zonas de livre-câmbio, como o NAFTA, englobando os mercados norte-americano, mexicano e canadense. Mediante esses acordos, as indústrias norte-americanas recuperam a competitividade internacional, pois os salários monetários no México não passam de uma décima parte dos salários percebidos pelos operários norte-americanos. A vitoriosa experiência de integração com o México, isto é, de superexploração de sua mão-de-obra, é o paradigma ao projeto mais amplo de abarcar todo o hemisfério. Eis as razões da ALCA.

No caso brasileiro, e no caso da grande maioria de nossos países, as políticas de

estabilização de preços e de câmbio, adotadas, uniformemente, como regra fundamentalista, ditadas pelo alcorão do FMI, estão apoiadas em crescente endividamento externo.

Assim, por razões que nenhuma lógica consegue demonstrar, adotamos um modelo de desenvolvimento que nos impõe um brutal endividamento externo, de par com a queda do valor das exportações e da capacidade de adquirir divisas. Como consequência, a mesma lógica perversa do endividamento nos impõe as políticas de ajustamento, adotadas em todos os nossos países, segundo o mesmo receituário. Onde pobreza e endividamento.

Se todo o esforço do modelo é tendente a atrair capital externo, mesmo volátil, mesmo causando as crises que já foram vividas pela Rússia, pelo México, pelo Brasil e pela Argentina, a realidade mostra que esse capital, cada vez mais caro, está cada vez mais arredo. Segundo a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento, UNCTAD, 85% dos investimentos internacionais diretos ficaram entre os países do G-7. Estimativas construídas antes do 11 de setembro prevêm que o fluxo global de investimentos deve cair, em 2001, em cerca de 40%. Quaisquer que sejam os desdobramentos dos atentados nos Estados Unidos, é seguro afirmar que a liquidez internacional, principalmente os fluxos de capital dirigidos para os nossos países, diminuirá. Pode ser que um dia nossos governos compreendam que não deviam ter feito nossas economias depender tão completamente da poupança externa.

Em 1995, a dívida externa brasileira somava 159 milhões de dólares. Cinco anos passados, ela atingia 236 milhões, representando 15% do PIB.

Se esse processo de endividamento não for estancado, nossos países desaparecerão, pois todo o capital fixo deles estará alienado. Se não conseguirmos deter o processo de concentração de renda e de exclusão social, o Continente será submetido a um ciclo

de tensão que pode destruir a governabilidade. Mas a política de concentração de renda é fundamental para o modelo, pois gera o excedente necessário para pagar a dívida e os lucros dos investimentos externos.

O Presidente proclama:

– Exportar ou morrer!

Nossos países, que abandonaram as políticas de desenvolvimento do mercado interno e o financiamento de seu desenvolvimento basicamente com a poupança interna, na rota inversa do que fizeram China, Índia e alguns tigres asiáticos, enfrentam, é uma vez mais o caso brasileiro, taxas de crescimento que mal acompanham o crescimento populacional. Para 2002, a previsão brasileira, oficial, é de um crescimento de apenas 2,2% do PIB. Alguns analistas, porém, estimam que o crescimento do PIB ficará, em 2001, em 1% e que em 2002 será algo ao redor de zero (SAVASINI, 2001).

Uma economia de mercado não fundamentalista teria de aplicar, para sobreviver, um mínimo de regras autoprotetoras. Não seria necessário apelar para qualquer sorte de keynesianismo para adotar um mínimo ou um máximo de diretrizes públicas para proteger os pobres, países e povos. Mas que vemos na sociedade de mercado globalizado? Os países mais pobres desprotegidos em suas relações comerciais, econômicas e políticas com os países ricos.

O livre-cambismo, ou neodarwinismo, para não falar de livre canibalismo nas relações internacionais, assegurando a ‘livre concorrência’ entre as economias dos países pobres e subdesenvolvidos e as economias dos países ricos, abundantes em capital e tecnologia, isto é, a concorrência entre desiguais, favorável aos dominantes. Assim, ao invés do intercâmbio educacional ou de projetos de disseminação tecnológica, ou de diretrizes ecológicas e ambientais e incentivos médicos, o que conhecemos é a imposição, aos nossos países, de leis de patentes que virtualmente impedem ou dificultam nosso desenvolvimento científico, principalmente na área biológica. A recente discus-

são sobre a produção de remédios pelos países periféricos – opondo os interesses pecuniários dos laboratórios comerciais protegidos pela diplomacia dos países nos quais têm sede aos interesses da humanidade –, tanto quanto a oposição das grandes potências ao Protocolo de Kioto dão bem o retrato da visão que o primeiro mundo consumista tem do resto da humanidade.

A atual arquitetura econômica, financeira e política do mundo, imposta a todo o planeta por menos de meia dúzia de nações, incluindo suas instituições mais sacralizadas, como o FMI e o Banco Mundial, remonta à conferência de Bretton-Woods, de uma distante 1944. Aquela conferência, a antecipação capitalista e ocidental da partilha que seria comungada em Yalta (1945), refletia os interesses das grandes potências de um mundo do passado que insistia em sobreviver quando o futuro já estava sendo gestado. Aquela altura, a Ásia e a África, em sua quase totalidade, dormiam sob o colonialismo arcaico e a pobreza era justificada como fenômeno natural – que a Deus pertence –, como consequência da inferioridade racial dos pobres, por natureza destinados ao subdesenvolvimento, assim como, quase que por um determinismo histórico, derivado de seu desenvolvimento, os ricos eram destinados à riqueza, e, dela decorrente, ao controle do mundo.

Nesse mundo, ou no mundo de então, a democracia – em qualquer de suas modalidades – era um valor que navegava a milhas de distância de nossos Continentes.

É a essa realidade anacrônica que o atual modelo de globalização nos quer remeter. Trata-se de projeto tanto fácil de ser alcançado quanto transitou da guerra fria e de sua bipolaridade para uma geopolítica caracterizada pela uni-polaridade, tal a distância econômica, política, tecnológica, científica e militar dos Estados Unidos em face do resto do mundo.

Assim, em plena globalização, falecem os organismos internacionais – a começar pela ONU – e o diálogo é substituído pelo

dictat unilateral e a diplomacia pela intervenção militar. Finda a guerra-fria, emerge, fortalecida, a OTAN, que, lógica houvesse, deveria ter sucumbido em 1989, soterrada pelos escombros do muro de Berlim e o fim da União Soviética. O novo mundo talvez justifique mesmo a preeminência da via militar. O novo mundo, mais rico, é constituído de um número cada vez maior de países pobres; a pobreza abjeta de mais da metade da população precisa conviver em paz com a prosperidade sem precedentes de menos de 1% da humanidade.

O mundo unipolarizado, todavia, e por isso mesmo, não conheceu nem o progresso – como ente coletivo – nem a paz. Jamais se verificaram tantos e tão graves conflitos, envolvendo etnias, nações, países, povos, federações e consórcios de nações e exércitos. Mata-se em nome de Deus e da democracia, numa escalada de terrorismo que não conhece limites. E o terrorismo não pode ser reduzido a uma paranóia religiosa, pois ela perpassa a política das grandes potências e se enraíza em uma geopolítica que nem começou nem terminou com a guerra fria. Ao lado do terrorismo paranóide de grupos isolados, há o terrorismo racional e cartesiano de políticas de Estado. Na fonte da chocante continuação da violência e do desperdício, os interesses estratégicos das grandes potências, presentes em todos os conflitos, diretamente, neles atuando com suas tropas, ou com as de seus prepostos, ou indiretamente, fornecendo recursos, serviços de inteligência ou por meio do pornográfico comércio de armas, inclusive de minas antipessoais, comércio cuja proscrição é vedada pelos grandes países, que também vetam o Tribunal Penal Internacional, e rompem com o tratado antimísseis. A Cruz Vermelha Internacional estima em 110 milhões o número de minas espalhadas pelo mundo, na África (Angola, Egito, Moçambique, Somália, Sudão e Eritreia), na Ásia (Irã, Iraque, Afeganistão, China, Camboja e Vietnã), na Bósnia-Herzenovina, na Croácia e na Ucrânia. Segundo a mesma Cruz Vermelha,

elas já mataram mais de 1 milhão de pessoas. E continuarão matando civis, findas as guerras e as invasões, em face do alto custo de sua desativação.

Não sem razão, os cinco maiores exportadores mundiais de armas são os cinco membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU, respondendo por nada menos de 86% das armas exportadas. Em 1999, o comércio de armas mobilizou 53,4 bilhões de dólares. Os Estados Unidos, evidentemente, são os maiores exportadores, respondendo por 49,1% desse mercado, seguidos pelo Reino Unido (18,7%) e pela França (17,6%). Nesse mesmo ano, os gastos mundiais com defesa, contabilizados, somaram 809 bilhões de dólares.

Nos últimos 50 anos, os Estados Unidos gastaram sete trilhões de dólares em defesa (VIDAL, 2001, p. E -9).

Quanto foi gasto na erradicação da fome? Não se tem registro.

O empobrecimento do mundo, o crescimento da pobreza e da exclusão, os conflitos, e a nova geopolítica militar e o esvaziamento dos organismos internacionais servem a que e a quem?

À construção de um modelo econômico que é também um modelo político e cultural, um modelo de civilização dos *jeans* (e das *baggy pants*), da coca-cola e do McDonald's, do individualismo e da intolerância, do poderio e do mando, a civilização do cinema e da guerra; é a sociedade norte-americana com seus índices conspícuos de consumo instituída como princípio e fim de toda a história humana, é a universalização do modelo de uma sociedade do qual nos transformamos em caudatários, em seus gostos e desgostos, em suas paixões e em seus ódios, em seus valores; dependentes de seu modelo cultural, de sua visão de mundo, de seu avanço científico e tecnológico, dependentes, até, de sua língua, de seus olhares, de sua visão de nós mesmos, porque é através de seu cinema e de sua televisão, é através de sua mídia e de suas agências de notícias que nós, os latino-america-

nos, nos vemos, nos olhamos, nos tocamos. Multiplicam-se os meios, mas o conteúdo é homogeneizado, a programação é estandarizada e nossos corações e mentes são construídos pela unilateralidade ideológica que reflete a concentração do capital – econômico, político, militar, cultural, científico e tecnológico –, fundamento subjetivo e objetivo de uma dominação simbólica – universal, global, planetária e quase sideral – sem precedente, que se exerce por todos os meios, sobretudo pelos meios culturais, sobretudo através do domínio do noticiário e da mídia de uma forma geral, ela própria um instrumento das grandes agências internacionais, instrumento dos interesses objetivos que dão sustentação ideológica à cartilha neoliberal.

Para ter acesso a qualquer informação do que ocorre no Equador ou no Peru, ou na Argentina, os brasileiros dependem da boa vontade das agências de notícias internacionais e da CNN. É através de sua ótica – de sua visão de mundo e dos interesses que representa – que somos informados da crise do Oriente Médio, da guerra dos Balcãs, da Guerra do Golfo, é através de sua ótica, e dos interesses estratégicos que representa, que somos informados e levados a fazer opinião sobre Cuba e o que ocorre na Venezuela.

A primeira consequência dessa globalização é a concentração da riqueza em um mundo do qual a maioria da humanidade está excluída, impondo-se a irrecorrível divisão do planeta entre os que pertencem ao futuro e os que ficarão permanentemente no passado, sabendo-se que no Primeiro Mundo ficarão concentradas as atividades criativas, inovadoras, a produção da ciência, da informação e da tecnologia, enfim, do conhecimento, isto é, os instrumentos modernos de poder e dominação.

Em 2000, o PIB dos países integrantes do G-7 somava 67 trilhões de dólares; o PIB de todos os países do MERCOSUL mais o Chile e o México somava 1 trilhão e meio de dólares.

Como o processo se dá, por definição, de forma globalizada, assim são seus efeitos: a

emigração forçada e a constituição de um exército de reserva mundial formado por desempregados, emigrantes clandestinos etc, que coloca todo o seu peso sobre a mão-de-obra nacional, ela mesma precarizada, e sobre seus salários, vilipendiados, e sem defesa, com o esvaziamento político dos sindicatos, construindo uma humanidade de párias vagando em um Estado privatizado, do qual foram retiradas suas funções sociais, a defesa do emprego, a defesa da saúde, sem previdência social, sem seguridade social, um Estado sem mesmo capacidade de intervenção em sua própria economia. O avanço da globalização dos circuitos econômicos, financeiros e tecnológicos determina o esvaziamento dos sistemas econômicos nacionais e dos Estados, aos quais faltarão meios para determinar seja sua política econômica, seja sua política tecnológica, seja sua política de produção, pois todas elas estarão sendo decididas nas sedes das multinacionais que operam em seus territórios. A um tal Estado assim enfraquecido sobrarão as áreas sociais e culturais, aquelas fortemente limitadas pela vitória do liberalismo e, dela conseqüente, da desregulamentação. Consolidado esse modelo de globalização, seremos, serão nossas sociedades progressivamente privadas de toda independência econômica e cultural em relação à potência dominante.

E agora, o que fazer?

Busquemos alternativas.

A globalização poderia ser definida como um processo histórico que não é nem novo nem exclusivamente ocidental; desenvolvendo-se desde sempre, vem progredindo, século após século, por meio de viagens, comércio, migração, difusão de influências culturais e disseminação de conhecimentos (envolvendo, por exemplo, a ciência e a tecnologia). Nem sequer é puramente ocidental. Se no final do último século seu movimento seguia a rota do Ocidente para o resto do mundo, no começo do segundo milênio era a Europa que recebia a ciência e a tecnologia de chineses e a matemática ára-

be e indiana (SEN, 2001, p. 8). Entre um pólo e outro, nos séculos XV e XVI, as grandes navegações foram notável esforço de império comercial, político e cultural. Mais recentemente, a Revolução Francesa tentou universalizar o poder burguês e o liberalismo (e concomitantemente os direitos do cidadão), realizando no mundo, isto é, no Ocidente, e de forma mais irrecorrível, as transformações políticas que afinal asseguraram a vitória da burguesia, e a ideologia do iluminismo, que se fez universal, sobre aquelas forças que insistiam em manter presas a economia e a política. Destruindo o autoritarismo monárquico, derrotando a nobreza e o feudalismo, a Revolução Francesa se completaria, de forma objetiva, com a Primeira revolução industrial, ponto de partida para a universalização do capitalismo como regime político e teoria de valores.

Dessa globalização pode-se dizer que se trata de imperativo histórico que condiciona a evolução de todas as economias atuais. Derivada remotamente das grandes descobertas e do comércio mundial, é a globalização dos sistemas produtivos, alimentada pela revolução tecnológica.

A globalização de que tratamos aqui, porém, não é fenômeno nem natural nem histórico – no sentido de desdobramento inevitável –, mas a metáfora do neocolonialismo. Trata-se da globalização dos fluxos financeiros e monetários e ocorre nos centros de poder que se estruturam no mundo desenvolvido, Estados Unidos, União Européia e Japão.

A globalização de que tratamos aqui não resulta de geração espontânea, nem é o resultado de um processo de evolução natural nem atende a necessidades históricas. É produto do trabalho prolongado e constante de uma imensa força de trabalho intelectual, concertado e organizado em verdadeiras empresas de produção, difusão e intervenção (BOURDIEU, 2001, p. 8).

A diferença entre uma e outra acepções são a desigualdade, a pobreza abjeta, de países e de povos, e a riqueza sem prece-

dentos concentrada em poucos países e segmentos populacionais desses países.

Essa é a diferença fundamental, mas não é a diferença toda, porque a globalização, finalmente, golpeia o modelo ocidental de democracia representativa, esvaziando as funções tanto dos Parlamentos quanto dos Executivos, isto é, dos poderes constituídos com base na soberania do voto, esvaziamento que se dá, seja pela transferência do poder de decisão para multinacionais e organismos internacionais, seja, no plano nacional, pela transferência de poderes de governo para agências reguladoras.

O subdesenvolvimento, que é a nossa doença, não se curará, porém, simplesmente com os remédios oferecidos pelas leis do mercado, mas sim com a ação de um Estado nacional que possa construir e pôr em execução, como projeto político, a erradicação da pobreza. Longe de qualquer contradição, afirmamos que o Estado nacional é uma exigência da globalização, porque só um estado nacional forte, legítimo e legitimado pode fazer face aos desafios da mundialização e ao dever de preservar o projeto nacional. A globalização dos fluxos monetários e financeiros exige rigoroso constrangimento, de sorte que as empresas multinacionais sejam levadas a respeitar as prioridades nacionais que, no caso de nossos países, devem-se voltar para o fortalecimento do mercado interno e da oferta de emprego. O avanço das tecnologias, a informática, a automação, a robótica, exigem a presença do Estado e a adoção de políticas sociais tendentes a proteger o trabalhador.

O objetivo da política, portanto do Estado, é a realização dos fins sociais. E não há como realizá-los sem a produção e a distribuição da riqueza nacional. A abertura ao mercado internacional, a vanguarda tecnológica, tanto quanto a eficiência econômica, são meios. Para essa reforma precisamos do Estado, de um Estado refeito, desprivatizado, voltado para os interesses gerais da sociedade, com condições de intervir em benefício do bem comum.

Esse novo Estado haverá de enfrentar o problema da fome e da sub-alimentação, da segurança pública, das epidemias e das doenças contagiosas, terá de concentrar os investimentos no fator humano para poder conciliar a globalização com a criação de emprego, dirigir os investimentos no sentido do fortalecimento do mercado interno, controlando, a partir do interesse nacional, as decisões que dizem respeito à economia, ao desenvolvimento científico e tecnológico.

Para superar a clivagem desenvolvimento/subdesenvolvimento é necessário que se conjugue uma vontade política – que exige Estados democráticos e participativos – com condições objetivas já oferecidas por muitas de nossas sociedades; exige uma ampla discussão nacional que conjugue pesquisadores e militantes apoiando-se no Estado, mas num Estado modificado, apoiando-se nos sindicatos, mas em sindicatos modificados; uma força de contestação que repouse na mobilização do capital cultural, o que implica a democratização de nossas instituições, profundamente autoritárias.

Recentemente, pelas razões sabidas e que não precisam ser rememoradas, pelo fato que sua reiteração nos provoca, o Presidente dos Estados Unidos declarou o início da primeira guerra do terceiro milênio. Esqueceu-se de que estamos em guerra contínua em todo o mundo, no Oriente Médio, talvez a mais grave delas, no Iraque, no Afeganistão, na antiga Iugoslávia, nos Bálcãs, na Chechênia, na Irlanda, na Espanha e na África. Neste continente, todas as formas de guerra, a guerra clássica, a guerra de guerrilha, e a guerra da fome e das epidemias que mata quase tanto quanto as minas deixadas pelas tropas ocidentais. Na América

Latina, na Colômbia tenta-se internacionalizar uma guerra fratricida.

Há um ditado espanhol que diz que não se deve criar um corvo porque, quando ele cresce, come os olhos do dono.

É evidente que não se pode analisar a tragédia da terça-feira 11 de setembro como um fato autônomo, e seria muito bom para a humanidade, e para o Ocidente, que os responsáveis pela reação militar reavaliassem a atual ordem internacional, que não pode sustentar-se, porque, destruindo metade do mundo, está cavando a fossa de seu próprio ataúde.

O mundo está solidário contra a barbárie do terrorismo, inimigo da humanidade, tanto quanto contra a fome, não mais nem menos.

Notas

¹ Cf. *Gazeta Mercantil*. O nefasto protecionismo dos ricos. São Paulo, p. A-2, 18 jul. 2001.

² Esses dados, assim como os relativos a armamentos, estão em *Almanaque Abril*: edição mundo 2001. São Paulo: Abril, 2001. p. 23, 50.

³ *Idem*. p. 30.

Bibliografia

BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos 2*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

FURTADO, CELSO. *O capitalismo global*. São Paulo: Paz e Terra, 1989.

SAVASINI, José Augusto Arantes. Como fica o jogo após a perda das duas torres. *Gazeta Mercantil*, 18 set. 2001.

SEN, Amartya. A pressa e a retórica do conforto. *FSP*, p. 8, 9 set. 2001.

A cláusula do tratamento nacional em matéria tributária do GATT/94 e o Brasil: validade e responsabilidade internacional em face do artigo 151, III, da Constituição Federal de 1988*

Luciane Amaral Corrêa

Sumário

Introdução. 1. A celebração do acordo GATT/94 pelo Brasil. 1.1. Da competência da União Federal para a celebração de tratados internacionais. 1.2. Da obrigatoriedade do artigo III do GATT/94 para o Brasil. 2. Da responsabilidade internacional do Brasil pelo descumprimento do artigo III:2 do GATT/94 relacionado com a isenção de tributos estaduais e municipais. 2.1. Da responsabilidade internacional do Estado por ato ilícito – síntese do regime geral. 2.2. Da responsabilidade internacional no sistema da OMC e da violação do artigo III:2 do GATT/94 pelo Brasil relacionada com o art. 151, III, da CF/88. Conclusão.

Introdução

A celebração do GATT/94 pelo Brasil trouxe consigo, em virtude do disposto no art. 151, III, da Constituição Federal de 1988, um problema relativo à aplicação de uma de suas normas, a cláusula do tratamento nacional, quando dela resulte isenção de tributos estaduais e municipais.

A matéria tem dado origem a muitas dificuldades tanto na doutrina como para os tribunais e ainda não foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, que iniciou seu julgamento em fevereiro de 1999 e o suspendeu em virtude de pedido de vista – RE 229096-0-RS. Em função de tais dificuldades, a cláusula do tratamento nacional tem sido inclusive objeto de violação relacionada com o dispositivo constitucional menci-

*Artigo a ser publicado em duas partes (segunda parte na próxima edição).

Luciane Amaral Corrêa é Juíza Federal em Porto Alegre-RS, Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Professora de Direito Internacional Público da Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul – ESMAFE.

onado. Segundo entendemos, a falta de uma abordagem sistematizada da questão tem contribuído para sua nebulosidade, que é, a nosso ver, apenas aparente.

Pretendemos tratar do tema a partir de uma investigação quanto à natureza da norma do art. 151, III, da CF, isto é, quanto a constituir-se ela ou não em limitação à competência da União para representar a República Federativa do Brasil no plano internacional, inclusive na celebração de tratados. A resposta a tal investigação nos permitirá apurar a validade da celebração do GATT/94 pelo Brasil e a conseqüente obrigatoriedade de suas normas para o país. Em seguida, tencionamos examinar a responsabilidade internacional do Brasil perante a Organização Mundial de Comércio pela violação da cláusula do tratamento nacional em matéria tributária relacionada com o artigo 151, III, da Constituição Federal.

O presente artigo se divide em duas partes, a primeira delas atinente à validade da celebração do GATT/94 pelo Brasil e à conseqüente obrigatoriedade da cláusula do tratamento nacional correspondente para o país, e a segunda, à responsabilidade internacional do Brasil perante a OMC pela violação daquela cláusula relacionada com o art. 151, III, da CF/88.

1. A celebração do acordo GATT/94 pelo Brasil

O artigo III:2 do GATT/94, como se verá a seguir, exige tratamento tributário idêntico para produtos domésticos e produtos similares importados. Dessa maneira, toda vez que um produto doméstico gozar de isenção de tributos estaduais e municipais, os produtos similares importados, por força daquela cláusula, também deverão ser beneficiados com tal isenção. Em virtude dessa disposição, surge a problemática instaurada pelo artigo 151, III, da Constituição Federal, que proíbe a União de conceder isenções de tributos estaduais e municipais.

O artigo 151, III, da Constituição Federal objetivou afastar a possibilidade de a União instituir as chamadas *isenções heterônomas*, admitidas pelo sistema constitucional anterior. Ocorre que, mesmo na vigência daquele sistema, a possibilidade de a União conceder isenção de tributos estaduais e municipais era limitada, dependendo de edição de lei complementar e em atenção a “relevante interesse social ou econômico nacional”¹. Assim, à época da Emenda Constitucional 23/69, que outorgou aos estados a competência para tributar também a mercadoria importada, marcando o fato gerador sua entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, o Supremo Tribunal Federal entendeu que “à mercadoria importada de um país signatário do GATT ou membro da ALALC estende-se a isenção do ICM concedida a similar nacional” – súmula 575 –, chegando a tal solução principalmente por considerar o GATT um tratado-contratual. Examinando-se os diversos acórdãos que levaram à edição daquela súmula (ver DOLINGER, 1993, p. 94-97), vê-se que a controvérsia limitou-se à possibilidade ou não de a EC 23/69 ter revogado as disposições do GATT, já que havia instituído nova hipótese de incidência do tributo estadual. Posteriormente, em razão de a Constituição de 1988 ter modificado a competência do STF, tais controvérsias passaram a ser decididas pelo Superior Tribunal de Justiça, que editou as súmulas 20 e 71² no mesmo sentido das decisões do STF, ambas anteriores ao GATT/94. Desse modo, os problemas tributários ocasionados em virtude da aplicação da cláusula do tratamento nacional do GATT não são novos no sistema brasileiro. Entretanto, o GATT/94 não se confunde, no que diz respeito aos procedimentos de celebração e incorporação, com os tratados anteriores e o fato de ter sido celebrado após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que inclui em seu texto o art. 151, III, fez com que surgisse uma nova discussão a respeito do tema, relacionada com o alcance daquele dispositi-

vo, na medida em que limite ou não a competência da União para celebrar tratados internacionais quando deles resulte isenção de tributos estaduais ou municipais.

Para resolver a problemática instaurada, é preciso saber se o GATT/94 foi ou não validamente celebrado pelo Brasil e, conseqüentemente, se o Brasil está ou não obrigado ao cumprimento do artigo III:2, inclusive no que diz respeito às isenções de tributos estaduais e municipais.

1.1. Da competência da União Federal para a celebração de tratados internacionais

Questiona-se, em primeiro lugar, se a União poderia firmar tratados internacionais concedendo, ainda que de forma indireta, isenções de tributos estaduais e municipais, ou seja, se ela teria *competência* para tanto³. A questão é bastante relevante em virtude do disposto no art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

O art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados prevê expressamente que, se um Estado determinado alegar ter firmado um tratado violando seu direito interno sobre competência para tanto, sendo, assim, nulo seu consentimento, somente poderá fazê-lo fundado em violação manifesta de uma regra de seu direito interno de importância fundamental⁴. A Convenção não foi ratificada pelo Brasil; entretanto, o país já a invoca plenamente nas suas relações internacionais, podendo-se dizer que o conteúdo de suas normas deu origem a um costume internacional por ele praticado⁵.

Na forma do artigo 46 da Convenção de Viena, a violação manifesta de uma regra interna *de importância fundamental* equivaleria a uma violação de norma constitucional, não de norma interna ordinária. Ora, se o art. 151, III, da Constituição Federal limita a competência da União para celebração de tratados internacionais, então o Brasil poderia invocar o art. 46 da Convenção de Viena para sustentar um vício do consentimento na celebração do próprio GATT/94, não podendo, a princípio, sofrer as conseqüên-

cias nele previstas pela violação das normas correspondentes por um estado-membro da federação. Se, entretanto, o art. 151, III, não se relaciona com a competência da União no que tange à celebração de tratados, então o Brasil não poderia invocar em seu favor aquele artigo e o acordo, se validamente celebrado e em vigor no plano interno, é eficaz quanto aos estados-membros.

Riccardo Guastini ensina que há ao menos quatro tipos de hierarquia entre normas, estrutural, material, lógica e axiológica. Segundo ele, a relação de hierarquia estrutural ou formal entre duas normas é aquela que decorre da estrutura da linguagem jurídica, em que uma norma, dita secundária, regula a produção jurídica de outra, dita primária. Conseqüentemente, a noção de hierarquia estrutural ou formal está intimamente ligada à noção de *validade* formal, que examina se a norma foi produzida em conformidade com aquela que disciplina sua produção (1996, p. 312-315). A Constituição Federal de 1988 regula a produção jurídica de tratados internacionais, estabelecendo os critérios de sua validade formal, entre eles fixando a competência para sua celebração.

Há muita controvérsia na doutrina e também na jurisprudência acerca da celebração, pela União, de tratados de que resultem isenções de tributos estaduais e municipais, muitas vezes sem que reste claro quanto a corresponder ou não a um problema de competência relativa à celebração do tratado. Na doutrina, por exemplo, embora não com referência expressa ao GATT/94, alguns autores se manifestaram contra a possibilidade de introdução de isenção de tributos estaduais e municipais por meio de tratados internacionais celebrados pela União⁶, enquanto outros posicionaram-se a seu favor⁷. Na jurisprudência, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, entendeu que não mais prevalecem isenções concedidas ao abrigo da cláusula do tratamento nacional do GATT⁸. No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁹.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua Primeira Turma, decidiu inicialmente que a União Federal não tinha competência para celebrar tratados que acarretassem isenção de tributos estaduais e municipais em nome da República Federativa do Brasil:

“Tributário. Isenção. ICMS. Tratado internacional. 1. O sistema tributário instituído pela CF/1988 vedou a União Federal de conceder isenção a tributos de competência dos estados, do Distrito Federal e municípios (art. 151, III). 2. Em consequência, não pode a União firmar tratados internacionais isentando o ICMS de determinados fatos geradores, se inexistente lei estadual em tal sentido. 3. A amplitude da competência outorgada à União para celebrar tratados sofre os limites impostos pela própria Carta Magna. 4. O art. 98, do CTN, há de ser interpretado com base no panorama jurídico imposto pelo novo sistema tributário nacional”.

Em seu voto, o relator, ministro José Delgado, diz que “certo é que a amplitude que a Constituição Federal outorga à União Federal para celebrar tratados recebe os limites impostos pela própria Carta. No caso, há em tema de isenção a proibição constitucional de a União instituir isenções tributárias da competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 151, III, CF)”¹⁰.

Atualmente, duas posições são adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria. A primeira é ilustrada por acórdão de sua Primeira Turma em mandado de segurança relativo a bacalhau importado da Noruega em 1996, em que a impetrante pretendia o benefício da isenção de ICMS concedida ao peixe seco e salgado, com aplicação da súmula 71 daquele Tribunal. Extrai-se do voto do eminente relator, ministro Milton Luiz Pereira, o seguinte trecho:

“(...) O Brasil é um Estado Federado, todavia, a autonomia dos Estados é limitada. A competência para firmar Tratados e Convenções é do Estado

Soberano – o Brasil. Assim, a União, ao firmar Tratados, representa o Estado Soberano, isto é, toda a federação, e os Acordos de que é signatária obrigam não só a União, mas a todos os Estados federados. Inusitado seria conceder-se aos Estados e Municípios competência para firmar Tratados e Convenções, ainda que em matéria de isenção tributária”¹¹.

A segunda posição se refere a entendimento no sentido de que “quem tributa ou isenta do ICMS são os Estados, mas a União pode, por acordo internacional, garantir que a tributação, quando adotada, não discrimine os produtos nacionais e os estrangeiros, em detrimento destes”¹². A respeito desse posicionamento, parece-nos difícil concordar com a idéia de que o fato de a União estender a isenção a produtos importados seja diferente de isentar.

É de se fazer referência, ainda, a decisões do Superior Tribunal de Justiça que se limitam a aplicar a súmula 71 ao argumento de que “é vedado ao STJ o exame de matéria constitucional”, deixando, portanto, sem apreciação o problema derivado do artigo 151, III, da Constituição¹³.

Os acórdãos supracitados são representativos da dificuldade que a questão apresenta para os tribunais. Deve-se evidenciar que a controvérsia ainda não foi pacificada, porque a matéria se encontra pendente de julgamento junto ao Supremo Tribunal Federal, a quem compete a última palavra em matéria constitucional¹⁴.

A investigação quanto à validade da celebração do GATT/94, portanto, depende do exame da competência da União para agir em nome da República Federativa do Brasil no plano internacional e, em especial, da eventual limitação dessa competência pelo art. 151, III, da CF. Assim, para que se apure se o GATT/94 foi validamente celebrado, é preciso que se investigue quanto à personalidade jurídica internacional da República Federativa do Brasil e a quem cabe representá-la no plano internacional.

No que diz respeito ao tema da personalidade jurídica internacional, Ian Brownlie observa que “tudo o que pode ser dito é que um ente do tipo reconhecido pelo direito costumeiro como *capaz* de possuir direitos e deveres e de promover reclamações internacionais, e tendo por aquele conferidas tais capacidades, é uma pessoa jurídica. Se a primeira condição não for satisfeita, o ente respectivo ainda pode ter personalidade jurídica de um tipo muito restrito, dependendo do acordo ou da aquiescência das pessoas jurídicas reconhecidas e oponível no plano internacional apenas àqueles que com ela concordem ou aquiesçam”¹⁵. Note-se que a personalidade jurídica internacional é efetivamente determinada a partir do paradigma estatal, derivando da comparação com tal paradigma o reconhecimento de outras pessoas jurídicas internacionais. Isso porque, da mesma forma que ocorre no direito interno, quando se fala em personalidade jurídica se está invocando o *status* de uma determinada entidade *com referência a um sistema jurídico determinado*. Assim, somente se pode determinar o que seja uma pessoa jurídica internacional à luz do Direito Internacional Público, que conferiu tal condição inicialmente aos Estados, pessoas jurídicas internacionais *por excelência* e paradigmas para o reconhecimento como tal das demais. A importante consequência que daí se extrai é que é ao Direito Internacional Público, e a nenhum direito interno, que compete dizer o que é um Estado, possibilitando assim que determinado ente seja considerado pessoa jurídica internacional nessa categoria.

O que é, portanto, um Estado? A doutrina parte geralmente da Convenção de Montevideu sobre Direitos e Deveres dos Estados de 1933 para definir quais os critérios legais para identificação de um Estado, acrescentando alguns autores outros requisitos. Segundo tal Convenção, são critérios de estatalidade¹⁶: a) população permanente; b) território definido; c) governo; d) capacidade de estabelecer relações com outros

Estados. Ian Brownlie, por exemplo, menciona, ainda, outros critérios: um certo grau de permanência; desejo de observar as normas internacionais; um certo grau de civilização; soberania; funcionamento estatal (1998, p. 70-77). David Feldman, igualmente, criticando a Convenção de Montevideu, formula critérios: a) tratar-se de um ente coletivo socialmente organizado; b) possuir um *status* jurídico internacional independente; c) respeitar direitos e deveres internacionais; d) ser capaz de participar de relações internacionais; e) possuir capacidade de celebrar tratados; f) ser responsável pelas violações de normas jurídicas internacionais; g) ser capaz de defender seu *status* jurídico¹⁷. Não sendo objetivo do presente trabalho um estudo amplo da personalidade jurídica internacional, bastam, para o único fim de responder à pergunta quanto à qualidade de pessoas jurídicas internacionais dos estados-membros de federação, os critérios da Convenção de Montevideu.

O primeiro dos critérios de estatalidade utilizados pela Convenção de Montevideu de 1933 é o da população permanente. Tal critério, segundo Ian Brownlie, é de ser utilizado com o do território e tem a conotação de uma comunidade estável (1998, p. 70-71). Peter Malanczuk, por sua vez, apesar de referir que “o critério de uma ‘população permanente’ está conectado com o do território e constitui a base física da existência de um Estado”¹⁸, lembra que “quem pertence à ‘população permanente’ de um Estado é determinado pela lei interna sobre a nacionalidade, que o Direito Internacional deixa à discricção dos Estados, com exceção de um número limitado de circunstâncias”¹⁹. Mais adiante, observa que “um Estado exerce jurisdição territorial sobre seus habitantes e jurisdição pessoal sobre seus nacionais quando aqueles estão no estrangeiro. O aspecto essencial, assim, é o sistema jurídico nacional comum que governa indivíduos e diversos grupos num Estado determinado”²⁰.

Pode-se dizer, com respeito às observações acima, que o critério da população per-

manente extraído da Convenção de Montevideo de 1933 leva em conta dois aspectos: a) a jurisdição estatal sobre o respectivo território e as pessoas que nele habitam, sejam elas nacionais ou estrangeiras, sujeitas a regimes jurídicos distintos embora provenientes de uma mesma fonte estatal – por isso a expressão de Malanczuk, “sistema jurídico nacional comum”; b) a existência de nacionais e a possibilidade de atribuição do vínculo de nacionalidade.

O segundo critério mencionado pela Convenção é o do território definido. Malanczuk é categórico: “o controle do território é a essência do Estado”²¹. O território é a base física sobre a qual se assenta a população e o Estado exerce sua jurisdição. Assim, pode-se dizer que o critério territorial está ligado à idéia de controle do território – pressupõe-se a jurisdição estatal sobre determinada base física – e, em consequência, à idéia de independência ou soberania.

O governo é o terceiro critério utilizado pela Convenção de Montevideo. É por meio dele que se exerce o controle sobre o território e a população. É verdade que, como aponta Ian Brownlie, o princípio da autodeterminação hoje se contrapõe ao conceito de governo efetivo (1998, p. 71) – a questão, contudo, foge dos limites do presente trabalho, que apenas pretende esboçar em linhas gerais os requisitos da estatalidade para determinar se os estados-membros de federação têm ou não personalidade jurídica internacional e, se a têm, em que medida.

Ian Brownlie retira do quarto e último critério, a capacidade de estabelecer relações com outros Estados, a noção de independência. Segundo ele, “na enumeração contida na Convenção de Montevideo, o conceito de independência é representado pelo requisito da capacidade de estabelecer relações com outros Estados. A independência tem sido enfatizada por muitos juristas como o critério decisivo da estatalidade”²². Embora alguns doutrinadores identifiquem a independência como um critério à parte, parece-nos possível extraí-lo da capacida-

de de estabelecer relações com outros Estados, como faz Brownlie. Conforme já mencionado outras vezes, para os fins do presente trabalho aceitamos os critérios da Convenção, já que uma simples análise dos requisitos basta aos objetivos propostos, não se tratando de uma investigação aprofundada sobre a personalidade jurídica internacional, mas de suas implicações naquilo a que nos propusemos investigar.

A idéia de independência está intimamente ligada à de soberania, que significa, na moderna concepção do Direito Internacional Público, em última análise, “independência” e implica a igualdade entre os Estados²³. Conforme leciona Jean Combacau, após explicitar que o significado de soberania na ordem internacional corresponde a uma qualidade privativa do poder estatal que implica a exclusão de qualquer outro poder com autoridade sobre si, “a soberania internacional não é, assim, nada além da formalização legal de uma independência de fato ou, se quisermos, o direito à manutenção da independência” (tradução livre)²⁴.

O corolário da soberania em Direito Internacional Público é a proteção ao domínio reservado do Estado, consubstanciada no princípio da não-intervenção ou da não-ingerência. Conforme Ian Brownlie, “a soberania e a igualdade dos Estados representam a doutrina básica inerente ao direito das nações, que regula uma comunidade consistente principalmente de Estados com personalidade jurídica uniforme. *Se o Direito Internacional existe, então a dinâmica da soberania estatal pode ser expressa em termos jurídicos e, como Estados são iguais e têm personalidade jurídica, a soberania é na sua maior parte uma relação com outros Estados (e com organizações de Estados) definida pelo Direito*” (tradução livre, grifo nosso)²⁵.

Verdross lembra que “o Tribunal Internacional da Haia afirma, por exemplo, em sua decisão de 07 de setembro de 1927, dada no caso do vapor *Lotus* (...), que o Direito Internacional regula relações entre Estados in-

dependentes ('independent states')²⁶. Segundo ele, "o ordenamento dos Estados soberanos não deriva (por delegação) de outro ordenamento estatal, porém existe *imediatamente e diretamente* em virtude do Direito Internacional"²⁷.

Com base nos critérios acima expostos, pode-se afirmar que a República Federativa do Brasil é um Estado e, como tal, tem personalidade jurídica internacional. Essa constatação, porém, por si só, não soluciona a problemática relativa à celebração do GATT/94, que depende, ainda, de uma investigação quanto à natureza do Estado federal – condição de que se reveste o Brasil, como se verá a seguir –, possibilitando determinar a quem cabe a representação do país no plano internacional.

Reinhold Zippelius ensina que "o Estado federal é uma união jurídico-política de Estados, em que também a própria associação organizada de Estados (a federação) possui a qualidade de Estado. No Estado federal, a constituição da federação distribui a totalidade das funções e atribuições do Estado entre os órgãos centrais da federação ('órgãos federais') e os Estados federados, e isso de forma a que nenhum desses poderes receba uma soberania das competências total, quer dizer, um poder de regulação ilimitado. Os órgãos federais compartilham, portanto, com os órgãos dos Estados membros todas as competências que num Estado unitário cabem a uma organização estatal unitária. Assim, a característica essencial do Estado federal reside no facto de a soberania dos órgãos, isto é, a soberania jurídico-constitucional das competências, não se encontrar nem nos órgãos centrais da federação nem nos órgãos dos Estados membros. *Ambos exercem um poder estatal directamente incidente sobre os cidadãos, dentro das respectivas esferas de competência que a constituição da federação lhes atribui*" (1997, p. 82-83).

Konrad Hesse, por sua vez, afirma que "o conceito jurídico-constitucional do estado federal compreende, sem dúvida, características gerais que também são próprios

de outras ordens estatal-federais: ele indica, nisso, uma união de várias organizações estatais e ordens jurídicas, e, precisamente, aquelas dos 'estados-membros' e aquelas do 'estado-total', em que estado-total e estados-membros são coordenados mutuamente na forma que as competências estatais entre eles são repartidas, que aos estados-membros, por meio de um órgão especial, são concedidas determinadas possibilidades de influência sobre o estado-total, ao estado-total determinadas possibilidades de influência sobre os estados-membros e que uma certa homogeneidade das ordens do estado-total e dos estados-membros é produzida e garantida" (1998, p. 178-179).

Entre nós, Luís Roberto Barroso conceitua o Estado federal como "uma modalidade de Estado composto, onde se verifica a superposição de duas ordens jurídicas – federal, representada pela União, e federada, representada pelos Estados-membros –, coordenadas por um processo de repartição de competências determinado pela Constituição Federal, em que a União titulariza a soberania e os Estados-membros detêm autonomia, participando, por um critério de representação, na formação da vontade federal" (1982, p. 27).

Das definições supracitadas, pode-se concluir que o Estado federal é um Estado do tipo composto, já que, ao contrário do que ocorre com os Estados simples ou unitários, seu ordenamento jurídico tem mais de uma fonte de direito público, isto é, tanto as ordens jurídicas central como regionais incidem diretamente sobre os cidadãos na medida de sua competência – na hipótese brasileira, ainda, deve-se acrescentar um grau inovador de descentralização, na figura dos municípios, integrantes da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF). Pode-se, ainda, retirar os elementos essenciais do Estado federal: a existência de uma pluralidade de ordens jurídicas, mais especificamente, as ordens jurídicas dos estados-membros e a ordem jurídica central, ou seja, da União, operando cada uma de forma di-

reta sobre os cidadãos na medida de sua competência; a coordenação entre tais ordens jurídicas, de forma a que os estados-membros possam influenciar a União e vice-versa; a repartição de competências entre União e estados-membros, característica principal do Estado federal e que possibilita, justamente, a incidência direta das ordens jurídicas superpostas; a sujeição das diversas ordens jurídicas à *constituição-total*²⁸, ou seja, à constituição federal, a quem cabe efetuar a repartição das diversas competências, estabelecendo, inclusive, órgãos destinados a assegurar a observância das normas respectivas.

O Estado federal não é, portanto, uma mera desconcentração, envolvendo unicamente a atuação administrativa, mas uma verdadeira descentralização, já que há mais de uma ordem jurídica incidindo diretamente sobre os cidadãos num território determinado. Sua nota característica, destarte, é a repartição de competências efetuada pela constituição federal, que atribui parcelas do poder estatal total ou global – ou seja, parcelas da soberania global, por isso Zippe-lius se refere à “soberania global das competências” – a cada uma das ordens jurídicas envolvidas.

A repartição de competências é o elemento primordial da federação²⁹, já que significa, em última análise, a repartição do poder estatal, da soberania global das competências, atribuída aos diversos componentes do Estado federal. Assim, detém a soberania global das competências o Estado federal, ou Estado-total, que as reparte entre União e estados-membros na constituição federal, inclusive determinando a quem cabe representá-lo no plano internacional. Conforme leciona Raul Machado Horta, “a repartição de competências é, tecnicamente, matéria da Constituição do Estado Federal ou da Constituição total, para usarmos a categoria da teoria kelseniana. Pela sua abrangência, ultrapassa o campo da organização da União/Federação, para alcançar os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no con-

junto orgânico da República Federativa” (1995, p. 407).

Os estados-membros de federação não preenchem o critério da população permanente em toda a sua extensão, já que não atribuem vínculo de nacionalidade. Além disso, exercem controle sobre seu território *na medida de sua competência*, da mesma forma ocorrendo com o governo. Por fim, no que tange à soberania, não têm vínculo direto com o Direito Internacional, podendo-se afirmar, com Verdross, que “por faltarlhes este requisito da vinculação imediata ao Direito Internacional, carecem de personalidade jurídico-internacional os Estados-membros de um Estado federal, os Estados vassalos e outros agrupamentos autônomos dentro de um Estado, sempre que não se lhes reconheça uma subjetividade jurídica parcial no marco de sua autonomia”³⁰. Decorrendo a personalidade jurídica de um sistema jurídico determinado que lhe atribui tal qualidade, pressupõe-se uma vinculação imediata da pretensa pessoa jurídica àquele sistema, sendo desse modo característica das pessoas jurídicas de Direito Internacional a imediata vinculação a tal Direito.

Os estados-membros de federação não têm, em princípio, vinculação imediata ao Direito Internacional e, portanto, carecem de personalidade jurídica internacional. A doutrina, no entanto, reconhece que podem eles possuir personalidade jurídica na medida em que se estabeleça tal vinculação. No plano internacional, destarte, muito embora os doutrinadores se refiram à detenção de personalidade jurídica limitada por parte dos estados-membros de federação, parece-nos mais técnico e coerente com a própria noção de Estado federal o simples reconhecimento de capacidade de exercício dessa personalidade, na forma determinada pela constituição respectiva, já que inexistente a vinculação entre estados-membros e Direito Internacional Público, que se opera entre esse e o Estado-total. A nosso ver, podem os estados-membros, na medida em que a constituição lhes outorgue tal compe-

tência, representar o Estado-total no plano internacional, assim como o faz a União; raciocinar em sentido contrário seria o mesmo que admitir que a União, em vez do Estado-total, tenha personalidade jurídica internacional, já que tanto ela como estados-membros são descentralizações de um mesmo Estado. No caso específico da celebração de tratados internacionais, parece-nos possível que os estados-membros tenham, se assim determinar a constituição federal, *treaty-making power*, não *treaty-making capacity*, o que também se aplica à União. A respeito, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros ensina que “o estudo da celebração dos tratados pressupõe cuidadosa distinção entre a *capacidade dos Estados para celebrar tratados* (um dos predicados da capacidade internacional, freqüentemente denominado por juristas de várias nacionalidades pelo nome inglês de *treaty-making capacity*) e a competência dos poderes constituídos do Estado para formar e declarar a vontade estatal em assumir compromissos internacionais (*competência para celebrar tratados*, chamada assiduamente pelos doutrinadores de *treaty-making power*)” (1995, p. 136).

Malcolm N. Shaw situa muito bem o problema: “O Estado federal terá ele mesmo, evidentemente, personalidade, mas a questão a respeito da personalidade e da capacidade das unidades componentes da federação no plano internacional pode ser determinada apenas à luz da constituição e da prática do Estado respectivo (...). Estados componentes de uma federação que tenham sido dotados de uma certa competência internacional restrita podem assim ser tidos como detentores de um certo grau de personalidade internacional. A questão tem surgido especialmente com relação a tratados. Lauterpacht, em seu Relatório sobre o Direito dos Tratados, por exemplo, observou que tratados concluídos por unidades componentes de estados federais ‘são tratados de acordo com o Direito Internacional’, embora Fitzmaurice tenha feito uma abordagem diferente no seu Relatório sobre o Direito dos

Tratados, estatuidando que tais unidades agem como *agentes* da federação, única a possuir personalidade internacional, sendo ela a entidade obrigada pelo tratado e responsável por sua implementação”³¹.

Ian Brownlie, por sua vez, entende que “uma constituição federal pode conferir *treaty-making capacity* e *power* para estabelecer relações diplomáticas de forma separada aos membros constitutivos. Normalmente, o estado-membro está simplesmente agindo como delegado ou agente do Estado-mãe. Entretanto, por acordo ou reconhecimento, um estado-membro pode assumir uma personalidade separada, análoga à condição de Estado, no plano internacional. Assim a Ucrânia e a Bielorrússia, como membros da ex-União Soviética, concluíram tratados em seu próprio nome e eram membros da ONU”³². Já Peter Malanczuk observa que “o Direito Internacional se preocupa apenas com Estados capazes de manter relações internacionais; conseqüentemente, o Estado federal é tido como Estado para os fins do Direito Internacional, mas os estados-membros da federação, não. Se um estado-membro da federação age de forma incompatível com as obrigações internacionais do Estado federal, é o último quem é tido como responsável pelo Direito Internacional”³³. Também Reinhold Zippelius diz que “quanto mais nítido se tornou que a soberania – sobretudo em virtude das interdependências estatais – é susceptível de ser relativizada, tanto mais questionável pareceu a mencionada limitação da capacidade de direito internacional. Hoje em dia têm capacidade de direito internacional não apenas os Estados soberanos; até Estados membros de Estados federais podem ter uma capacidade limitada de direito internacional se tal for previsto na constituição da federação (...)” (1997, p. 85).

Deve-se concluir então que não detêm os estados-membros de federações a condição de sujeitos de Direito Internacional, justamente porque lhes falta uma vinculação direta àquele sistema, existente apenas entre ele e o Estado-total. Quaisquer atos que pos-

sam ser praticados pelos Estados-membros no plano internacional têm por fundamento a constituição federal e, como tal, são atos de representação do Estado federal, traduzindo uma capacidade de agir em nome do Estado total no limite de sua competência – relativamente à celebração de tratados internacionais, um *treaty-making power*. De qualquer forma, o problema não tem maior relevância para o presente trabalho, já que, como se verá a seguir, não há previsão, na Constituição Federal Brasileira de 1988, de exercício de parcela da soberania externa por estados-membros.

A República Federativa do Brasil é um Estado federal. Assim, observa-se da leitura do artigo 1º da Constituição que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Logo em seguida, o art. 2º enumera os poderes da União – que nada mais é do que a “união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”. Posteriormente, o artigo 4º refere os princípios que regem a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais. Ainda, o artigo 18 diz que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. Tal artigo se insere no Título III, que trata da organização do Estado, iniciando pela organização administrativa (capítulo I), seguido pelos capítulos que enumeram as competências de cada ente da Federação, ou seja, a União (capítulo II), os Estados Federados (capítulo III), os municípios (capítulo IV), o Distrito Federal e os territórios (capítulo V), e pelo instrumento intrínseco à natureza federativa do Brasil, a intervenção (capítulo VI), tratando, ao final, da Administração Pública (capítulo VII). Por último, ao enumerar as competências da União, confere-lhe a Constituição, de forma exclusiva, a manutenção de relações com Estados estrangeiros e a participação em organizações internacionais (art. 21, I).

Decorre, portanto, de uma leitura atenta da Constituição, que o Estado federado brasileiro está composto pela união indissolúvel dos estados, municípios e Distrito Federal e que cabe à União sua representação exterior, isto é, a competência exclusiva no que diz respeito à participação em organizações internacionais e manutenção de relações com Estados estrangeiros – incluindo-se no dispositivo, portanto, a celebração de tratados internacionais. Verifica-se que a União é um ente jurídico interno, imprescindível ao Estado Federal, não se confundindo ela com a República Federativa do Brasil – o que resta evidenciado dos artigos 1º e 18, em especial –, sendo clara a distinção na própria Carta Magna, que se utiliza dos dois termos de forma a diferenciar a República Federativa do Brasil de um de seus componentes, o estado central, ou a União Federal. Tal constatação encontra reforço no parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição, que, ao se referir a tratados internacionais em matéria de direitos humanos, o faz mencionando os tratados internacionais de que a *República Federativa do Brasil seja parte*, inferindo-se do dispositivo que não há tratados internacionais de que a União seja parte, mas sim a República Federativa do Brasil.

Ora, toda vez que a Constituição se refere ao Brasil, ao Estado brasileiro, fala em República Federativa do Brasil. Quando utiliza o termo União, está-se referindo a um dos entes internos que compõem a República Federativa do Brasil, a quem cabe, igualmente e devido às características próprias de um Estado Federal, a representação dessa última no plano internacional. Assim, quando, no artigo 151, III, a Constituição prevê que “é vedado à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios”, está-se referindo ao ente de competência interna, proibindo as chamadas *isenções heterônomas* admitidas pelo sistema constitucional anterior, mas não à República Federativa do Brasil, soberana no exercício das re-

lações internacionais, de quem a União é mera representante. A União, ao celebrar tratados internacionais, age como representante da República Federativa do Brasil, exercendo sua competência constitucional. Se celebra acordo que pode levar à isenção de tributos estaduais e municipais, não age em seu nome, mas no do Estado Brasileiro. Os Estados possuem capacidade para celebrar tratados – *treaty-making capacity*; porém, é preciso que um determinado órgão aja em seu nome, possuindo, destarte, competência para tanto – *treaty-making power*. É o que ocorre com a República Federativa do Brasil, que celebra tratados por meio da União. Raciocinar em sentido contrário corresponderia a concluir que a República Federativa do Brasil jamais poderia firmar tratados concedendo isenção de tributos estaduais e municipais, já que somente a União tem capacidade para representá-la no plano internacional.

A moderna interpretação constitucional, que se traduz em verdadeira concretização³⁴, deve partir dos dispositivos constitucionais, respeitando-se, entre outros, o princípio da unidade da Constituição, cânone interpretativo que determina que a Constituição deve resultar num corpo harmônico, já que, conforme ensina Raquel Denize Stumm, “as normas constitucionais não têm existência isoladas umas das outras, exigindo uma compreensão que as visualize como integrantes de um complexo que mantém uma conexão entre os seus elementos, ou seja, um sistema” (1995, p. 56). Assim, não se pode conceber a interpretação isolada do artigo 151, III, da CF, que deve ser feita de forma a vislumbrar sua inserção dentro do corpo constitucional.

Conclui-se de todo o exposto que a limitação imposta à União pelo artigo 151, III, da Constituição Federal não diz respeito à sua competência para representar a República Federativa do Brasil quando da celebração de tratados internacionais, não podendo o Brasil, quanto a isso, invocar em seu benefício o artigo 46 da Convenção de

Viena sobre Direito dos Tratados. Isso posto, deve-se verificar, ainda à luz dos dispositivos constitucionais, se foi o GATT/94 validamente celebrado.

A Constituição Federal dispõe sobre a celebração de tratados internacionais nos artigos 21, I; 49, I, e 84, VIII. Existem outros artigos dispendo sobre tratados internacionais, mas não referentes à celebração. Tais artigos dispõem, em síntese, que cabe ao Presidente da República – que pode delegar os poderes correspondentes a plenipotenciários –, de forma privativa, a celebração de tratados internacionais, sendo necessária, para o comprometimento internacional do Brasil, a participação do Congresso Nacional, isto é, a manifestação da vontade do Poder Legislativo. Conseqüentemente, o Brasil somente pode-se comprometer por meio de um tratado internacional mediante a conjunção de duas vontades, a do Poder Executivo – a quem cabe sua representação no plano internacional – e a do Poder Legislativo.

A redação do artigo 49, I, da Constituição Federal trouxe alguma controvérsia quanto à necessidade de manifestação do Poder Legislativo em todos os casos. Não cabe, dentro dos limites do presente trabalho, trazer à luz todos os argumentos a ela atinentes, bastando referir que o Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da Constituição, pacificou a questão ao decidir a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480-3-DF, de que cito trecho do voto do eminente relator, Ministro Celso de Mello³⁵:

“ O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a *execução* dos tratados internacionais e sua *incorporação* à ordem jurídica interna *decorrem*, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da *conjugação* de duas vontades homogêneas: *a do Congresso Nacional*, que resolve, definitivamente, *mediante decreto legislativo*, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e *a do Presidente da*

República, que, além de poder celebrar esses atos do direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto.

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

Assim, para que o Brasil se comprometa definitivamente com os termos de um tratado internacional, é necessária a prévia aprovação do Poder Legislativo, o que não significa, necessariamente, um exame a cada novo compromisso³⁶.

A conjunção das vontades do Poder Executivo e Legislativo resta evidenciada na celebração do GATT/94, cujo texto foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do decreto legislativo 30, de 15 de dezembro de 1994, tendo o Brasil ratificado o tratado por meio do depósito do respectivo instrumento em Genebra, junto ao Diretor-Geral do GATT, em 21 de dezembro de 1994. Além disso, a despeito de inexistir qualquer disposição expressa na Constituição a respeito, o STF igualmente pacificou a controvérsia relativa à necessidade de incorporação dos tratados à ordem interna, o que se dá por meio da publicação de seu texto por meio de decreto presidencial³⁷. O GATT/94 foi incorporado à ordem interna por meio do decreto 1355/94, estando dessa forma em vigor na ordem interna brasileira.

Irretocável, portanto, a celebração do GATT/94, o comprometimento do Brasil no

plano internacional daí decorrente e sua validade no plano interno.

1.2. Da obrigatoriedade do artigo III do GATT/94 para o Brasil

Uma vez demonstrada a validade da celebração do GATT/94 pelo Brasil, segue que é obrigatório para o país, que deve observar suas disposições. Para os fins do presente trabalho, interessam, de modo específico, aquelas relativas ao artigo III:2 do mencionado acordo.

O GATT/94 é um tratado internacional, constituindo-se num dos tratados celebrados no âmbito da OMC – Organização Mundial do Comércio. Trata-se do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1994, que tem como pilares a eliminação de barreiras não-tarifárias, a cláusula da nação mais favorecida e a cláusula do tratamento nacional, sendo a última essencial à realização dos objetivos das primeiras.

Desde as negociações iniciais que antecederam o GATT/47, que sofreu sucessivas alterações até o advento da Organização Mundial do Comércio e dos acordos hoje existentes, o objetivo dos países envolvidos era a liberalização do comércio internacional, buscando-se a eliminação de barreiras não-tarifárias e a adoção de regras que consubstanciam o chamado princípio da não-discriminação. Segundo John Jackson, dois importantes princípios relacionados à não-discriminação estão incluídos no GATT, a cláusula da nação mais favorecida e a cláusula do tratamento nacional³⁸. A cláusula da nação mais favorecida determina que eventuais benefícios conferidos por um país signatário do GATT a produtos importados originários de outro país qualquer, signatário ou não, devem ser estendidos aos produtos importados originários de todos os demais signatários do acordo. Seu complemento natural é a cláusula do tratamento nacional³⁹, que determina que os produtos importados originários de um país signatário do GATT devem ter tratamento não menos favorável que o concedido aos produ-

tos similares domésticos. Assim, o princípio da não-discriminação se opera de duas formas, protegendo os produtos originários de países signatários do GATT não apenas contra discriminações tarifárias frente a produtos originários de outros países, como também contra as que ocorram em face de produtos similares domésticos.

A cláusula do tratamento nacional não diz respeito unicamente a tributos, mas a diversas medidas que possam discriminar produtos importados uma vez introduzidos no território nacional. O princípio geral que a explicita se encontra no primeiro parágrafo do artigo III, com a seguinte redação: “*The contracting parties recognize that internal taxes and other internal charges, and laws, regulations, and requirements affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of products, and internal quantitative regulations requiring the mixture, processing or use of products in specified amounts or proportions, should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production*”⁴⁰. O presente estudo trata exclusivamente do aspecto tributário e, em função disso, preocupa-se especialmente com as disposições do segundo parágrafo do artigo III do GATT/94. Entretanto, não é possível deixar de referir, inicialmente, as disposições do primeiro parágrafo daquele artigo, tendo em vista que consubstanciam princípio à luz do qual as demais disposições do artigo III devem ser interpretadas. A respeito disso, veja-se a decisão do Órgão de Apelação no caso *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, que discutiu a relação entre ambos os dispositivos:⁴¹ “*Article III:1 articulates a general principle that internal measures should not be applied so as to afford protection to domestic production. This general principle informs the rest of Article III. The purpose of Article III:1 is to establish this general principle as a guide to understanding and interpreting the specific obligations contained in Article III:2 and in the other paragraphs of Article III, while respecting, and not diminishing in any way, the meaning of the words actually*

used in the texts of those other paragraphs. (...) Consistent with this principle of effectiveness, and with the textual differences in the two sentences, we believe that Article III:1 informs the first sentence and the second sentence of Article III:2 in different ways”.

Segundo Raj Bhala e Kevin Kennedy, “o propósito do artigo III é evitar o protecionismo na aplicação de tributos internos e medidas regulatórias. O artigo III garante que medidas internas não serão aplicadas a produtos domésticos ou importados de forma a proteger os produtos domésticos”⁴². Assim, no que concerne ao segundo parágrafo do artigo III, “uma vez que os importados tenham entrado no território de um Estado-membro, (1) tributos internos devem ser aplicados de forma equivalente aos importados e aos produtos domésticos similares, e (2) as regulamentações nacionais não devem tratar importados de forma menos favorável que os produtos domésticos similares”⁴³. Também Dominique Carreau e Patrick Juillard ensinam que, “em matéria de comércio internacional, a cláusula do tratamento nacional é aquela que assegura uma *assimilação* quanto ao regime jurídico e fiscal aplicável aos produtos importados relativamente aos produtos nacionais. Em outras palavras, essa cláusula, inserida no artigo III do Acordo Geral de 1947, proíbe de modo geral as discriminações de tratamento em virtude da *origem* dos produtos, quer sejam eles importados ou fabricados localmente. Esses últimos não devem-se beneficiar de uma *proteção nacional indireta* (artigo III (1))”⁴⁴.

As regras correspondentes à cláusula do tratamento nacional no que diz respeito a tributos, portanto, devem ser interpretadas em atenção ao princípio geral consubstanciado no primeiro parágrafo do artigo III. Para melhor explicitar seu sentido, deve-se determinar, em primeiro lugar, seu âmbito de aplicação, tarefa que consiste em distinguir os tributos cuja imposição se relaciona com a cláusula da nação mais favorecida, cobrados em função da importação, daqueles atinentes à circulação interna, ainda que

cobrados no momento da entrada da mercadoria no território do país importador. Além disso, deve-se examinar o sentido da primeira e da segunda partes do artigo III:2, tendo em vista que cada uma delas contém uma regra destinada à realização do princípio do tratamento nacional relativamente a tributos internos.

1.2.1. O âmbito de aplicação da cláusula do tratamento nacional e os tributos internos cobrados na entrada da mercadoria no território do país importador

Como complemento natural da cláusula da nação mais favorecida que objetiva evitar a discriminação entre produtos importados e produtos similares domésticos, a cláusula do tratamento nacional diz respeito a tributos internos de um país, ou seja, aos incidentes após o ingresso dos produtos importados no território nacional⁴⁵. Assim, todos aqueles tributos atinentes à importação são disciplinados pela cláusula da nação mais favorecida, enquanto os correspondentes à circulação interna são regulados pela cláusula do tratamento nacional. É indiferente, para determinar a disciplina aplicável, o momento da cobrança do tributo: ainda que seja ele cobrado no momento da importação, o que interessa é sua natureza, devendo-se apurar se se trata ou não de tributo relativo à circulação interna, caso em que será aplicada a cláusula do tratamento nacional. A nota interpretativa da OMC ao artigo III⁴⁶ – *Ad Article III* – determina que “*Any internal tax or other internal charge (...) collected or enforced in the case of the imported product at the time or point of importation, is nevertheless to be regarded as an internal tax or other internal charge (...) and is accordingly subject to the provisions of Article III*”⁴⁷.

A questão tem especial relevância para o direito interno brasileiro no que tange ao artigo 155, IX, da Constituição Federal, que determina a incidência do ICMS “sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabeleci-

mento (...), cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço”. Uma vez que a cobrança daquele imposto ocorre no momento da entrada no território nacional de mercadoria importada, poder-se-ia questionar quanto à sua natureza. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, já apreciou a matéria, entendendo, no julgamento do RE 195663/SP, em que se discutia a lei paulista 6374/89, que o artigo 155, IX, da Constituição Federal não configura fato gerador de tributo sobre a importação, porém sobre a primeira circulação econômica do produto importado no país. Assim, o fato de a cobrança se dar de forma diferenciada, no momento da entrada da mercadoria no território nacional, em nada afeta a natureza do ICMS como tributo incidente sobre a circulação interna de mercadorias⁴⁸.

Sendo o ICMS tributo concernente à circulação interna de mercadoria, portanto, sujeita-se à disciplina da cláusula do tratamento nacional, ainda que cobrado no momento da importação.

1.2.2. O artigo III:2 – a aplicação da cláusula do tratamento nacional em matéria tributária

O artigo III:2 do GATT/47, cujo texto foi integrado ao GATT/94 com todas as emendas anteriores à entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, incorporados ao direito interno brasileiro por meio do decreto 1355/94, tem a seguinte redação: “*The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products. Moreover, no contracting party shall otherwise apply internal taxes or other internal charges to imported or domestic products in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1*”⁴⁹.

Como é possível observar, esse artigo contém duas regras que objetivam dar aplicação à cláusula do tratamento nacional em matéria tributária. Ambas concretizam o

princípio esposado no primeiro parágrafo do artigo III, evitando o protecionismo em favor da produção doméstica. A primeira das regras é mais estrita e envolve os conceitos de *like product* e de tributação *em excesso*. A segunda se relaciona com as noções de produtos diretamente competitivos ou substituíveis, tributação diferenciada e efetuada de maneira a proteger a produção doméstica. O ponto de partida para se apurar quando se trata de um caso de aplicação da primeira ou da segunda parte do artigo III:2 é a verificação quanto a serem ou não perfeitamente intersubstituíveis⁵⁰ os produtos em comparação. Assim, por exemplo, maçãs importadas são substitutos perfeitos de maçãs domésticas. Essa é uma hipótese de substitutividade⁵¹ perfeita, que dá ensejo à aplicação da primeira parte do artigo III:2. Entretanto, se os produtos em comparação fossem maçãs e laranjas, por exemplo, a substitutividade já não seria perfeita e a determinação de sua qualidade de produtos diretamente competitivos ou substituíveis dependeria da prova de que estivessem em competição direta num mercado definido. Para uma melhor compreensão do significado da cláusula do tratamento nacional em matéria tributária e das noções envolvidas, entendemos por analisar separadamente cada uma dessas regras.

1.2.2.1. Artigo III:2 – primeira parte

A primeira parte do artigo III:2 determina que “*the products of the territory of any contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products*”. Duas noções são relevantes para determinar o exato alcance dessa regra: a de *like product* e a de *in excess of*.

A noção de produto similar ou idêntico – *like product* – é de suma importância para a correta aplicação dessa regra de tratamento nacional, tendo em vista que ela requer seja dado aos produtos importados tratamento não menos favorável

que o concedido aos produtos *similares* domésticos.

A conceituação de *like product* já foi discutida no âmbito da Organização Mundial do Comércio, tendo o Órgão de Solução de Controvérsias decidido que a definição de produto similar deve ser obtida caso a caso, levando em conta as finalidades do produto no mercado em questão, suas propriedades e os hábitos dos consumidores. Na verdade, as decisões tomadas já no âmbito da OMC, a seguir sintetizadas, levaram em consideração os precedentes do GATT.

O primeiro caso decidido após a criação da Organização Mundial do Comércio – *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (1996) – surgiu a partir de uma reclamação do Brasil e da Venezuela, que ingressaram contra os Estados Unidos insurgindo-se contra medidas ambientais veiculadas por meio do *Clean Air Act*, bem como contra outras medidas promulgadas pela Agência de Proteção Ambiental americana relativamente à gasolina. Em síntese, os Estados Unidos haviam determinado que certas características químicas da gasolina deviam obedecer a níveis definidos, com base em uma média anual individual. Para aferi-la, cada refinaria doméstica devia demonstrar a qualidade da gasolina produzida ou transportada em 1990 e, caso incompleta tal comprovação, podia utilizar, em primeiro lugar, informações sobre a mistura produzida em 1990 e, subsistindo a incompletude, sobre a mistura ou a gasolina posteriores a 1990. A possibilidade de se utilizar dos métodos complementares era reservada aos refinadores domésticos, devendo os importadores, caso não conseguissem demonstrar a qualidade da gasolina produzida ou transportada em 1990 de forma satisfatória, sujeitar-se a uma determinação que estabelecia a média de toda a gasolina consumida no país em 1990. Conseqüentemente, enquanto os refinadores domésticos tinham duas outras alternativas à disposição, além da comprovação acerca da gasolina produzida ou transpor-

tada em 1990, para demonstrarem sua média individual, os importadores, caso não conseguissem fazê-lo por esse primeiro método, ficavam sujeitos a uma média geral, padronizada e imposta. Tanto o Brasil como a Venezuela entenderam que a medida afrontava a cláusula do tratamento nacional. Os Estados Unidos não sustentaram a existência de diferença no que tange aos produtos propriamente ditos – gasolina nacional ou importada –, porém alegaram que o tratamento dado aos importadores era idêntico ao conferido a comerciantes domésticos que não haviam tido operações no ano de 1990 ou que haviam realizado transações de forma limitada. Assim, a situação dos comerciantes devia ser levada em consideração para diferenciação dos produtos. Desse modo, o Painel entendeu necessário posicionar-se previamente quanto à similaridade, apontando os critérios que deviam ser considerados na determinação do que seja um *like product*. Para chegar a uma decisão, utilizou-se de precedentes adotados ainda no âmbito do GATT⁵² e concluiu-se que, sendo ambas as gasolinas – nacional e importada – quimicamente idênticas, destinando-se à mesma finalidade, com a mesma classificação, e perfeitamente substituíveis entre si, eram produtos similares: *‘The Panel, recalling its previous discussion of the factors to be taken into account in the determination of like product, noted that chemically-identical imported and domestic gasoline by definition have exactly the same physical characteristics, end-uses, tariff classification, and are perfectly substitutable. The Panel found therefore that chemically-identical imported and domestic gasoline are like products under Article III:4’*⁵³.

A decisão supracitada demonstra que, embora a determinação de *like product* deva ser feita caso a caso, existem critérios pertinentes a serem considerados, tais como a utilização final dos produtos num mercado determinado, os hábitos e gostos dos consumidores, modificáveis de país para país, bem como as propriedades, natureza e qualidade dos produtos⁵⁴. Deve-se destacar a

menção à substitutividade perfeita, que distingue *like products* de produtos diretamente competitivos ou substituíveis à primeira vista. Igualmente, deve-se chamar a atenção para o fato de que o exame quanto à natureza de *like* ou diretamente competitivo é feito sempre *a partir de um determinado mercado*.

Extremamente relevantes, não apenas para a determinação do conceito de *like product* como também para delinear as diferenças e o exato sentido de cada uma das partes do artigo III:2, foram as decisões do Painel e do Órgão de Apelação no caso *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*. Nesse caso, os Estados Unidos, o Canadá e as Comunidades Européias se insurgiram contra tratamento tributário desfavorável concedido a algumas bebidas em comparação ao *shochu* japonês⁵⁵. A respeito de *like product*, entendeu o Órgão de Apelação por manter o entendimento do Painel no sentido de que essa noção deve ser construída de forma restritiva, caso a caso, em atenção a cada medida tributária. Segundo o Painel, a expressão contida na segunda parte do artigo III:2, produtos diretamente competitivos ou substituíveis, é mais ampla que a expressão *like product*. Assim sendo, *like products* são uma subespécie de produtos diretamente competitivos ou substituíveis, que deve ser definida de uma forma mais restrita, o que decorre da própria redação da primeira parte do artigo III:2. Embora não exija a identidade entre os produtos em comparação, o conceito de *like product* envolve uma semelhança necessária quanto às características físicas, não bastando que ambos os produtos tenham utilização final comum num dado mercado. Em virtude disso, enquanto as demais bebidas – rum, gim, uísque, conhaque, entre outras – foram consideradas produtos diretamente competitivos, a vodka foi tratada como *like product* em relação ao *shochu* – ambos os produtos tinham em comum a maior parte de suas características físicas, à exceção do teor alcoólico⁵⁶.

Posteriormente, nova decisão a respeito do tema foi tomada no caso *Canada – Cer-*

tain Measures Concerning Periodicals (1997)⁵⁷, que envolveu o Canadá e os Estados Unidos, tendo o último reclamado de medidas relativas a periódicos do tipo *split-run*⁵⁸. Nesse caso, mais uma vez decidiu o Painel que a determinação da natureza similar dos produtos deve ser feita atentamente caso a caso, examinando fatores tais como sua finalidade num dado mercado, suas propriedades, os hábitos dos consumidores, entre outros: “*As the Appellate Body confirmed in its report on Japan - Taxes on Alcoholic Beverages, the definition of ‘like products’ in Article III:2, first sentence, should be construed narrowly, on a case-by-case basis, in light of such factors as the product’s end uses in a given market, consumer’s tastes and habits, and the product’s properties, nature and quality*”⁵⁹.

Das decisões supramencionadas se despreende que a regra da primeira parte do artigo III:2 é mais estrita que a da segunda. Desse modo, uma vez verificado que os produtos em comparação são *like product*, não é necessário que se demonstre que estão em competição direta nem tampouco que a diferença na tributação tem o intuito de proteger a indústria doméstica: decorre da natureza de *like product* a competição direta, bastando o simples excesso na tributação do produto importado para presumir-se o protecionismo em favor do produto doméstico. É esse, em síntese, o significado atribuído à expressão *in excess of* constante dessa primeira parte do artigo. A respeito, veja-se a decisão do Órgão de Apelação no caso *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*: “*even the smallest amount of ‘excess’ is too much*”⁶⁰. Conclui-se, portanto, que, uma vez constatado que os produtos em comparação se inserem no conceito de *like product*, basta a mera tributação a maior do produto importado para que se verifique a violação da regra da primeira parte do artigo III:2 do GATT. Não existe margem de tolerância para o excesso de tributação, que, por consequência, deve ser idêntica para ambos os produtos, doméstico e importado.

1.2.2.2. Artigo III:2 – segunda parte

A segunda parte do artigo III:2 tem a seguinte redação: “*Moreover, no contracting party shall otherwise apply internal taxes or other internal charges to imported or domestic products in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1*”. A ela foi acrescentada a nota interpretativa *Ad Article III:2*, que determina o seguinte: “*A tax conforming to the requirements of the first sentence of paragraph 2 would be considered to be inconsistent with the provisions of the second sentence only in cases where competition was involved between, on the one hand, the taxed product and, on the other hand, a directly competitive or substitutable product which was not similarly taxed*”⁶¹. Foram extraídos desses dois dispositivos os três principais elementos da regra, quais sejam, produtos diretamente competitivos ou substituíveis, tributação não similar e o intuito protecionista, esse último retirado da expressão “*in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1*”, que, por sua vez, remete ao princípio contido em “*so as to afford protection to domestic production*” (artigo III:1 supracitado).

A segunda parte do artigo III:2, portanto, disciplina a cláusula do tratamento nacional em matéria tributária para produtos importados que, embora não abrangidos pelo conceito de *like product* em comparação aos domésticos, são diretamente competitivos ou substituíveis com relação a eles. Como já se afirmou anteriormente, *like products* são, por sua própria natureza, diretamente competitivos ou substituíveis entre si; aqui, entretanto, procura-se proteger situações em que, a despeito de inexistir uma relação que permita qualificar os produtos doméstico e importado como *like*, eles se encontram em competição direta e são substituíveis entre si. A segunda parte do artigo III:2, portanto, exige, para sua incidência, a demonstração da *competitividade direta* entre os produtos, na forma da nota interpretativa *Ad Article III:2*. Isso porque os produtos comparados em atenção à segunda parte do artigo III:2, embora tendo a mesma uti-

lização final, não são perfeitamente intersubstituíveis – por exemplo, laranjas e maçãs. Segundo Raj Bhala e Kevin Kennedy, “se para cada venda do produto importado há uma venda perdida do produto doméstico, então ambos os produtos são perfeitamente intersubstituíveis e estão em competição direta. Em um caso de substitutividade perfeita, os produtos doméstico e importado são *like product* e estão ao abrigo do artigo III:2, primeira sentença. Hipóteses de substitutividade menos-que-perfeita são reguladas pelo artigo III:2, segunda sentença”⁶².

À semelhança do que ocorre quanto aos *like products*, a verificação quanto a serem os produtos comparados, nacional e importado, diretamente competitivos ou substituíveis, somente pode ser feita caso a caso, considerando a medida tributária adotada e, mais, um dado mercado. Isso porque não se pode falar em competição direta de forma isolada: ela sempre ocorre *num determinado mercado*, o que torna perfeitamente possível que dois produtos sejam diretamente competitivos no território de um Estado-membro e não no de outro. No âmbito da OMC, a questão foi apreciada no já mencionado caso *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages* (1996), que reconheceu a condição de produtos diretamente competitivos, na forma da segunda parte do artigo III:2, a bebidas importadas tais como uísque, rum, conhaque e gim com relação à bebida japonesa *shochu*. Os critérios utilizados pelo Painel, cuja propriedade foi confirmada pelo Órgão de Apelação, foram as características físicas – que afastaram a qualificação de *like product* –, a utilização final comum, as classificações tarifárias e, sobretudo, a chamada *elasticidade de substituição* entre os produtos⁶³. Segundo o relatório do Painel *Chile – Taxes on Alcoholic Beverages* (1999), em que as Comunidades Européias se insurgiram contra a imposição de tributos internos menores ao pisco que a outras bebidas, “*substitutability and competitiveness refer to the ability of products that may be dissimilar in some respects to satisfy a particular consumer want*”⁶⁴. Por fim,

o mesmo relatório se refere a produtos *potencialmente* diretamente competitivos ou substituíveis, o que significa que a noção se aplica também a mercados onde a competição ainda não existe, porém há uma razoável expectativa de que venha a existir em um futuro próximo, o que também depende de comprovação. Assim sendo, pode-se dizer que a segunda parte do artigo III:2 protege também as expectativas dos demais países relativamente a um dado mercado⁶⁵.

Ainda segundo a decisão do Órgão de Apelação no caso *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, três perguntas devem ser respondidas para que se verifique se há ou não uma violação da segunda parte do artigo III:2: a) se os produtos doméstico e importado estão em competição direta; b) se não são tributados de forma similar (*not similarly taxed*); c) se a discrepância na tributação tem por objetivo proteger a produção doméstica (*so as to afford protection to domestic production*)⁶⁶.

Constatada, portanto, a existência de produtos diretamente competitivos ou substituíveis, em competição num dado mercado, conforme acima explicitado, deve-se verificar se eles são ou não tributados de forma similar. Nesse particular, o Órgão de Apelação no caso supracitado, reformando o entendimento do Painel, entendeu que a expressão *not similarly taxed* não se confunde com a expressão *in excess of* constante da primeira parte do artigo III:2. Conseqüentemente, a mera tributação a maior dos produtos importados em competição direta não configura violação do artigo III:2, que requer uma carga a maior *significativa* relativamente aos importados: “(...) *there may be an amount of excess taxation that may well be more of a burden on imported products than on domestic ‘directly competitive or substitutable products’ but may nevertheless not be enough to justify a conclusion that such products are ‘not similarly taxed’ for the purpose of Article III:2, second sentence. We agree with the Panel that this amount of differential taxation must be more than de minimis to be deemed ‘not similarly taxed’ in any given case. And, like the Panel, we believe*

*that whether any particular differential amount of taxation is de minimis or is not de minimis must, here too, be determined on a case-by-case basis. Thus, to be 'not similarly taxed', the tax burden on imported products must be heavier than on 'directly competitive or substitutable' domestic products, and that burden must be more than de minimis in any given case'*⁶⁷.

A definição de *de minimis*, ou seja, do mínimo além do qual a tributação será considerada não similar, deve ser feita em cada caso, inexistindo parâmetros gerais preestabelecidos para sua obtenção. Segundo o relatório do Painel no caso *Chile – Taxes on Alcoholic Beverages* (1999), “*for some products a very small difference in tax levels could be de minimis, difference that would be too large to be considered de minimis for other products. As always in cases such as these, the determination must be based on examination of the market in question, the market of the respondent Member*”⁶⁸.

O último requisito exigido para a incidência da segunda parte do artigo III:2 é a demonstração de que a tributação além do mínimo tenha escopo protecionista. Assim, não basta a existência de produtos domésticos e importados em competição direta, esses últimos tributados em excesso além do mínimo tolerável em comparação com os primeiros: é preciso que a tributação vise proteger a produção doméstica. Para que se estabeleça o intuito protecionista, é preciso que se investigue qual o objetivo da norma instituidora da medida tributária em questão, as razões por que foi instituída, a forma como incide e, especialmente, quem se beneficia da diferença de tributação, o que também é apurado caso a caso.

Em síntese, as duas regras supramencionadas consubstanciam a cláusula do tratamento nacional em matéria tributária e são, conforme até aqui demonstrado, plenamente obrigatórias para o Brasil, inclusive no que diz respeito a tributos estaduais e municipais, ainda que de sua aplicação resulte isenção para produtos importados de Estados-membros da OMC.

*(Fim da primeira parte.
Continua na próxima edição)*

Notas

¹ Cf. artigo 20, parágrafo segundo, da CF/67.

² Súmula 20 do STJ: “A mercadoria importada de país signatário do GATT é isenta do ICM, quando contemplada com esse favor o similar nacional”. Súmula 71 do mesmo Tribunal: “O bacalhau importado de país signatário do GATT é isento do ICM”.

³ É importante ressaltar que os tratados internacionais sempre se subordinam *formalmente* às constituições, isto é, são elas que regulam sua produção jurídica, determinam a quem cabe a representação do Estado no plano internacional. A respeito, vejam-se os ensinamentos de Riccardo Guastini (1996) quando distingue os diversos tipos de hierarquia entre fontes, quais sejam, formal ou estrutural, material, lógica e axiológica. Em termos de tratados internacionais, existe sempre uma relação de hierarquia estrutural que os submete às constituições, como acima mencionado, o que não significa que haja necessariamente uma relação de hierarquia material correspondente. A matéria relativa ao artigo 151, III, da CF/88, na medida em que diz respeito à competência da União para a celebração de tratados internacionais, corresponde a uma relação de hierarquia estrutural.

⁴ É a seguinte a redação do artigo: “1. Um Estado não pode invocar o fato de seu consentimento em obrigar-se por um tratado ter sido manifestado em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, como causa de nulidade de seu consentimento, a não ser que essa violação seja manifesta e diga respeito a uma regra de seu direito interno de importância fundamental. 2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, na conformidade da prática normal e de boa-fé”.

⁵ Assim, por exemplo, *États-Unis - Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, onde, atuando como terceiro interveniente, o Brasil invocou o art. 31 da referida Convenção para orientar a interpretação do artigo XVI:4 do Acordo sobre a OMC – documento WT/DS152/R, versão francesa do relatório do Grupo Especial submetida à apreciação do Órgão de Solução de Controvérsias e por ele aprovada em janeiro de 2000. A íntegra da decisão pode ser encontrada no site da Organização Mundial do Comércio – www.wto.org.

⁶ Ives Gandra da Silva Martins, José Augusto Delgado, Celso Bastos, Cláudio Finkelstein, Luis Cesar Ramos Pereira, Victorio Cassone e Yoshiaki Ichihara, entre outros. A respeito, veja-se Ives Gandra da Silva Martins (1997). Alguns dos doutrinadores mencionados propugnam pela necessidade de uma reforma constitucional, outros de consulta específica aos Estados-membros e aos municípios.

⁷ Betina Treiger Grupenmacher, Moisés Akselrad, Kyioshi Harada e Hugo de Brito Machado, entre outros. Vejam-se as diversas manifestações em Ives Gandra da Silva Martins (1997) e Betina Treiger Grupenmacher (1999, p. 145).

⁸ Acórdão unânime da Primeira Câmara Cível na Apelação Cível 597087352, julgada em 13.8.97, relator desembargador Salvador Horácio Vizzotto, entre outras decisões. A Câmara, nesse caso, entendeu que não mais prevalecia, frente ao artigo 151, III, da Constituição Federal, o benefício da isenção de ICMS à mercadoria importada, quando o similar fosse isento, conferido por força do artigo III do GATT. Em outra decisão, acórdão unânime da Primeira Câmara Cível na Apelação Cível 597083930, julgada em 28.10.98, relator desembargador Irineu Mariani, entendeu-se que o princípio do GATT é neutro, não concedendo isenções, mas apenas determinando que os produtos importados não tenham tratamento menos favorável que os domésticos.

⁹ No acórdão unânime da Primeira Câmara Cível na Apelação Cível 11.193/99, julgada em 21.10.99, relator desembargador Nilton Mondego de Carvalho Lima, entre outras decisões, entendeu o Tribunal pelo descabimento da invocação do GATT e das súmulas 20 e 71 do STJ para fugir à incidência de ICMS em virtude de que é vedado à União conceder isenções de tributos estaduais e municipais – artigo 151, III, da CF/88.

¹⁰ Acórdão unânime da Primeira Turma do STJ no REsp 90871/PE, relator ministro José Delgado, publicado no DJU I de 20.10.97, p. 52977. A íntegra da decisão está disponível no site do Superior Tribunal de Justiça – www.stj.gov.br.

¹¹ Acórdão unânime no REsp 170045-RJ, publicado no DJU I de 18.12.98, p. 296. A íntegra da decisão pode ser encontrada no site do STJ – www.stj.gov.br.

¹² Acórdão unânime da Segunda Turma proferido nos Embargos de Declaração em Recurso Especial 136545/RJ, relator ministro Ari Pargendler, publicado no DJU I de 24.11.97, p. 61177.

¹³ Vejam-se, por exemplo, o acórdão unânime da Primeira Turma no REsp 220208/RJ, relator ministro Humberto Gomes de Barros, publicado no DJU I de 14.8.2000, p. 143, bem como os acórdãos proferidos no Agravo Regimental no Recurso Especial 251983/RJ, relator ministro Garcia Vieira, publicado no DJU I de 14.8.2000, p. 151, e no Agravo Regimental no Recurso Especial 204928/RJ, relator ministro José Delgado, publicado no DJU I de 18.10.99, p. 213, ambos da Primeira Turma.

¹⁴ Trata-se do RE 229096-0/RS, em que são partes a Central Riograndense de Agroinsumos Ltda. e o Estado do Rio Grande do Sul. O julgamento iniciou em 4.2.99, tendo sido pedida vista

dos autos pelo ministro Sepúlveda Pertence após o voto do relator, ministro Ilmar Galvão, favorável à competência da União para, por meio de tratados internacionais, conceder isenções de tributos estaduais e municipais.

¹⁵ Tradução livre: “All that can be said is that an entity of a type recognized by customary law as *capable* of possessing rights and duties and of bringing international claims, and having these capacities conferred upon it, is a legal person. If the first condition is not satisfied, the entity concerned may still have legal personality of a very restricted kind, dependent on the agreement or acquiescence of recognized legal persons and opposable on the international plane only to those agreeing or acquiescent” (1998, p. 57).

¹⁶ Utilizamos o termo *estatalidade* para designar a condição de Estado de que se reveste uma determinada entidade. Critérios de estatalidade são, portanto, as condições que uma determinada entidade precisa preencher para que seja considerada como Estado pelo Direito Internacional.

¹⁷ Tradução livre: “(1) to be a collective socially-organized entity; (2) to possess an independent international legal status; (3) to be a bearer of international rights and duties; (4) to be capable of participation in international relations; (5) to possess a legal treaty capacity; (6) to be responsible for violations of international legal norms; (7) to be capable of the defence of their legal status” (1985, p. 370–371).

¹⁸ Tradução livre: “The criterion of a ‘permanent population’ is connected with that of territory and constitutes the physical basis for the existence of a state” (1997, p. 76).

¹⁹ Tradução livre: “Who belongs to the ‘permanent population’ of a state is determined by the internal law on nationality, which international law leaves to the discretion of states, except for a number of limited circumstances” (1997, p. 76–77).

²⁰ Tradução livre: “A state exercises territorial jurisdiction over its inhabitants and personal jurisdiction over its nationals when abroad. The essential aspect, therefore, is the common national legal system which governs individuals and diverse groups in a state” (1997, p. 77).

²¹ Tradução livre: “*The control of territory is the essence of a state*” (1997, p. 75).

²² Tradução livre: “In the enumeration contained in the Montevideo Convention, the concept of independence is represented by the requirement of capacity to enter into relations with other states. Independence has been stressed by many jurists as the decisive criterion of statehood” (1998, p. 71).

²³ Diz Malanczuk (1997, p. 17-18): “When international lawyers say that a state is sovereign, all that they really mean is that it is independent, that is, that it is not a dependency of some other state.

They do not mean that it is in any way above the law. It would be far better if the word 'sovereignty' were replaced by the word 'independence'(...)", ou, livremente traduzido, "Quando internacionalistas dizem que um Estado é soberano, tudo o que realmente querem dizer é que é independente, isto é, que não é dependente de nenhum outro Estado. Isso não quer dizer que estejam de forma alguma acima da lei. Seria muito melhor se a palavra 'soberania' fosse substituída por 'independência' (...)" .

²⁴ "(...) la souveraineté internationale n'est ainsi que la formalisation légale d'une indépendance de fait ou, si l'on veut, le droit au maintien de l'indépendance" (1993, p. 227).

²⁵ "The sovereignty and equality of states represent the basic constitutional doctrine of the law of nations, which governs a community consisting primarily of states having a uniform legal personality. If international law exists, then the dynamics of state sovereignty can be expressed in terms of law, and, as states are equal and have legal personality, sovereignty is in a major aspect a relation to other states (and to organizations of states) defined by law" (1998, p. 289).

²⁶ Tradução livre (1955, p. 94): "El Tribunal Internacional de la Haya afirma, p. ej., en su sentencia de 7 de septiembre de 1927, dada en el asunto del vapor *Lotus* (...), que el DI regula relaciones entre Estados independientes ('independent states')". Veja-se, também, Celso D. de Albuquerque Mello (1997, p. 339): "Estado soberano deve ser entendido como sendo aquele que se encontra subordinado direta e imediatamente à ordem jurídica internacional, sem que exista entre ele e o DI qualquer outra coletividade de permeio. É, assim, sujeito de DI com capacidade plena o Estado que tem a 'competência da competência' na linguagem dos autores alemães".

²⁷ Tradução livre: "El ordenamiento de los Estados soberanos no se deriva (por delegación) de otro ordenamiento estatal, sino que existe *inmediata y directamente* en virtud del DI" (1955, p. 95).

²⁸ Aqui, toma-se emprestada a idéia de Hans Kelsen (1938), que compreende o Estado federal como o resultado da soma de duas ordens jurídicas parciais – dos estados-membros e da União, ordem jurídica central – , formando o que ele chama de "comunidade jurídica total", daí identificando-se a constituição federal com a constituição-total. Entre as diversas teorias que pretenderam explicar a natureza do Estado federal, permanecem como fundamentos de sua concepção moderna as teorias de Le Fur – Teoria da Participação – , Hans Kelsen – Escola de Viena – , Paul Laband e Jellinek – Teoria dos Estados-Membros Não-Soberanos. Entendemos que não nos cabe, dentro dos limites do presente trabalho, traçar longas conside-

rações sobre as teorias concernentes ao Estado federal, bastando demonstrar os elementos formadores de sua concepção moderna. Para um estudo mais aprofundado do tema, vejam-se, entre outros: Luís Roberto Barroso (1982); M. Mouskheli (1981); Reinhold Zippelius (1997).

²⁹ Entre outros, Raul Machado Horta (1995, p. 352), leciona: "A importância da repartição de competências reside no fato de que ela é a coluna de sustentação de todo o edifício constitucional do Estado federal. A organização federal provém da repartição de competências, pois a repartição vai desencadear as regras de configuração da União e dos Estados, indicando a área de atuação de cada um".

³⁰ Cf. Alfred Verdross (1955, p. 95), tradução livre: "Por faltarles este requisito de la vinculación inmediata al DI, carecen de personalidad jurídico-internacional los Estados miembros de un Estado federal, los Estados vasallos y otras agrupaciones autónomas dentro de un Estado, siempre que no se les reconozca una subjetividad jurídica parcial en el marco de su autonomía".

³¹ Tradução livre: "The federal state will itself, of course, have personality, but the question of the personality and capability of the component units of the federation on the international plane can really only be determined in the light of the constitution of the state concerned and state practice. (...) Component states of a federation that have been provided with a certain restricted international competence may thus be accepted as having a degree of international personality. The issue has arisen especially with regard to treaties. Lauterpacht, in his Report on the Law of Treaties, for example, noted that treaties concluded by component units of federal states are 'treaties in the meaning of international law', although Fitzmaurice adopted a different approach in his Report on the Law of Treaties by stating that such units act as agents for the federation which alone possesses international personality and which is the entity bound by the treaty and responsible for its implementation" (1999, p. 156–157).

³² Tradução livre: "A federal constitution may confer treaty-making capacity and power to enter into separate diplomatic relations on the constituent members. In the normal case, the constituent state is simply acting as a delegate or agent of the parent state. However, by agreement or recognition, a federated state may assume a separate personality, as an analogue of statehood, on the international plane. Thus the Ukrainian SSR and Belorussian SSR, as members of the former Union of Soviet Socialist Republics, concluded treaties on their own behalf and were members of the United Nations" (1998, p. 74-75).

³³ Tradução livre: “International law is concerned only with states capable of carrying on international relations; consequently the federal state is regarded as a state for the purposes of international law, but the member states of the federation are not. If a member state of the federation acts in a manner which is incompatible with the international obligations of the federal state, it is the federal state which is regarded as responsible in international law” (1997, p. 81).

³⁴ A respeito, vejam-se, entre outros Konrad Hesse (1998) e Juarez Freitas (1998).

³⁵ Acórdão do Tribunal Pleno na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn - 1480-3-DF medida liminar), julgado em 4.9.97. A íntegra da decisão pode ser encontrada no site do STF – www.stf.gov.br.

³⁶ Veja-se, a respeito, a obra de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (1995), mais especificamente o capítulo sétimo, seção III, relativa aos acordos em forma simplificada.

³⁷ Veja-se que, pelo menos em duas situações, o STF considerou que o tratado não estava em vigor no plano interno antes da publicação de seu texto por meio de decreto presidencial, o que consubstanciava sua incorporação ao direito interno: na ADIn 1480-3-DF, relativamente à Convenção 158 da OIT e no AGRCR 8279, atinente ao Protocolo de Ouro Preto – protocolo de medidas cautelares do Mercosul. A íntegra das decisões está disponível no site do Supremo Tribunal Federal – www.stf.gov.br.

³⁸ Veja-se, ainda, a lição do mesmo autor na p. 214, tradução livre: “Obviamente, uma política importante por detrás dessa regra é impedir que tributos e regulamentos domésticos sejam utilizados como medidas protecionistas que frustrariam o propósito dos compromissos tarifários” – “Obviously, an important policy behind this rule is to prevent domestic tax and regulatory policies from being used as protectionist measures that would defeat the purpose of tariff bindings”. Ainda, afirma Thiébaud Flory (1990, p. 36) que “o tratamento nacional constitui, dentro do sistema de livre-troca do GATT/OMC, uma das expressões jurídicas do princípio da não-discriminação. É sem dúvida o princípio da igualdade de tratamento entre produtos importados e produtos nacionais similares que está no centro do tratamento nacional” – tradução livre: “Le traitement national constitue, dans le système libre-échangiste du GATT-OMC, l’une des expressions juridiques du principe de non-discrimination. C’est en effet le principe de l’égalité de traitement entre produits importés et produits nationaux similaires qui est au centre du traitement national”. Igualmente, Dominique Carreau & Patrick Juillard (1998, p. 235): “O tratamento nacional constitui o *complemento* natural do tratamento da nação mais favorecida para dar efe-

tividade ao princípio cardeal da *não-discriminação* que deve presidir as trocas comerciais internacionais” – tradução livre: “Le traitement national constitue le *complément* naturel du traitement de la nation la plus favorisée pour donner effet au principe cardinal de *non-discrimination* qui doit présider aux échanges commerciaux internationaux”.

³⁹ O fato de a cláusula do tratamento nacional ser um complemento natural à cláusula da nação mais favorecida não significa, entretanto, que ela se aplique unicamente a produtos sujeitos a concessões tarifárias na forma do artigo II do GATT/94. A respeito do tema, veja-se a decisão do Órgão de Apelação no caso *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, documento WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 18. A íntegra da decisão pode ser encontrada no site da OMC – www.wto.org.

⁴⁰ Versão original em inglês. A tradução em língua portuguesa foi publicada pelo decreto legislativo 43, de 20 de junho de 1950: “As partes contratantes reconhecem que os impostos e outros tributos internos, assim como leis, regulamentos e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou utilização de produtos no mercado interno e as regulamentações sobre medidas quantitativas internas que exijam a mistura, a transformação ou utilização de produtos, em quantidades e proporções especificadas, não devem ser aplicados a produtos importados ou nacionais, de modo a proteger a produção nacional”.

⁴¹ Documento WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R e WT/DS11/AB/R, p. 19. A íntegra da decisão pode ser encontrada no site da OMC – www.wto.org, tradução livre: “O Artigo III:1 expressa um princípio geral de que medidas internas não devem ser aplicadas de forma a proteger a produção doméstica. Esse princípio geral informa o resto do Artigo III. O propósito do Artigo III:1 é o de estabelecer esse princípio geral como um guia para a compreensão e a interpretação das obrigações específicas contidas no Artigo III:2 e nos demais parágrafos do Artigo III, ao mesmo tempo em que respeita, e não diminui de forma alguma, o significado das palavras utilizadas nos textos de tais parágrafos. De acordo com o princípio da efetividade (princípio do efeito útil), e com as diferenças textuais encontradas nas duas partes, nós acreditamos que o Artigo III:1 informa a primeira e a segunda partes do Artigo III:2 de formas diferentes”.

⁴² Tradução livre: “The broad purpose of Article III is to avoid protectionism in the application of internal tax and regulatory measures. Article III ensures that internal measures are not applied to imported or domestic products in a way that affords protection to domestic products” (1998, p. 90).

⁴³ Tradução livre: “Once imports have entered a Member’s territory, (1) internal taxes must be applied equally to imports and the like domestic product, and (2) national regulations must not treat imports ‘less favorably’ than similar domestic goods” (1998, p. 90).

⁴⁴ Tradução livre: “En matière de commerce international, la clause du traitement national est celle qui assure une *assimilation* quant au régime juridique et fiscal applicable aux produits importés par rapport aux produits nationaux. Autrement dit, cette clause insérée à l’Article III de l’Accord Général de 1947 interdit d’une façon générale les discriminations de traitement à raison de l’origine des produits, que ceux-ci soient importés ou confectionnés localement. Ces derniers ne doivent pas bénéficier d’une *protection nationale indirecte* (Article III (1))” (1998, p. 236).

⁴⁵ O esclarecimento é importante porque, por óbvio, todos os tributos, ainda que incidentes no momento da importação, são *internos* na medida em que impostos por um determinado Estado, no exercício de sua competência tributária. A utilização do termo *interno*, no particular, destina-se a diferenciar os tributos incidentes em razão da importação daqueles incidentes após o ingresso da mercadoria no território nacional. Igualmente, quando se fala em circulação interna, não se está fazendo referência ao fato gerador do ICMS, mas dando ênfase à distinção aqui explicitada.

⁴⁶ Protocolo de 14.12.48, incorporado ao GATT/94 na forma do artigo 1(a).

⁴⁷ Tradução livre do texto em inglês: “qualquer tributo interno ou outra tarifa interna (...) coletada ou implementada no caso de produto importado no momento ou local de importação deve ainda assim ser considerado como tributo interno ou outra tarifa interna (...) e está, portanto, sujeito às disposições do artigo III”.

⁴⁸ Acórdão do Tribunal Pleno no RE 195663/SP, relator ministro Ilmar Galvão, publicado no DJU I de 21.11.97, p. 946 (por maioria). A lei paulista 6374/89 impede que se adote o sistema de contabilização do crédito relativo ao ICMS incidente sobre mercadoria importada em conta gráfica de débitos e créditos para fins de compensação e recolhimento por regime periódico de apuração e foi considerada constitucional pelo STF. A íntegra da decisão se encontra no site do Supremo Tribunal Federal – www.stf.gov.br.

⁴⁹ Transcrito diretamente da versão autêntica em inglês. No Brasil, o texto foi publicado pelo decreto legislativo 43, de 20 de junho de 1950: “Os produtos do território de qualquer parte contratante, importados por outra parte contratante, não estão sujeitos, direta ou indiretamente, a impostos ou outros tributos internos de qualquer espécie su-

periores aos que incidem, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais. Além disso, nenhuma parte contratante aplicará de outro modo, impostos ou outros encargos internos a produtos importados nacionais, contrariamente às principais (*sic*) estabelecidas no parágrafo 1”.

⁵⁰ Utiliza-se o termo *intersubstituíveis* para designar produtos que podem-se fazer substituir um pelo outro.

⁵¹ Utiliza-se o termo *substitutividade* para designar a qualidade de produtos que podem ser substituídos um pelo outro.

⁵² Os precedentes citados são os casos *Border Tax Adjustments* e *Japan – Custom Duties, Taxes and Labelling Practices on Imported Wines and Alcoholic Beverages*. Ambos se encontram no site da OMC – www.wto.org.

⁵³ Documento WT/DS2/R, tradução livre: “O Painel, retomando sua prévia discussão sobre os fatores a serem levados em conta na determinação de *like product*, observou que as gasolinas quimicamente idênticas importada e doméstica têm por definição as mesmas características físicas, utilização final, classificação tarifária e são perfeitamente intersubstituíveis. O Painel então concluiu que as gasolinas quimicamente idênticas, importada e doméstica, são *like product* na forma do artigo III:4”. A íntegra da decisão pode ser encontrada no site da Organização Mundial do Comércio – www.wto.org.

⁵⁴ Os precedentes citados são os casos *Border Tax Adjustments* e *Japan – Customs Duties, Taxes and Labelling Practices on Imported Wines and Alcoholic Beverages*. Ambas as decisões podem ser encontradas na íntegra no site da OMC – www.wto.org.

⁵⁵ As bebidas eram vodka, uísque, conhaque, rum, gim, *genever* e licores.

⁵⁶ Vejam-se o relatório do Painel documento – WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R – , p. 132-133, e a decisão do Órgão de Apelação – documento WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R – , p. 21-23. As decisões podem ser encontradas na íntegra no site da OMC – www.wto.org.

⁵⁷ Veja-se a íntegra da decisão no site da OMC – www.wto.org.

⁵⁸ *Split-run* designa os periódicos que contêm o mesmo conteúdo editorial, ou similar, de periódicos publicados em países estrangeiros porém com publicidade dirigida ao mercado canadense.

⁵⁹ Decisão baixada da Internet, site www.wto.org, tradução livre: “Como confirmado pelo Órgão de Apelação na decisão de *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, a definição de ‘like product’ no artigo III:2, primeira parte, deve ser construída de forma específica, caso a caso, à luz de fatores tais como a utilização final do produto num determinado mercado, os hábitos e gostos dos consumidores e as propriedades, natureza e qualidade do produto”.

⁶⁰ Documento WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 25, tradução livre: “até mesmo o menor montante de ‘excesso’ é demasiado”. A íntegra se encontra à disposição no site da OMC – www.wto.org.

⁶¹ Tradução livre da versão autêntica em inglês: “um tributo conforme às determinações da primeira parte do parágrafo 2 seria considerado inconsistente com as disposições da segunda apenas nos casos envolvendo competição entre, de um lado, o produto tributado e, de outro, um produto diretamente competitivo ou substituível não tributado de forma similar”.

⁶² Tradução livre: “(...) if for every sale of the import there is one lost sale of the domestic product, then the two products are perfect substitutes and in direct competition. In a case of perfect substitutability, the imported and domestic products are like products and are covered under Article III:2, first sentence. Instances of less-than-perfect substitutability are addressed under Article III:2, second sentence” (1998, p. 97).

⁶³ O termo significa o quanto o aumento ou diminuição na venda de um dos produtos se reflete aumentando ou diminuindo as vendas do outro, em comparação. Veja-se, a respeito, o relatório do Painel, documento WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, p. 137. A decisão pode ser encontrada no site da OMC – www.wto.org.

⁶⁴ Documento WT/DS87/R, WT/DS/110/R, p. 175, tradução livre: “Substitutividade e competitividade referem-se à capacidade de produtos que possam ser diversos em alguns aspectos de satisfazer um determinado desejo do consumidor”. A íntegra da decisão pode ser encontrada no site da OMC – www.wto.org.

⁶⁵ Documento WT/DS87/R, WT/DS/110/R, p. 163. A íntegra da decisão pode ser encontrada no site da OMC – www.wto.org.

⁶⁶ Decisão do Órgão de Apelação, documento WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 26. A íntegra pode ser encontrada no site da OMC – www.wto.org.

⁶⁷ Documento WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 29, tradução livre: “é possível que haja um montante de tributação em excesso onerando produtos importados além de produtos domésticos ‘diretamente competitivos ou substituíveis’ mas, ainda assim, não suficiente para justificar a conclusão de que tais produtos não são tributados de forma similar para os fins do Artigo III:2, segunda parte. Nós concordamos com o Painel no sentido de que esse montante diferenciado de tributação deve estar além de um mínimo (*de minimis*) para que se considere ‘não tributado de forma similar’ em cada caso. E, como o Painel, nós acreditamos que o quanto um dado montante de

diferença de tributação é ou não *de minimis* deve ser, aqui também, determinado caso a caso. Assim, para que sejam considerados ‘não tributados de forma similar’, o ônus tributário incidente sobre os produtos importados deve ser mais pesado que o incidente sobre ‘produtos domésticos diretamente competitivos ou substituíveis’ e estar além do mínimo (*de minimis*) em cada caso”. A íntegra da decisão pode ser encontrada no site da OMC – www.wto.org.

⁶⁸ Documento WT/DS87/R, WT/DS110/R, p. 178, tradução livre: “Para alguns produtos uma diferença muito pequena em níveis de tributação poderia ser *de minimis*, uma diferença que dificilmente seria considerada *de minimis* para outros produtos. Como sempre em casos assim, a determinação deve ser baseada no exame do mercado em questão, o mercado do Estado contra quem se dirige a reclamação”. A íntegra da decisão pode ser encontrada no site da OMC – www.wto.org.

Bibliografia

ANALYTICAL INDEX OF THE GATT. Volume 1. Genebra: WTO, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional brasileiro: o problema da federação* Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BHALA, Raj; KENNEDY, Kevin. *World trade law*. Charlottesville, Estados Unidos: Lexis Law, 1998.

BRONCKERS, Marco; QUICK, Reinhard. *New directions in international economic law: essays in honour of John H. Jackson*. Londres: Kluwer Law International, 2000.

BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. Nova Iorque: Oxford University, 1998.

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit international économique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998.

COMBACAU, Jean; SUR, Serge. *Droit international public*. Paris: Montchrestien, 1993.

FLORY, Thiébaud. *L'organisation mondiale du commerce: droit institutionnel et substantiel*. Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 1999.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1996.

- GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*. São Paulo: Dialética, 1999.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- HORTA, Raul Machado. *Estado federal e tendências do federalismo contemporâneo*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1995.
- JACKSON, John H. *The world trading system: law and policy of international economic relations*. Estados Unidos: Massachusetts Institute of Technology, 1997.
- JACKSON, John H. *The world trade organisation: constitution and jurisprudence*. Nova Iorque: Royal Institute of International Affairs, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1938.
- MALANCZUCK, Peter. *Akehurst's modern introduction to international law*. Reino Unido: Routledge, 1997.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) et al. *Tri-butação no mercosul*. *Revista dos Tribunais*, 1997.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.
- MOUSKHELLI, M. *Teoria jurídica del estado federal*. México: Nacional, 1981.
- PEREIRA, Luis Cezar Ramos. *Ensaio sobre a responsabilidade internacional do Estado e suas conseqüências no direito internacional: a saga da responsabilidade internacional do Estado*. São Paulo: LTr, 2000.
- REZEK, Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SHAW, Malcolm N. *International law*. Cambridge, Inglaterra: Cambridge University, 1999.
- STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico*. Madri: Aguilar, 1955.
- ZIPELLIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Periódicos

- DOLINGER, Jacob. As soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre o direito interno e o direito internacional: um exercício de ecletismo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 334, 1993.
- FELDMAN, David. International personality. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Haia, Martinus Nijhoff, n. 191, 1985.
- WEIL, Prosper. Le droit international en quête de son identité. *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, Haia: Martinus Nijhoff, n. 237, 1992.

Internet

- Organização Mundial do Comércio – www.wto.org
- Supremo Tribunal Federal – www.stf.gov.br
- Superior Tribunal de Justiça – www.stj.gov.br

A tetradimensionalidade do Direito

Escoço inicial

Paulo Lopo Saraiva

Sumário

1. Introdução. 2. O Direito e suas dimensões evolutivas. 3. A Justiça como quarta dimensão do direito. 3. 1. Percepção da Justiça como quarta dimensão teleológica do Direito. 3. 2. Percepção do valor como meio de valoração do fato e da norma, para obtenção da Justiça. 4. Conclusão.

1. Introdução

O Direito evolui com a sociedade. *Jus si-cut societas acrescit.*

Ante essa realidade, impõe-se um reexame estrutural com vistas ao reconhecimento de uma nova dimensão jurídica: a Justiça.

Kant constata que os Jurisconsultos (cultores do Direito Positivo) têm dificuldades para responder a esta pergunta “que é o Direito?” (*Quit sit jus*), ainda que possam apontar “o que seja de direito” (*Quid sit juris*), à vista do sistema normativo vigente, numa conjuntura.

Dificuldade símile encontramos ainda hoje para responder a esta outra pergunta “que é a verdade?” (*Quit sit veritas*). De igual modo, continua sem resposta esta questão “que é a justiça?” (*Quit sit justitia*). Mais que conceituá-la ou defini-la, precisamos urgentemente realizá-la.

Com esse objetivo – de concretização jurídica –, desenvolvemos esta pesquisa sobre a Justiça como a dimensão teleológica

Paulo Lopo Saraiva é Pós-Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra, Doutor em Direito constitucional pela PUC-SP, Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB e Professor de Direito Constitucional na UFRN e Universidade Potiguar.

do Direito, estabelecendo uma interconexão com a Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller, a maior expressão do jusfilosofismo contemporâneo.

No Pós-positivismo, não se é contra ou a favor de algum autor ou de alguma teoria; não se é ante ou anti, mas após, vale dizer: depois de alguém ou de algo. No Pós-positivismo, todas as teorias e todos os autores são válidos, porque contribuíram, cada um por seu método e no seu tempo, para a evolução do Direito.

Ante isso, e *in principio*, deixamos claro que não nos interessa a polêmica, pura e simples, mas o debate evolutivo, que propicie novas soluções hermenêuticas para a realização do Direito.

Defendemos que há uma relação essencial entre o direito e a justiça. E é exatamente essa relação ontológica e epistemológica o objeto da presente análise.

2. O Direito e suas dimensões evolutivas

O exame da evolução do Direito, nos dias hodiernos, ostenta uma diversidade ontológica e epistemológica, merecedora de nova interpretação.

Para bem pré-compreender e entender as plúrimas concepções do Direito, impõe-se situá-lo no tempo e no método. Daí concluir-se, com Müller, que a questão do método é uma questão estratégica.

O Direito apresenta quatro dimensões evolucionárias: a histórica, a filosófica, a sociológica e a contemporânea.

As dimensões históricas, também conhecidas como gerações, referem-se ao desenvolvimento jurídico, ao longo das fases cronológicas.

Os direitos civis ou liberdades públicas surgem com a Revolução Francesa de 1789, possibilitando a participação política dos cidadãos, pela derrocada da Monarquia Absoluta. Substituiu-se o slogan *L'État c'est moi* por um outro formalmente democrático: *L'État c'est la loi*. Apesar de muitos avanços,

no campo dos direitos humanos, a prática tem demonstrado que há ainda muito a conquistar.

Ao depois, temos a eclosão dos direitos sociais, com a Revolução Comunista de 1917. Essa dimensão oferece duas fases básicas: a pré-compreensão marxista e a execução leninista. Marx foi o ideólogo, Lênin, o executor. As tentativas de implantação de um “socialismo real” não receberam o *placet* histórico, haja vista não ter sido superado o óbice da simultaneidade convivencial da liberdade política com a igualdade econômica.

Mas a contribuição marxista-leninista para um redimensionamento dos padrões sócio-econômicos transformou-se num legado da mais alta importância para o progresso da humanidade. É impossível negar que, sem a solução dos problemas infra-estruturais, pode-se atingir uma ambiência humana digna. Vale dizer: só a super-estrutura é incapaz de conferir vitalidade democrática aos povos.

Na terceira dimensão, postam-se os direitos advindos do pós-Segunda Guerra Mundial: direitos ao desenvolvimento econômico, direitos de solidariedade, direitos à segurança internacional e à paz mundial.

Esses novos direitos eclodem na África e na Ásia, com a independência de vários países, como bem registrou o professor Étienne – Richard MBaya.

Contemporaneamente, contata-se uma última dimensão jurídica, o direito de quarta dimensão: a democracia.

O Mestre Paulo Bonavides, com seu peculiar brilhantismo, anuncia pioneiramente essa nova dimensão jurídica:

“A democracia neste fim de século, mais do que um sistema de governo, uma modalidade de Estado, um regime político ou uma forma de vida, tende a se converter ou já se converteu no mais novo direito dos povos e dos cidadãos. É direito de qualidade distinta, direito que eu diria da quarta geração”.

No plano jusfilosófico, o direito aparece nas esferas jusnaturalista, juspositivista, jus-sociológica e jus-estruturalista.

O direito natural é a primeira noção jurídica que recebemos. Aprendemo-lo na comunidade primigênia, que é a família.

Vale transcrever, aqui e agora, a lição de Mário Bigotte:

“A inexistência do direito natural é atestada por múltiplos factores, de diversa natureza, nomeadamente: a) experiência interna, consistente no testemunho de consciência sobre a vigência de uma lei não escrita, reguladora de conduta humana em conformidade com a própria dignidade do homem; b) o reconhecimento expresso, por várias legislações, da validade de normas de direito natural; c) consagração pelas modernas declarações de direitos, constitucionais e internacionais, de direitos humanos, que, bem entendidos, constituem verdadeiros direitos naturais, anteriores e superiores ao direito positivo; d) o frequente apelo, por parte de autores que se não reclamam de jusnaturalistas, a princípio de um direito supralegal (por ex., o caso já referido de Radbruch) ou, inexplicitamente, de ‘direito natural’ (recorde-se Hart)” (1998, p. 141-142).

O Juspositivismo jurídico tem como corifeu Hans Kelsen, da Escola de Viena.

Para Kelsen, o direito é somente uma ordem coativa, situada em dois campos: o do ser (*sein*) e o do dever-ser (*sollen*). No sistema kelseniano, as normas ordenam-se num escalonamento hierarquizado (*Stufenbau*), que tem como ponto alto a Constituição.

A norma é produto da vontade humana e tem seu fundamento de validade, sem levar em conta qualquer prejuízo de valor (norma justa ou injusta), numa outra norma que lhe dá supedâneo normativo (*stufenbau*).

Todo o ordenamento se baseia numa norma fundamental hipotética (*hypotestische Grundnorm*), que ele, depois, nominou de norma de ficção.

As normas primárias disciplinam o ato de coerção (ou seja, a possibilidade de apli-

car a sanção) e as normas secundárias regulam a conduta delituosa, condição de existência para o exercício da coação, vale dizer: da aplicação da sanção.

Por fim, Kelsen construiu uma Teoria Pura de Distrito (*Reine Rechtslehre*), expungindo-o de toda influência extranormativa. O Direito, na miragem kelseniana, é estatal (*alles recht ist Staatsrecht*) e puro (*Reinheit*). Enfim, no sistema kelseniano, Direito, Estado e Norma confundem-se.

No campo sociológico, interessa ao intérprete examinar a eficácia normativa, observando o real cumprimento da disposição legal. O Direito é o evento natural, a partir de que se possibilita o exercício da valoração jurídica.

Relembre-se, por conveniente e oportuno, que o direito tem sua origem no fato social, *jus oritur ex facto*. Sem a correta valoração do fato – e é essa a primeira a ser empreendida na operação hermenêutica –, com certeza ocorrerá o *desvio judicial*, ou seja, o desvio no atingimento da Justiça, quando da aplicação do direito, sobretudo do direito-norma.

Eugen Ehrlich, um dos prógonos da Sociologia do Direito, afirmou: “o centro de gravidade do desenvolvimento jurídico não se encontra na legislação, nem na ciência jurídica, nem na decisão judicial, mas na sociedade humana mesma” (1936).

De outro bordo, Recasens Siches, outra grande expressão do sociologismo jurídico, prelecionou: “a mera existência do direito positivo, assim como a existência de convenções e crenças sociais concretas, implica outra crença mais radical, a crença em que há valores, entre eles, valores que devem reger e inspirar o Direito” (1956, p. 248).

De grande importância, portanto, a análise sociológica para a verdadeira percepção do Direito e, em consequência, da justiça.

Por fim, na linha jusfilosófica, temos a dimensão Jus-Estruturalista, operacionalizada pela Teoria Estruturante do Direito, do Professor Friderich Müller, da Universidade de Heidelberg.

Essa notável e original teoria jurídica começa a ganhar espaços no Brasil, em face da presença constante do mestre alemão nos meios universitários brasileiros. O Professor Müller tem atendido a convites do Conselho Federal da OAB, sendo comparsa das suas últimas Conferências, bem assim a convites regulares de várias universidades e organizações sociais relevantes.

Müller, mais que um comentador da norma, é um construtor. A sua teoria viabiliza a hermenêutica da concretização e não apenas da descrição da norma. É essa a diferença fundamental entre a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, e a Teoria Estruturante do Direito de F. Müller.

Vejamos: na miragem mülleriana, o direito positivo é uma norma-texto (*input*), um enunciado jurídico, que será operacionalizado pela norma-programa (esfera da hermenêutica), norma-âmbito (esfera do fato social). A interconexão dessa norma produzirá a norma jurídica, genérica e abstrata, de conseguinte, impotente para a realização jurídica.

Somente após a decisão política, surge a norma de decisão (*output*), essa sim concretizadora do direito, portanto, realizadora da justiça, de vez que a finalidade do Direito é realizar a justiça. “Ao Juiz, especialmente, não cabe aplicar a lei, mas fazer justiça” (Luiz Fernando Coelho apud NEVES, 1993).

Um exemplo prático clarifica melhor essa abordagem. A Constituição brasileira prescreve: “A educação é direito de todos e dever do Estado”.

Temos aqui, inicialmente, uma norma-texto, um *input* do sistema jurídico.

Ao interpretarmos essa norma por meio da norma-programa, à vista do fato social, v.g. a educação para Pedro, norma-âmbito, construiremos a norma jurídica, genérica e abstrata: TODOS TÊM DIREITO À ESCOLA. Pedro, no entanto, continua sem escola, porque não existe a escola, não há professores ou ele não pode adquirir material escolar. A norma jurídica, *per se*, não realiza direito algum.

No instante em que o administrador toma uma decisão política, produz a norma de decisão, ao inaugurar a escola, equipada com o material necessário e provida do quadro docente próprio; nesse exato momento, realiza-se para Pedro, sujeito da destinação normativa, o direito de estudar. A concretização da norma é sempre um ato individual. A norma concretiza-se em cada caso, *per se*.

Lembramos que Müller tem razão ao proclamar: “O Direito é uma forma especial de política”. *De vero*, sem decisão política, jamais haverá eficácia, efetividade e eficiência jurídica.

Por fim, o Direito apresenta uma dimensão contemporânea, adequada às radicais mudanças ocorridas nos últimos anos.

Na versão de Boaventura Santos, professor de Coimbra, três movimentos realinham o constitucionalismo contemporâneo: a regionalização, materializada pela União dos Estados, com objetivos desenvolvimentistas, o cosmopolitanismo ético, ensejado por um sistema universal de proteção aos direitos humanos, inclusive com a superação do vetusto princípio penal da territorialidade, e, finalmente, a Globalização, provocadora da circulação de bens e capital transnacional, no mercado mundializado (apud VIEIRA p. 15-16).

O Professor José Eduardo Faria, em conferência pronunciada no XXVIII Encontro Nacional de Faculdades de Direito, realizado em Porto Alegre, no período de 25 a 27 de outubro de 2000, sob o tema “As metamorfoses do Direito na reestruturação do Capitalismo”, suscitou oito tendências, que têm modificado as relações jurídicas no mundo hodierno.

A primeira tendência relaciona-se com a reformulação do formalismo processual, abolindo-se procedimentos dispensáveis, com redução de recursos e solução rápida dos conflitos jurídicos, a exemplo do que já realizam os Tribunais Especiais.

Afirma o mestre paulista: “Com o desenvolvimento da informática, a revolução de microeletrônica e o avanço das telecomunicações, esse processo decisório é cada vez

mais instantâneo. Ou seja, o tempo na economia globalizada não respeita fusos horários. É o tempo real dos fluxos financeiros, o tempo da simultaneidade das decisões comerciais, o tempo do aqui e agora dos meios de comunicação, repercutindo de modo quase instantâneo fatos e acontecimentos nas percepções coletivas” (Anais... 2000, p. 89).

A segunda tendência propugna pela substituição dos padrões formais do direito romano-germânico, como o nosso, pelos do direito anglo-saxônico, valorizador da formação jurisprudencial. Veja-se a existência, entre nós, das Agências Reguladoras, nos campos das telecomunicações e do petróleo.

A terceira tendência volta-se para a esfera da “progressiva redução do grau de coercibilidade do direito positivo”. Sem dúvida, os processos de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização têm retirado do ordenamento jurídico tradicional aquela “função dirigente”, com queda de imperatividade, inclusive no âmbito constitucional.

A quarta tendência é a da “reprivatização do direito”. Há uma espécie de renascimento do direito privado, à vista da principiologia neoliberal. Impõe registrar que esse renascimento efetiva-se à margem do Estado. Nessa tendência, a tutela estatal é substituída pela livre negociação. É um retorno ao individualismo jurídico-social.

Por essa tendência, a concepção de Constituição apresenta nova imagem. Segundo o autor citado (Anais... p. 92),

“Ela deixa de ser um estatuto organizatório definidor de competências e regulador de processos no âmbito do Estado, passível de ser visto como ‘norma fundamental’, e reconhecido como centro emanador do ordenamento jurídico. E assume a forma de uma certa identidade política e cultural, atuando como um centro de convergência de valores em cujo âmbito teriam caráter absoluto apenas duas exigências fundamentais. Do ponto de vista substantivo, os direitos de cida-

dania e a manutenção do pluralismo axiológico, mediante a adoção de mecanismos neutralizadores, de soluções uniformizantes e medidas capazes de bloquear a liberdade e instaurar uma unidade social amorfa e indiferenciada. Do ponto de vista procedimental, as garantias para que o jogo político ocorra dentro da lei, isto é, das regras jurídicas estáveis, claras e acatadas por todos os atores”.

A quinta tendência atinge o Direito do Trabalho, enfraquecendo-lhe os princípios e normas, conquistados por lutas históricas. Aqui valem os conceitos de “empregabilidade”, “renda”, “flexibilização legal”, entre outros.

A sexta tendência milita no campo do Direito Internacional Público, com modificações paradigmáticas. Há uma espécie de retorno à *lex mercatoria*, com perponderância do Direito da Produção. Sem dúvida, nesse aspecto, constata-se uma prevalência do Direito Comunitário sobre o Direito Internacional Público e sobre o Direito Nacional. Em verdade, não se opera apenas uma internacionalização jurídica, mas uma transnacionalização legal.

A sétima tendência caminha no sentido da regressão dos direitos humanos e, entre esses, dos direitos sociais. Como bem acentua o autor, já indicado, “na prática, em outras palavras, o enxugamento do Estado-nação implica a diminuição dos direitos humanos e, por conseqüência, da própria cidadania” (Anais... p. 95).

In fine, apresenta-se a oitava tendência, com vistas a modificar os paradigmas do direito penal. Anota o Professor José Eduardo Faria:

“Para obter maior eficiência no combate às novas formas de criminalidade, os Estados passaram a reformular seus esquemas de controle e prevenção de delitos, seja ampliando extraordinariamente o caráter punitivo-repressivo de suas normas penais, seja esvaziando o processo penal de

suas feições garantistas, seja assinando tratados internacionais para uma atuação conjunta em termos continentais (como é o caso do Acordo de Shengen, de 1992) (Anais... p. 96).

3. A Justiça como quarta dimensão do Direito

3.1. Percepção da Justiça como dimensão teleológica do Direito

Em tudo há uma finalidade. A atividade humana tem começo, meio e fim.

Com efeito, em se tratando de estrutura jurídica, não poderá ser diferente. O Direito, como todas as outras realidades humanas, tem um fim.

Não se nega que o Direito é uma combinação ontológica e espiemológica, sob o ponto de vista hermenêutico, mas, também, não lhe pode negar uma finalidade, uma dimensão teleológica.

Essa dimensão é a Justiça. Desde os primórdios da humanidade que se tenta perceber o significado da Justiça.

No mundo greco-romano, a intuição inicial de justiça teve um significado ético-religioso, com uma visão mítica. Nesse mundo antigo, as deusas Themis e Diké representavam a idéia de justiça, numa miragem simbólica.

Preleciona o mestre Miguel Reale:

“Pode-se dizer que o Direito, de envolta com as demais expressões do viver coletivo, foi antes vivido como um fato, e, ao mesmo tempo, como um fato a que o homem atribua a força inexorável e misteriosa dos enlaces cósmicos, talvez inspirado inicialmente, como sugere Cassirer, pela visão dos astros, cuja ‘ordem’ terá sido a primeira a ser arrancada do caos das impressões, dos desejos e das vontades arbitrárias”¹.

Com Aristóteles inicia-se a fase científica da análise do conceito de justiça. O Estagirita proclama: “a justiça é um fenômeno

político (estatal), sendo o Direito o ordenamento da comunidade estatal. Esse Direito é também o critério justo” (BIGOTTE, 1998, p. 25). O filósofo grego já sinalizava que o Direito tem uma finalidade justa, em termos contemporâneos, que o Direito é sempre um ato de justiça.

Para Aristóteles, a justiça é uma *proportio ad alterum*, na terminologia de Santo Tomás de Aquino, e pode ser comutativa, obedecendo a uma relação absoluta, numérica ou aritmética e distributiva, ou seja, corretiva, com o escopo de oferecer a cada pessoa aquilo que lhe é devido (BIGOTTE, 1998, p.25).

Sob o ponto de vista etimológico, o termo IUS deu origem a várias palavras da língua portuguesa, *verbi gratia*: justiça, juiz, jurisdição, jurisconsulto, jurisprudência, jurista, jurídico, jurisdicional, etc.(BIGOTTE, 1998, p. 25).

Mas, sob a mira ôntica e semântica, o termo IUS se deriva da palavra *iustitia*.

Afirma o Ulpiano, no Digesto (1, 1, 1, pr.): “*iuri operam daturum prius nosse oportet unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum, nam ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi*” (convém que aquele que vai se dedicar ao Direito conheça primeiramente de onde procede o termo *ius*. É chamado assim por derivar de *fustitia*: porque, como elegantemente definiu Celso, o direito é a arte do bom e do justo).

Para os gregos, o direito (*to dikaion*) é objeto da justiça (*dikaiosyne*), ou seja, a coisa justa, que é atribuída a outrem.

De outro bordo, a palavra direito, e as suas derivadas, provém de DIRECTUM, participio passado do verbo DIRIGERE, que se compõe de DI+regere (reger, governar). Há outros que defendem a origem do verbo *regere*, de RAGA (hebraico), com significado de governar os povos (BIGOTTE, 1998, p. 22).

Da palavra *rectum* originam-se *Recht* (o direito), *recht* (direito e reto), *gerecht* (justo), *Gerechtigkeit* (justiça), *richtig* (justo) e *right* (direito).

Ulpiano já proclamara: “*iustitia est constant et perpetua voluntas ius suum cui que*

tribuendi”(Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu).

No seu Evangelho, Cristo pregou: “NOLITE JUDICARE SECUNDUM FÁCIEM, SED JUSTUM JUDICIUM JUDICÁTE” (não julgueis pelas aparências, mas conforme a Justiça) (S. João. 7, 14, 31).

Para não ir mais longe na história, examinemos a opinião dos contratualistas.

Começemos por Kant. O Filósofo de Königsberg defendeu uma “sociedade justa”, com a convivência de homens livres, cada um no exercício de sua autonomia.

Escreveu Kant: “se a justiça desaparecesse, não valeria mais a pena que os homens vivessem sobre a terra”.

Hegel apresenta o ideal de justiça como produto do *Volksgeist* (espírito do povo), ou seja, a realização de um Estado de Justiça Social, nos moldes da existência de uma justiça possível.

Se para ele “o que é real é racional” e “o que é racional é real”, não há diferença entre o jurídico (o direito que é) e o justo (o direito que deve ser), não se contrapondo, destarte, o direito real ao direito ideal².

De grande importância para a nossa pesquisa a análise, posto que sucinta, do pensamento neojusracionalista, predominante nas três subescolas neokantianas de Marburgo, liderada por Rudolf Stammler; a de Baden, protagonizada por Gustav Radbruch e a de Viena, com expressão maior em Hans Kelsen.

Stammler (1856-1938) sustentou “a possibilidade de um direito objetivamente justo em seu conteúdo”, com a admissão de “um direito natural de conteúdo variável”, regras jurídicas que, sob condições reais, pudessem produzir um direito teoricamente justo. É o direito natural de conteúdo progressivo (JACQUES, 1968, p. 237).

Radbruch (1878-1949) desenvolveu uma teoria axiológica do Direito, a *Wertphilosophie* (Filosofia dos Valores), composta de três partes: a Lógica, a Moral e a Estética.

Nessa linha de raciocínio, afirmou o jurista de Heidelberg:

“o direito é um fato ou fenômeno cultural, isto é, um fato referido a valores. O conceito de direito não pode, pois, ser determinado, nem definir-se de outra maneira que não seja esta: o conjunto de dados da experiência que tem SENTIDO de pretender realizar a idéia do direito. O direito pode ser injusto (*summum jus summa injuria*), e, contudo, não deixa de ser direito, na medida em que o seu SENTIDO vem a ser precisamente este: o de realizar o justo”³.

Esse mestre alemão o estatua na diferença entre o valor e a realidade. O valor é produto da valoração; a realidade pertence ao reino da natureza.

Por fim, a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, já comentada, que definia a justiça como “um ideal irracional”.

Todavia, na Teoria Geral das Normas, sua obra póstuma, o Mestre de Viena admite um estudo complementar entre Moral e Direito.

Como visto, o pai do monismo jurídico, um sábio, como era, descobriu e chegou a aceitar a possibilidade de uma referência à axiologia jurídica.

Relembre-se, por conveniente e oportuno, que todas essas teorias antecederam ao advento da Tridimensionalidade do Direito, do mestre Miguel Reale.

Uma das teorias mais modernas sobre justiça, a de John Rawls, sintetiza-se nesses princípios:

“Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites da razoabilidade e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos” (1997, p. 64).

O Professor de Harvard busca oferecer à igualdade uma base concreta, não deixan-

do claro, no entanto, se sua teoria é de natureza “liberal” ou “social-democrata”.

Inegavelmente, o esforço de John Rawls em oferecer uma nova visão sobre a justiça, no caso, “justiça real”, é louvável e abre novas e alvissareiras perspectivas para o exame dessa complexa temática.

Almeida Garret, citado pelo Mestre Paulo Bonavides, enfatiza: “a justiça é a única virtude primordial em que todas as outras se contivessem”. E continua “Justiça é tudo, justiça é as virtudes todas, justiça é religião, justiça é caridade, justiça é sociabilidade, é respeito às leis, é lealdade, é honra, é tudo enfim”. E adita o Mestre de Fortaleza: “Justiça neste País é, também, o respeito e a concretização de todos os princípios superiores da ordem constitucional” (BONAVIDES, 1999, p. 130).

Em roboração à idéia que pioneiramente defendemos – *hic et nunc* –, atesta o Professor Luiz Fernando Coelho (apud NEVES, 1993, p. 29): “posso acrescentar que o papel do jurista não é manter os conteúdos normativos estabelecidos pelo poder, mas substituí-los por outros conteúdos mais condizentes com as exigências da justiça e voltados para a realidade social. Ao juiz, especialmente, não cabe aplicar a lei, MAS FAZER JUSTIÇA” (grifo nosso).

Na reflexão de Rudolf Ihering, a luta pelo Direito nada mais é do que a luta pela justiça.

Como afirmou Petrone, o direito positivo é “o precipitado histórico da idéia de justiça”.

Garcia Maynes completa: “todo direito positivo representa um ensaio, desgraçado e feliz, de realização de justiça”.

Nilzardo Carneiro Leão adita: “Porém, sendo a legalidade vigente a expressão objetiva do Direito e a Justiça a sua meta ideal, a nossa luta se consubstancia em atitude crítica com relação à legalidade vigente, pela defesa indormida da dignidade da pessoa humana e de seus direitos naturais, e pelo aprimoramento das instituições. Isso tudo exige, evidentemente, o ambiente da democracia, que, na definição perfeita de Jacques

Maritain, ‘é uma organização racional das liberdades fundadas sobre a lei e onde a ordem, digo, encontra sua garantia na Justiça’”(1974).

Não resta a menor dúvida de que a dimensão teleológica do direito é a justiça.

Finalizando essa parte relativa à nova percepção da justiça, citamos o Mestre da Universidade de São Paulo, Miguel Reale, cuja asserção retira qualquer indício de dúvida sobre a condição da justiça, como finalidade do Direito.

Eis o que ensina o mestre paulista: “Vê-se, pois, que o conceito do direito implica, outrossim, nos elementos do Poder (donde dizemos que é uma realidade ordenada, ou, por outras palavras, uma ORDENAÇÃO), assim como no de sociedade; é o direito VINCULAÇÃO BILATERAL-ATRIBUTIVA DA CONDUTA HUMANA PARA A REALIZAÇÃO ORDENADA DOS VALORES DA CONVIVÊNCIA. Temos, assim, a sociedade como condição do Direito, A JUSTIÇA COMO FIM ÚLTIMO, a bilateralidade atributiva como forma ordenatória específica, e o Poder como garantia de sua atualização” (grifo nosso)⁴.

3.2. Percepção do valor como meio de valoração do fato e da norma, para obtenção da Justiça

No esquema que imaginamos, o valor apresenta dupla funcionalidade: a valorativa e a finalística.

No plano valorativo, o valor funciona como meio de valoração, isto é, como norma-programa, para usar a linguagem *mülleriana*.

Valorar significa submeter o fato e a norma a uma tábua de valores. O valor, nessa hipótese, é um elemento hermenêutico. É o instrumento de interpretação do fato e da norma.

Hans Georg Gadamer, citado por Juarez Freitas, ensina:

“A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do Direito, que ocor-

re com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este se encontra, por sua vez, sujeito à lei, exatamente como qualquer outro objeto membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem jurídica supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do todo” (GRAU; GUERRA FILHO, 2001, p. 229).

Na mesma linha de raciocínio, pondera Eros Roberto Grau: “O que incisivamente deve ser afirmado, a partir da metáfora de Kelsen, é o fato de a moldura da norma ser, diversamente, moldura do texto, mas apenas dele; ela é, concomitantemente, moldura do texto e moldura dos fatos. O intérprete interpreta também os fatos, necessariamente além dos textos, ao empreender a produção prática do Direito. Isso reclama do intérprete a efetiva consideração, em cada caso, não apenas dos textos (de todo o Direito, a partir da Constituição), mas também dos fatos, até porque desse enlace é que resulta (a produção da) a norma. A interpretação de ambos, textos e fatos, dá lugar à norma: (decisão) aplicável ao caso” (2001, p. 262).

Na verdade, para a razoável interpretação e aplicação do Direito, com o escopo de realização da Justiça, impõe-se a correta valoração do fato e da norma, sob pena de cometimento inevitável do “desvio justicial”, vale dizer: do desvio de justiça.

Como bem lembra Cabral de Moncada, repetindo o pensamento de J. Hessen, “os valores estão referidos à realidade; são referenciais ao real, à ordem do real (*Wirklichkeitsbezogen*).” Protendem a realidade. Querem tornar-se reais. Aspiram a sair da sua própria esfera, que é a do ideal. Têm como que fome de existência”, conclui o mestre de Coimbra (1966, v. 29).

A Axiologia jurídica renasce, nos tempos atuais, em face da falência do normativismo puro, que supedaneou os regimes autocráticos do século XX. A vida em sociedade implica a cultura e a preservação dos va-

lores. Como sabiamente afirmou Jasper, ser é sempre “ser-com outro” (*sein ist mitsein*).

Os valores são apreendidos de duas maneiras: pelo emocionalismo e pelo intelectualismo. Essas vias devem ser consideradas simultaneamente. De fato, o valor é, *in limine*, um sentimento, para, ao depois, transformar-se em realidade.

Há valores espirituais e valores vitais e materiais. O importante, no contexto contemporâneo, é transformar os valores espirituais em valores vitais. O conhecimento axiológico permite-nos contemplar o belo, buscar a justiça e materializar os princípios constitucionais.

A Constituição brasileira de 1988 é uma constituição principiológica, portanto, valorativa. Diferente das outras três constituições e quatro cartas, até hoje promulgadas e outorgadas no Brasil, a atual Constituição inicia-se com a pauta dos Princípios Fundamentais e não com a organização do Estado, como as anteriores. Essa mudança topográfica impõe uma mudança, também, ôntica e epistemológica. Todos os protagonistas do Direito são obrigados a valorar o fato e a norma, para obtenção da Justiça.

Tomemos como exemplo a prática de um homicídio.

Recebida a *notitia criminis*, o Delegado é a primeira autoridade a tomar conhecimento do fato delituoso. Ele será, também, o primeiro agente de justiça a operacionalizar a valoração do fato, supostamente delituoso, e da norma a ser aplicada. A estatuição de um correto juízo de valor repercutirá em todo o *iter* processual, quer na via administrativa (policial), quer na via judiciária.

Em seguida, o Promotor de Justiça, de igual modo, realizará a sua valoração acerca do fato e da norma. A denúncia, na nossa visada, não poderá apenas ater-se ao Inquérito Policial, deverá ir mais além, deverá ser produto de uma valoração autêntica por parte do Ministério Público.

Por fim, o juiz valorará (o fato e a norma), quando for prolatar a pronúncia. Novamente, exige-se autonomia e independên-

cia, pois está em jogo um valor inestimável como a liberdade humana.

A segunda dimensão valorativa que indicamos é a finalística. Em outras palavras, a realização de um valor – a justiça – é a concretização do direito. Assim, afirmamos que o direito é a realizabilidade da justiça.

Mais uma vez retornamos ao ensinamento do Mestre Miguel Reale, que roborava:

“Onde, pois, há uma norma de direito, há sempre um problema axiológico pressuposto ao intérprete. Dessa asserção resultam quatro conclusões que será sempre necessário ter presentes, especialmente por suas consequências de ordem prática, a saber:

- Toda norma, por ser sempre representação de um valor e objeto de volição, jamais pode deixar de ser interpretada, não podendo haver norma que dispense interpretação (essencialidade do ato interpretativo).

- Toda interpretação jurídica é de natureza axiológica, isto é, pressupõe a valoração objetivada na proposição normativa (essencialidade axiológica do ato interpretativo).

- Toda interpretação se acha condicionada por um complexo de situações fáticas, a começar cronologicamente por aquela que havia condicionado originariamente a objetivação da norma (essencialidade da condicionabilidade fática do ato interpretativo).

- Toda interpretação tem como pressuposto o caráter necessariamente lógico da proposição normativa, não obstante possa ter sido o resultado de fatores alógicos (essencialidade lógica do ato interpretativo).

No que se refere a esses enunciados, cabe observar que os valores, que formam a razão ou o conteúdo das

normas, aparecem nesta por meio de um ato volitivo. A norma jurídica é, pois, sempre determinação racional e objetiva de valores, na medida e em função de meios idôneos à sua realização, na dependência ou em função dos fatos ou circunstâncias em que a valoração e a volição ocorrem”.

Quando a valoração é mal elaborada, cometem-se os *desvios justiciais*, ou desvios de justiça. Esses desvios podem ser máximos (injustiça – *summum jus, summa injuria*); médios, (injusto parcial), ou mínimos (*praeter justum*).

Somente a prática jurídica poderá indicar, em cada caso, a concreção desses exemplos. É sempre uma situação casuística.

4. Conclusão

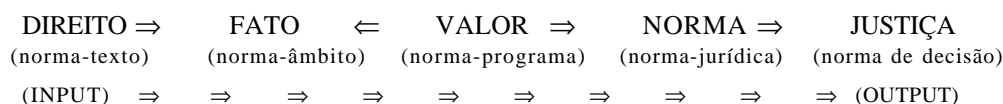
O presente tema é inconcluso, mas, para suscitar inferências prévias, podemos concluir que:

- A justiça é a dimensão teleológica do direito. Não há direito injusto. Há manifestação injusta do Direito, por meio de norma, de contrato, de convenção, de decreto, de medida provisória ou de outros meios jurídicos.

- O valor consignado no esquema Fato, Valor e Norma tem a nosso sentir, em primeiro lugar, uma funcionalidade hermenêutica, ou seja, é um instrumento de valoração do fato e da norma, como expusemos.

- Embora o esquema jurídico seja imantado pelo valor justiça, este só se realiza, como fim do direito, quando ocorre a concretização da norma jurídica, da lei ou de outro ato normativo. De conseguinte, a justiça é a quarta dimensão do direito, ou seja, a sua dimensão finalística.

- Numa interconexão com a Teoria Estruturante do Direito, o novo esquema de análise jurídica apresenta esta estrutura:



Em verdade, não se deve confundir justiça valor com Poder Judiciário. A Justiça é a *ratio ultima* do Direito. O Judiciário congrega a ordem dos magistrados. O texto constitucional vigente é muito claro nesse aspecto.

Quando o art. 133 da Constituição Federal estatui que o Advogado é indispensável à administração da justiça, está tratando da justiça como dimensão do direito e não como Poder Judiciário. De igual modo, a Lei Maior refere-se às funções essenciais à justiça – novamente justiça como valor e não Poder Judiciário. O Ministério Público, *verbi gratia*, é essencial à justiça-valor e à função jurisdicional do Estado (art. 127 da Constituição Federal), do mesmo modo que a Defensoria Pública (art. 134 da Constituição Federal).

Por fim, relembro o pensamento de Bernard SchWartz, para quem “a qualidade da justiça depende mais da qualidade dos homens que aplicam a lei do que do conteúdo da lei aplicada”.

Notas

¹ Reale, Miguel. Op cit., p. 10

² Reale, Miguel. Op. cit. p. 20

³ Jaques, Paulino. Op. cit., p. 238, In Rawls, Jonh. Uma Teoria da Justiça, São Paulo, Martins Fontes, 1997, p. 64.

⁴ Op. cit. p. 242-243.

Bibliografia

BIGOTTE, Mário. *Introdução ao direito*. Coimbra: Almedina, 1998. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial*. São Paulo: Malheiros, 1999.

EHRlich, Eugen. *Fundamental principles of the sociology of laws*. [S. l.]: [s. n.], 1936.

ENCONTRO NACIONAL DE FACULDADES DE DIREITO, 28., 2000. Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: [s. n.], 2000.

GRAU, Eros; GUERRA FILHO, W. S. (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

JACQUES, Paulino. *Curso de introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

MARITAIN, Jacques. *A luta pela justiça: discurso de paraninfo*. Recife: [s. n.], 1974.

MONCADA, Luis Cabral de. *Filosofia do direito*. Coimbra: Coimbra, 1968. v. 29.

NEVES, Antônio Castanheira. *A redução política do pensamento metodológico-jurídico*. Coimbra: Coimbra, 1993.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RECANSÈS SICHES, Luís. *Nueva filosofia de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1956.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, [19--?].

Uma análise crítica do sistema de composição de controvérsias da OMC frente a uma sociedade internacional supercomplexa

Silvia Regina Pontes Lopes

Sumário

1. Intróito: delimitação epistemológica do tema. 2. A Organização Mundial de Comércio como expressão da globalização e liberalização econômicas: uma contextualização histórica. 3. O papel da sociedade numa visão sistêmica. 4. A supercomplexidade como característica maior da sociedade internacional contemporânea. 5. Relacionamento entre os Estados numa sociedade internacional desigual. 6. A Organização Mundial do Comércio: contextualização histórica. 7. Organização Mundial do Comércio: panorama geral acerca de seus objetivos, função e estrutura. 8. O sistema de solução de controvérsias da OMC. 9. Uma análise crítica do sistema de solução de controvérsias. 10. Conclusão: ingerências econômicas indevidas na aplicação das normas jurídicas em sede da OMC.

1. Intróito: delimitação epistemológica do tema

Globalização e liberalização econômica são temas da moda: fala-se em intensificação das relações comerciais, abertura de mercados e expansão do capitalismo. No contexto das relações comerciais internacionais, tal tendência globalizante engendrou a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), responsável pelo estabelecimento de um sistema jurídico multilateral de regulação das atividades comerciais mundiais.

Na verdade, as primeiras medidas internacionais rumo a uma cooperação eco-

Silvia Regina Pontes Lopes é graduanda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; pesquisadora bolsista (PIBIC/CNPq) na área de Teoria Geral do Direito e Direito Comercial Internacional.

nômica de proporções mundiais remontam ao período pós-guerra com o surgimento de três instituições internacionais: o Fundo Monetário Internacional, com o objetivo de auxiliar a estabilização das taxas de câmbio e, assim, desencorajar restrições ao comércio; o Banco Internacional, igualmente chamado de Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento, prestando-se a fornecer capital necessário à reconstrução econômica dos países; e a Organização Internacional de Comércio, almejando a promoção de um novo regime jurídico para o comércio mundial. Esta se mostrou a primeira tentativa de estabelecimento de um sistema jurídico multilateral de comércio, o qual foi concretizado, em parâmetros amplos, com a criação da OMC.

Profundamente criticada por certas facções políticas, que a acusam de representar os interesses dos países desenvolvidos em detrimento das pretensões do subdesenvolvimento e de ser manipulada por empresas multinacionais, a Organização Mundial do Comércio assume de fato o papel de regulamentação de uma sociedade internacional extremamente complexa, em que as disparidades políticas, econômicas e sociais são gritantes.

Convivem, assim, num mesmo sistema jurídico internacional, igualdade e disparidade, acarretando o surgimento de inúmeras tensões, na referida organização, em razão da pluralidade de discursos e interesses. Tais tensões acarretam certas implicações: além de ser determinante no estabelecimento de normas integrantes do sistema jurídico comercial multilateral da OMC, é fator decisivo para a efetivação das correspondentes normas.

O presente trabalho objetiva a análise da influência do subsistema econômico na composição de conflitos internacionais de comércio em sede da OMC, considerando-se as disparidades econômicas e políticas no contexto mundial e suas implicações jurídicas à luz da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann e da Teoria dos Jogos.

2. *A Organização Mundial de Comércio como expressão da globalização e liberalização econômicas: uma contextualização histórica*

A globalização, considerada em uma acepção ampla, não constitui um fenômeno moderno. Entendido como um processo de extensão das relações econômicas numa esfera mundial, remonta ao século XV, com o expansionismo colonial, com “as grandes descobertas”. Os contornos que assume, entretanto, hodiernamente, são diversos: diferentemente da globalização colonial, a globalização atual verifica-se entre Estados politicamente (ao menos teoricamente) autodeterminantes, não mais compreendendo, dessa forma, uma situação de subordinação político-econômica entre colônia e metrópole, integração proporcionada pela *força*. Assim, fala-se em integração mediante *cooperação* entre Estados, no sentido moderno do termo, abrangendo as noções de poder de autodeterminação e soberania, cuja definição e cujos contornos são hodiernamente discutidos (SALA, 1996, p. 709).

Em jargão atualmente bastante difundido, globalização e liberalização seriam “fases de uma mesma moeda”. De fato, a liberalização, entendida como política de abertura de fronteiras comerciais entre os Estados, mostra-se importante instrumento para a integração econômica mundial. O ideal liberal não é, igualmente, obra da contemporaneidade, tanto que hoje é denominado de “neoliberalismo”: remonta ao século XVIII (o chamado “Século das Luzes”) com a política econômica do “*laissez faire, laissez passer*”, corroborada por inúmeros economistas renomados, como, por exemplo, Adam Smith, para quem a economia deveria ser guiada pela denominada “mão invisível do mercado” (1996, p. 63-77). Tal ideologia econômica, entretanto, em sua acepção original, voltava-se a uma diminuição da atuação interna do Estado, inclinándose antes a uma não-regularização das atividades econômicas e afiliadas de seus naci-

onais, que a concessões econômicas externas: a realidade político-econômica do primeiro contexto histórico encontra-se, primordialmente, eivada de um relacionamento territorial global marcado pelo binômio “colônia *versus* metrópole”, em que se observava a institucionalização da subordinação. Sobre essa diferença de contextos históricos, pronunciou-se Celso Mello:

“A sociedade internacional dos nossos dias é completamente diversa da do século anterior em virtude de um fator principal: os Estados compreenderam que existem certos problemas que não podem ser resolvidos por eles sem a colaboração dos demais membros da sociedade internacional. As organizações internacionais são resultantes desse fator”(1997, p.43).

Assim, no estágio de globalização atual de fundamento eminentemente econômico, faz-se mister a realização de uma nova análise acerca da atuação do Estado em seu âmbito interno e externo. Preliminarmente, cabe frisar, entretanto, que as referidas esferas de atuação são intimamente dependentes, tendo em vista que, na sociedade atual mundial, o processo de integração chegou a um estágio tal que não há mais de se distinguir as políticas interna e externa de um Estado, pois possuem implicações mútuas. A diferenciação mostra-se útil, entretanto, para efeitos explicativos.

Num âmbito interno, observa-se o surgimento do chamado *Estado Mínimo* ou *Liberal*, caracterizado por uma hipotrofia na atuação econômica, política e social do Estado¹, acarretando, conseqüentemente, uma ampliação na esfera de liberdade do setor privado. Tal ideologia de ação mínima do Estado encontra-se corroborada em diversas atitudes e declarações de seus representantes. Observe-se o pronunciamento do Secretário de Tesouro dos Estados Unidos, Paul O’Neil, que declarou, acerca das causas das crises capitalistas, segundo o jornal *Gazeta Mercantil* do dia 5 de março de 2001: “*it doesn’t have anything to do with the failure*

of capitalism. It’s to do with an absence of capitalism”.

Externamente, por outro lado, observa-se a formação de uma sociedade internacional² cada vez mais integrada por meio da extensão progressiva do objeto do Direito Internacional, que, se, outrora, limitava-se, basicamente, a regular matérias relacionadas à guerra, hodiernamente abrange questões das mais diversas ordens (econômicas, políticas, sociais, culturais etc.). Sobre esse fenômeno, constatou-se que

“a chamada globalização deve ser entendida como uma intensificação dessa sociedade, que se constrói primariamente, a partir da economia, da técnica, da ciência e dos meios de comunicação de massa: relações sociais e comunicações intensificam-se além das fronteiras dos Estados com organizações político-jurídicas territoriais e das fronteiras culturais entre nações e etnias”(NEVES, 2000, p. 15-16).

Nesse contexto de cooperação das relações internacionais, o surgimento de organizações internacionais torna-se importante instrumento voltado para o estabelecimento de um ambiente de confiança e previsibilidade no cenário mundial, o que é observado nas mais variadas esferas de relacionamentos internacionais. No aspecto militar, constata-se, por exemplo, ao lado de conclusões de tratados de não-proliferação de armas, a regularização internacional do direito à guerra, que, se até recentemente era considerado um direito inalienável do Estado, hoje se afigura como direito excepcional (quase um não-direito, em face dos princípios da não-agressão, da solução pacífica dos litígios internacionais, da autodeterminação dos povos, da coexistência pacífica, entre outros), cujo exercício se afigura legítimo tão-somente em situações especiais (cf, HUCK, 1996, p. 11).

É na esfera econômica, entretanto, que os ambientes de previsibilidade e confiança tornam-se essenciais para o desenvolvimento das relações comerciais internacionais,

baseadas na reciprocidade de concessões, tendo em vista que o processo de integração econômica mundial demanda, para seu progressivo desenvolvimento, a criação de um sistema jurídico multilateral de comércio, proporcionador de uma cooperação jurídica e econômica mundial.

Tal processo mostra-se a serviço tanto do capitalismo empresarial, vez que possibilita, mediante a ampliação de mercado, a atuação de empresas até então nacionais nas mais variadas regiões do planeta, quanto em prol do capitalismo financeiro, por meio da regulamentação liberalizante de investimentos externos. Na verdade, ambas vertentes mostram-se tão intensamente relacionadas que

“antes, comércio e investimento eram considerados atividades alternativas para se penetrar no mercado externo. Agora, na era da globalização, as empresas tratam comércio e investimento como atividades complementares. Cada vez mais se torna difícil implantar regras sobre troca de bens que envolvam origens nacionais distintas” (THORSTENSEN, 1998, p. 31).

Em observância a essa tendência globalizante, o Estado assume uma dupla postura: primeiramente, compromete-se em aniquilar as barreiras ao comércio; e, em segundo lugar, a uniformizar suas legislações comerciais. Como se disse, “tal fato exige que o comércio de bens e serviços e o investimento passem a ser coordenados em níveis multilaterais e que as regras de conduta dos parceiros comerciais passem a ser controladas e arbitradas também em nível internacional” (THORSTENSEN, 1999, p. 26). Isso explica, por exemplo, o atual processo de regionalização econômica com o surgimento de diversos blocos econômicos, como o NAFTA e o Mercosul, assim como a criação de organizações internacionais com o escopo de regularizar os mais variados aspectos estruturais da economia, tais como a Organização Mundial do Comércio, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual, entre outras.

Observa-se, dessa maneira, que esse novo Direito Econômico Internacional apresenta-se importante meio de viabilização do processo de liberalização econômica. Entretanto, apesar da relevância de uma análise jurídica da globalização econômica, constata-se muitas vezes que

“o enfoque do fenômeno da integração normalmente tende a privilegiar seus aspectos e seu conteúdo econômico, em detrimento da análise jurídica e institucional, muitas vezes relegada a caráter meramente instrumental, o que tem o condão de inverter a captação do processo, e adequada avaliação de seus elementos constitutivos e condicionantes estruturais” (CASELLA, 1996, p. 18).

Não se há, portanto, de ignorar que as repercussões jurídicas de tal cenário comercial mundial complexo ensejaram a criação de um sistema multilateral de comércio, concretizado na Organização Mundial do Comércio (OMC), que estabeleceu regras comerciais válidas para quase a totalidade dos países do globo.

3. O papel da sociedade numa visão sistêmica

A teoria geral do sistema define-o como “um conjunto de elementos que mantém interação, um conjunto de objetos e das relações entre esses objetos e seus atributos, ou como sendo um todo, composto de muitas partes, ou um conjunto de atributos ou ainda todo grupo de objetos que mantiveram relacionamento estrutural característico” (GALINDO, 1991, p. 55). Em qualquer uma das referidas definições, o sistema remonta à idéia de *interação ordenada*.

Nesse sentido é que o sociólogo alemão Niklas Luhmann afirma ser a sociedade um sistema destinado à redução da complexidade e controle da contingência do mundo circundante (1980, p. 39). Tal caráter inexorável de relacionamento com o mundo circundante foi também acentuado por outros

autores, para quem “pode-se dizer que a noção de sistema, para ser aplicada, demanda, metodologicamente, que o objeto de análise tenha limites claramente definidos, e se relacione com o seu meio ambiente” (GALINDO, 1991, p. 56).

Esse sistema é composto por diversos subsistemas, como o político, o econômico, o jurídico, o amoroso, que se distinguem uns dos outros por guardarem uma identidade própria, possibilitando a abrangência por cada um deles de tão-somente um aspecto do mundo, de tal forma que os demais subsistemas frente a um certo subsistema considerado serão tidos por meio ambiente (mundo circundante).

A fim de compreender-se tal processo, deve-se estabelecer o conceito de complexidade na ótica luhmanniana. Esta é definida como “a totalidade das possibilidades que se distinguem para a vivência social – quer seja do mundo, (complexidade do mundo) quer seja num sistema (complexidade do sistema)” (1980, p. 39). Dessa forma, a ordem própria do subsistema, ou seja, sua complexidade, possibilita-lhe reduzir a complexidade de seu meio ambiente, ao abarcar ou prever apenas algumas das diversas possibilidades do mundo circundante.

Para que os subsistemas sejam capazes de abarcar apenas uma faceta no mundo complexo, faz-se mister que estabeleça uma forma ordenada de comunicação com seu meio circundante, a qual será a própria complexidade do sistema. São o repertório e a estrutura do subsistema seus elementos identificadores frente ao meio circundante. Deve-se entender, assim, repertório como o conjunto de possibilidades escolhidas como desejáveis dentre as diversas oferecidas pelo mundo circundante, e estrutura como conjunto de regras que conferem ao sistema mecanismos contra a ocorrência de outras alternativas não previstas em seu repertório (ADEODATO, 1985, p. 77).

Conforme se observou, “em relação ao sistema atuam as mais diversas determinações do meio ambiente, mas elas só são in-

seridas no sistema quando este, de acordo com seus próprios critérios e código-diferença, atribui-lhes sua forma (NEVES, 1992, p. 275). Esse código-diferença ou binário é composto por um valor negativo e um positivo, responsáveis pela reprodução interna do próprio sistema e pela manutenção de sua identidade. Dessa forma, cada subsistema social possui um código binário, sendo, por exemplo, o código-diferença do subsistema jurídico a “licitude/ilicitude” e o do subsistema econômico o “ter/não-ter”. Esse código será, portanto, o eixo norteador do relacionamento entre o subsistema e seu meio ambiente.

A comunicação estabelecida entre o subsistema e seu meio ambiente está calcada em fases de fechamento e abertura do meio ambiente, que ocorrem respectivamente em um momento operacional e em um momento cognitivo. O subsistema é, portanto, normativamente fechado, porém cognitivamente aberto, característica que permite a assimilação dos conceitos e interesses do meio circundante. Tal abertura cognitiva permite a mutação do repertório e da estrutura do subsistema, para adaptá-lo às expectativas do meio circundante, sem que isso afete sua auto-referência ou autonomia, asseguradas por seu fechamento operacional. Trata-se, portanto, de *autopoiese* (*autós* = por si próprio; *poiese* = fazer), que permite uma reprodução circular do sistema, ou seja, com base em suas próprias regras.

A noção autopoietica de sistema foi trazida por Niklas Luhmann às ciências sociais, inspirada na teoria biológica de Maturana e Varela. Entretanto, esse modelo aplicado ao Direito é passível de críticas. Como enfatizou certo autor, “o modelo luhmanniano do Direito moderno (positivo) como sistema autopoietico é, numa perspectiva empírica, suscetível de restrições. A determinação alopoiética do Direito prevalece na maior parte da sociedade moderna (mundial)” (NEVES, 1992, p. 85). Esclarecemo-nos.

A alopoiese significa etimologicamente “fazer por um outro” (*alo* = por um outro;

poiese = fazer) e designa a reprodução do sistema por códigos e critérios de seu meio ambiente. Seria, na utilização de outra nomenclatura, a interferência destrutiva de um “*alien factor*”, ou seja, “*any influencing element other than evidence and arguments relevant to a policy, principle or rule directly in issue*”(ALLISON, 1995, p. 482). Nessa hipótese, não mais se fala na bipartição “fechamento operacional – abertura cognitiva”: há, na verdade, uma abertura operacional que compromete a autonomia e a identidade do sistema. Aplicando tais noções ao subsistema jurídico, se na aplicação judicial, por exemplo, ao invés de se considerar a licitude ou ilicitude de uma conduta, observa-se apenas a situação econômica do agente, haverá uma superposição do código binário econômico sobre o jurídico, acarretando a destruição deste em virtude de influência operacionalmente destrutiva daquele. Verifica-se a alopoiese, portanto.

Não se há, entretanto, de entender-se essa dicotomia como um fechamento absoluto dos subsistemas: a abertura cognitiva manifesta-se igualmente na tomada das decisões por meio da procura do ideal de *adequação* dessa frente ao ambiente circundante, considerando-se tanto os mandamentos do próprio sistema, quanto os efeitos extrasistemáticos da decisão.

As noções de alopoiese e autopoiese aplicadas aos sistemas jurídicos estatais contemporâneos merecem gradações em razão de se distinguirem as realidades dos mundos ditos desenvolvidos e subdesenvolvidos. Assim, enquanto se afirma que a realidade jurídica terceiromundista possui um alto grau de alopoiese jurídica, o Direito do desenvolvimento aproxima-se, embora não absolutamente, da autopoiese (ADEODATO, 1992, p. 173).

Já numa realidade transnacional, dever-se-á considerar, com o intuito de verificar-se a influência dos demais subsistemas sociais – notadamente o econômico – no subsistema jurídico internacional, que “a igualdade jurídica dos membros da sociedade

internacional, hoje com mais de 150 Estados politicamente declarados soberanos, é uma grande ficção. Como em qualquer contexto jurídico-político, a posição de cada Estado depende de seu poder” (ADEODATO, 1992, p. 219).

É sob essa perspectiva, portanto, que analisaremos o grau de influência operacional do subsistema econômico no Direito Comercial Internacional em consideração à atuação da Organização Mundial do Comércio frente à sociedade mundial.

4. A supercomplexidade como característica maior da sociedade internacional contemporânea

A sociedade internacional caracteriza-se pela heterogeneidade, pois, conforme afirmou-se, “está diferenciada segmentariamente, no âmbito político e jurídico, em Estados enquanto organizações territorialmente delimitadas e comporta as mais diversas culturas”(NEVES, 2000, p. 16).

Em razão dessa pluralidade de culturas, de valores, de níveis sociais, econômicos e políticos, apresenta-se como um sistema supercomplexo em face da possibilidade de ocorrência das mais variadas condutas e fatos sociais. Tal supercomplexidade traz consigo o caráter da supercontigência: cresce a possibilidade de que uma conduta ou fato social esperado não ocorra.

A supercomplexidade e a supercontigência da sociedade global geram a necessidade de ordenação das expectativas, a fim de possibilitar a comunicação entre seus atores, os Estados. Tal se fará por meio de um processo de seleção de possibilidades, por meio do qual algumas alternativas serão escolhidas de forma circunstancial, ou seja, não absoluta, havendo sempre a possibilidade de novas previsões, em detrimento de outras. Por conseguinte, transforma-se complexidade desordenada em complexidade estruturada, permitindo a introdução da previsibilidade e estabilidade nas relações entre Estados (NEVES, 2000, p. 16-17).

A despeito da existência de uma heterogeneidade entre os participantes da sociedade internacional sob os mais diversos aspectos, prevê-se, na esfera do Direito Internacional, a igualdade jurídica entre os Estados. Assim, em razão da heterogeneidade (ou desigualdade) inexorável da sociedade mundial, mostra-se o conceito de igualdade, para o Direito Internacional, meramente formal: “refere-se antes ao tratamento isonômico que se obtém mediante a integração ou acesso igualitário às instituições e aos procedimentos jurídicos”(p. 18) ou, sob uma outra ótica aristotélica, “apresenta-se inicialmente mediante a diferença entre igual e desigual”(p. 19). Portanto, observa-se que o princípio da igualdade, além de pressupor a desigualdade entre entes/ indivíduos, visto ser “a diferença entre igual e desigual”, não pretende criar qualquer homogeneidade entre eles: visa atribuir-lhes tão-somente tratamento diversificado na medida de sua desigualdade.

Tal conceituação formal de igualdade, que não deixa margem a estipulações de parâmetros de preferências de tratamento entre entes, pode ser aplicada a qualquer tipo de sociedade, estatal ou internacional, antiga ou contemporânea. Entretanto, para se adaptar a noção de igualdade à realidade da sociedade internacional contemporânea, deve-se atribuir-lhe um conteúdo, o qual só será possível por meio de um processo de transformação de sua forma em uma norma (p. 20). Hoje, essa norma é fruto do confronto “discriminação social negativa *versus* discriminação jurídica positiva”, aproximando-se a primeira da idéia de exclusão e a segunda, da idéia de integração:

“quanto mais se sedimenta historicamente e se efetiva a discriminação social negativa contra determinados grupos, principalmente nas hipóteses em que ela implica obstáculos relevantes ao exercício de direitos, tanto mais se justifica a discriminação jurídica afirmativa em favor dos seus membros, pressupon-

do-se que esta se oriente no sentido da integração igualitária de todos” (p. 24).

Assim, a aplicação desse princípio-norma no Direito Comercial Internacional pode ser observada em vários dispositivos dos acordos da OMC, que prevêem certos tratamentos diferenciados para os países subdesenvolvidos. Estes abrangem, basicamente, três espécies: supervisão das atividades de organizações ligadas aos países subdesenvolvidos; assistência técnica e legal para a criação de recursos humanos necessários para a atividade do comércio internacional; e disposições especiais relativas a países em desenvolvimento incluídas nos acordos da OMC, como alongamento de prazos e termos mais flexíveis para a observância dos deveres estipulados nos acordos, maior acesso aos mercados em determinadas circunstâncias, regulação de medidas *anti-dumping*, salvaguardas e barreiras técnicas, disposições de apoio aos países subdesenvolvidos a fim de auxiliá-los a cumprir com os padrões técnicos, sanitários e fitossanitários, entre outros.

5. Relacionamento entre os Estados numa sociedade internacional desigual

O relacionamento entre os Estados, numa sociedade internacional supercomplexa, é marcado por uma desigualdade de poderio político-econômico. Assim,

“como em qualquer contexto jurídico-político, a posição de cada Estado depende de seu poder. Este poder, por um lado, resulta de fatores difíceis de avaliar, tais como preparação adequada das elites, mecanismos eficientes de legitimação, união política do povo e até acaso; de outro lado, porém, as bases do poder jurídico-político são mensuráveis e mesmo óbvias: recursos naturais, níveis de produção, grau de industrialização e, é claro, capacidade para destruir eventuais inimigos” (ADEODATO, 1992, p. 219).

Entre os inúmeros meios de ostentação de poder, mostra-se o poderio econômico o mais eficaz na imposição de interesses de

um Estado frente aos demais entes da comunidade internacional, vez que atinge diretamente o modo de produção da sociedade, seu próprio meio de subsistência. Tais desigualdades, entretanto, não se mostram capazes de fundamentar em bases tirânicas as relações internacionais, vez que a criação de um clima de confiança e estabilidade mostra-se essencial ao desenvolvimento das relações internacionais em seus mais variados aspectos, notadamente o econômico.

Assentado nessas bases, surgiu o Direito Internacional Público, do qual o Direito Comercial Internacional é uma espécie. Conforme afirmou José Francisco Rezek,

“o direito internacional público – ou *direito das gentes* – repousa sobre o consentimento. Os povos – assim compreendidas as comunidades nacionais, e acaso, ao sabor da história, conjuntos ou frações de tais comunidades – propendem, naturalmente, à autodeterminação. Organizam-se, tão cedo quanto podem, sob a forma de Estados, e ingressam numa comunidade internacional carente de estrutura centralizada. Tais as circunstâncias, é compreensível que os Estados não se subordinem senão ao direito que livremente *reconheceram* ou *construíram*” (1995, p. 3).

Essa é, portanto, a diferença primordial entre o Direito estatal e o Direito das gentes ou internacional: enquanto o primeiro baseia-se em uma relação de *subordinação* dos indivíduos frente ao poder centralizador do Estado, o último se caracteriza pela cooperação entre os entes estatais.

Diante dessa realidade, questiona-se a razão pela qual os Estados necessitam estabelecer um ambiente de colaboração entre eles, o que poderá ser esclarecido mediante a análise da Teoria dos Jogos. Esta se trata de um método de análise utilizado nas mais diversas áreas do saber humano, tais como a economia, a política e a ciência do direito, partindo da seguinte premissa: os jogadores são racionais e egoístas, visando, acima de tudo, seus próprios interesses. Esses in-

teresses são freqüentemente divergentes, estabelecendo cada um dos Estados um grau preferencial de colaboração ou não conforme os termos do acordo a ser travado.

No tocante às relações internacionais desenvolvidas em sede da OMC, “jogadores” são seus Estados-membros. Considerando-se, hipoteticamente, um relacionamento entre apenas dois Estados numa proposta de acordo de abertura de fronteiras comerciais, observa-se que, para cada um deles, a melhor opção seria o fechamento de suas próprias fronteiras comerciais em detrimento da abertura das fronteiras do outro Estado. Entretanto, uma proposta, nesse sentido, por parte de um Estado levaria a uma provável recusa do outro em anuir ao acordo, levando-se a uma situação de não-cooperação, prejudicial a ambos os Estados. Por outro lado, cedendo ambos em certa medida ao interesse do outro, comprometendo-se a abrirem suas fronteiras, chegar-se-ia a um ambiente de cooperação, benéfico, em certa medida, para ambos (cf. CALLIARI, 1999, p. 388-389).

A disposição de um ente estatal de abdicar de certos interesses a ele atinentes não é, entretanto, o único elemento necessário para proporcionar a cooperação entre Estados: “crucial nesta situação, evidentemente, é a confiança que cada jogador tem no outro, e quanto maior a suspeita, maiores as chances de que ambos acabem com resultados subótimos”(p. 391). De fato, faz-se necessário o estabelecimento de um ambiente de confiança entre os Estados a fim de que se possa ter um grau mínimo de previsibilidade acerca do comportamento dos demais quanto ao cumprimento dos termos do acordo, vez que “Estados podem racionalmente perceber os benefícios potenciais da cooperação, mas podem ser impedidos de alcançá-los devido à incerteza quanto ao comportamento dos outros Estados”(p. 392).

É nesse contexto que se insere a necessidade de criação de organizações internacionais, que possibilitam a institucionalização de um ambiente de cooperação glo-

bal, em que vários Estados comprometem-se a agir em conformidade com regras multilaterais quase universais e a repensar acerca das vantagens e desvantagens de uma possível conduta desertora. Tal se dá pelo fato de poder levar o descumprimento por parte de um ente estatal dessas regras frente a outro ente a uma situação de desconforto daquele frente a todos os demais Estados que passariam a desconfiar da lealdade do Estado desertor em cumprir seus acordos, prejudicando-se, portanto, este com sua conduta.

Assim, mesmo países de maior desenvolvimento econômico sopesam os riscos do descumprimento de seus acordos, que pode levar, se reiterado por certo lapso temporal, a uma crise de legitimidade da própria instituição, prejudicando sobremaneira o Estado desertor em razão diretamente proporcional ao seu interesse na manutenção da organização. Considere-se hipoteticamente, os Estados Unidos, a grande superpotência mundial, maior produtora e consumidora, que possui grande interesse na manutenção da tendência mundial de liberalização do comércio materializada juridicamente na OMC. O descumprimento reiterado por sua parte das determinações e recomendações da referida organização engendraria uma crise de legitimidade desta, acarretando igualmente o descumprimento por parte dos demais Estados de seus deveres de abertura econômica. A esse risco se alie ainda o fato de que, “uma vez que um regime tenha sido descartado por falta de observância, pode ser ainda mais difícil tentar estabelecer um outro no futuro”(p. 392).

Nesse contexto de cooperação, portanto, é que se analisará a Organização Mundial do Comércio.

6. A Organização Mundial do Comércio: contextualização histórica

A Organização Mundial do Comércio surgiu no seio das reuniões periódicas (*rounds*) realizadas pelos países signatários do GATT (*General Agreement on Trade and Services*), que se afigura uma série de acordos cri-

ados em sede da Organização Internacional de Comércio com o objetivo de promover a extinção progressiva das barreiras comerciais tarifárias entre os países signatários. Diferentemente do fracassado destino da OIC, que não chegou a ser realmente estabelecida, por não ter o Congresso americano ratificado a Carta de Havana, o GATT de 1947 obteve a adesão dos EUA e, embora nunca tenha oficialmente constituído uma organização internacional, foi um órgão internacional de comércio *de fato*, sediado em Genebra.

O atual sistema de regras *multilaterais* de comércio internacional, materializado na OMC, foi estabelecido por meio de rodadas de negociações entre os países signatários do GATT/47. Em tais rodadas ou *rounds*, a ideologia adotada foi sintetizada na chamada “teoria da bicicleta”, segundo a qual para o sistema subsistir é necessário que sempre continue em movimento rumo à liberalização completa de todo o comércio internacional (cf. THORSTENSEN, 1995, p. 35). As cinco primeiras rodadas foram realizadas em 1947 (Genebra), 1949 (França), 1951 (Inglaterra), 1956 (Genebra) e 1960-61 (Genebra) e objetivaram, essencialmente, a redução de barreiras alfandegárias mediante concessão de benefícios tarifários recíprocos. As três subseqüentes, realizadas em 1962-67 (Genebra), 1973-79 (Tóquio) e 1986-1993 (Uruguai), tiveram objetos mais amplos. A rodada de Genebra, além de reduzir barreiras alfandegárias, estabeleceu regras de negociação e regulamentação *anti-dumping*. Já a rodada de Tóquio regulou matéria referente à concessão de subsídios e a barreiras não-alfandegárias, como exigências de licenças e padrões técnicos, além de criar um novo código *anti-dumping*. A rodada do Uruguai, a seu turno, reduziu as barreiras alfandegárias para produtos industriais e agrícolas, ampliou o objeto do GATT, que passou a promover a liberalização do comércio nas áreas agrícola, têxtil, de serviços e propriedade intelectual, e criou a Organização Mundial do Comércio que começou suas atividades em janeiro de 1995.

Os objetivos de criação da OMC foram claramente sintetizados por Carol Miller e Jennifer Croston: *“Although establishing the WTO was not an original Uruguay Round objective, this new organization was created because of the weaknesses of GATT enforcement procedures and because of the need to extend GATT principles to cover non-merchandise trade issues”* (1999, p. 79). De fato, o sistema de controvérsias do GATT baseava-se precipuamente no consenso das partes conflitantes: embora os conflitos fossem levados a painéis que poderiam autorizar certas retaliações, a parte perdedora poderia bloquear a adoção de qualquer medida sancionatória, o que tornava, ao final, infrutífero o processo de solução de conflitos. Ademais, o objetivo do GATT era essencialmente a liberalização tarifária, não incluindo outros aspectos econômicos, tais como barreiras não-alfandegárias, questões de propriedade intelectual, entre outros.

Com a criação da OMC, observa-se uma tendência de ampliação das matérias abarcadas pelo sistema internacional multilateral de comércio: passou-se a regularizar, a partir das negociações da Rodada Uruguai, quatro novos temas, quais sejam: serviços, investimento, agricultura e propriedade intelectual, encontrando-se questões como meio ambiente e concorrência em discussão em grupos de trabalho e comitês da OMC.

Na tendência da liberalização do comércio internacional, tanto o GATT, quanto a OMC são regidos por quatro princípios básicos: princípio do Tratamento Geral de Nação Mais Favorecida (NMF), princípio do Tratamento Nacional, princípio da Transparência e princípio da Reciprocidade.

O primeiro é um dos pilares do sistema multilateral de comércio, consistente na proibição de qualquer discriminação entre Estados-membros do GATT/OMC: assim, qualquer vantagem concedida a qualquer um desses países referentes a certos produtos deverá ser imediatamente estendida aos demais Estados no referente a produtos similares. O princípio do Tratamento Nacional, por sua vez, consiste na proibição de

discriminação entre produtos nacionais e produtos importados, uma vez internalizados, vedando-se a proteção de produtos nacionais por meio de tratamento legal diferenciado, referente, por exemplo, a tributos internos, compra e venda, transporte e distribuição. Já o princípio da Transparência torna obrigatória a publicação de todas as leis, decisões judiciais, regulamentos e medidas administrativas provenientes de qualquer Estado-membro, a fim de dar conhecimento aos governos e agentes de comércio exterior que possam vir a por ele interessar-se. O princípio da Reciprocidade refere-se, por último, ao dever de um Estado-membro cumprir suas obrigações para com outro Estado-membro que é fiel no cumprimento de seus deveres frente ao primeiro.

Em situações especiais, alguns desses princípios são atenuados. Se assim não fosse, seria impossível, por exemplo, a criação de blocos comerciais regionais ou interregionais frente ao princípio do Tratamento da Nação Mais Favorecida. Permite, portanto, o novo GATT/94 a criação de áreas de livre comércio e uniões aduaneiras, desde que satisfeitos certos requisitos. Prevê-se igualmente, no Acordo Geral sobre Comércio e Serviços (GATS), exceções à cláusula de Nação Mais Favorecida, permitindo-se a formação de acordos regionais de liberalização na área de serviços, desde que observadas certas exigências, tais como inclusão de cobertura setorial substancial e eliminação de discriminação entre os Estados-partes.

7. Organização Mundial do Comércio: panorama geral acerca de seus objetivos, função e estrutura

A OMC não se mostra uma superação do GATT, mas sim seu desenvolvimento e expansão. Criou-se uma organização encarregada de reger o comércio internacional entre Estados-membros³ por meio de uma estrutura legal composta pelo GATT de 1947 e posteriores modificações, bem como pelas negociações passadas de liberalizações de

comércio e por todos os acordos realizados na Rodada Uruguai⁴.

Os membros originários da OMC são as partes contratantes do GATT/1947 na data de entrada em vigor do acordo constitutivo da OMC e as Comunidades Européias. Podem, entretanto, ser membros não originários da OMC, segundo o art. XVII, parágrafo 1º, do Acordo Constitutivo da OMC, qualquer Estado ou território aduaneiro separado que possuir autonomia na condução de suas relações comerciais externas e de outras matérias abordadas no Acordo Constitutivo da OMC e nos acordos comerciais multilaterais negociados durante a Rodada Uruguai.

Atualmente são 134 o número de membros da OMC, estando em processo de adesão 30 novos Estados, entre os quais destacam-se a Rússia, a China, Taiwan e Arábia Saudita. Contabiliza-se que 80% dos Estados-membros pertencem ao chamado grupo dos países em desenvolvimento. Desta feita, hoje, “os mais importantes fluxos comerciais do mundo atual estão agora subordinados às regras da OMC” (THORSTENSEN, 1999, p. 12).

Com intuito de promover-se uma maior coesão de seus membros, decidiu-se, na Rodada Uruguai, que somente os Estados ou territórios que aderissem ao “*single undertaking*”, ou seja, fossem signatários de todos os acordos como um conjunto indissociável, poderiam ser membros da OMC⁵.

O escopo da OMC encontra-se determinado no art. II, parágrafo 1º, de seu Acordo Constitutivo, segundo o qual se encarrega de promover uma estrutura institucional comum para reger as relações comerciais entre seus membros. Outrossim, afirma-se expressamente, em seu preâmbulo, metas de redução substancial recíproca de tarifas e outras barreiras comerciais e de eliminação de tratamento discriminatório nas relações internacionais comerciais. Subordinam-se, entretanto, tais objetivos a fatores metaeconômicos, quais sejam, à melhoria dos padrões de vida, assegurando o pleno emprego e um crescimento amplo e estável do vo-

lume de renda real e demanda efetiva, e expandindo a produção e o comércio de bens e serviços, ao mesmo tempo em que permite o uso adequado dos recursos naturais de acordo com os objetivos do desenvolvimento sustentável, procurando proteger e preservar o ambiente e reforçar os meios de torná-lo consistente com as suas necessidades nos diversos níveis de desenvolvimento econômico.

Com o intuito de assegurar os supra-mencionados objetivos, são quatro, conforme o art. III de seu Acordo Constitutivo, as funções da OMC: facilitar a implantação, a administração e a operação dos acordos da Rodada Uruguai, servir como foro de negociações de relações comerciais entre os Estados-membros e administrar o entendimento sobre regras e procedimentos de solução de controvérsias, bem como o mecanismo de Revisão de Políticas Comerciais.

Tais funções são exercidas por uma estrutura orgânica, estabelecida no art. IV do Acordo Constitutivo da OMC, composta pelos seguintes órgãos: Conferência Ministerial, Conselho Geral, Órgão de Solução de Controvérsias, Órgão de Revisão de Política Comercial, os conselhos para bens, serviços e propriedade intelectual, o Secretariado e órgãos (comitês) criados pela Conferência Ministerial.

A Conferência Ministerial é o órgão máximo da organização, sendo composta por representantes de todos os membros (Ministros das Relações Exteriores e/ou Ministros de Comércio Exterior dos países-membros), que se reúnem, pelo menos, a cada dois anos. Atribui-se-lhe a função de zelar pela consecução dos objetivos da OMC, possuindo, assim, autoridade para tomar decisões em todas as matérias de qualquer um dos acordos multilaterais, se assim lhe for requerido por qualquer membro, de acordo com regras específicas de tomada de decisões no Acordo Constitutivo da OMC e dos Acordos Multilaterais. Desde que foi criada a OMC, realizaram-se três conferências: uma em Cingapura (1996), outra em Genebra (1998) e uma última em Seattle (1999).

O Conselho Geral, por sua vez, é composto por representantes de todos os membros (embaixadores que são membros permanentes dos países-membros em Genebra, ou por delegados das missões em Genebra) e encarrega-se da direção da organização, assim como do exercício das funções atribuídas à Conferência Ministerial, nos períodos de intervalo das reuniões dos Conselhos Ministeriais.

O Órgão de Solução de Controvérsias, ao seu turno, é composto pelo Conselho Geral, que, aqui, atua na função específica de dirimir conflitos que possam vir a surgir entre seus membros.

O Órgão de Revisão de Política Comercial, formado pelos delegados das missões dos membros em Genebra ou por integrantes dos governos dos Estados-membros, encarrega-se da análise periódica das políticas de cada membro da OMC, confrontando as regras estabelecidas nos acordos da OMC com a legislação e a prática comercial de seus Estados-membros, fornecendo, ademais, um panorama geral da política seguida por cada um destes.

Outrossim, quando da Rodada Uruguai, decidiram os membros da OMC acerca da necessidade de criação de órgãos especializados com a função de fiscalizar a implementação dos termos dos acordos nela travados, em cada uma de suas áreas específicas, surgindo, assim, três instituições: o Conselho sobre o Comércio de Bens, o Conselho sobre o Comércio de Serviços e o Conselho sobre os Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. Desses conselhos fazem parte delegados dos Estados-membros residentes em Genebra e integrantes de seus governos enviados para as reuniões.

Os comitês (ou grupos de trabalhos), por sua vez, são órgãos subordinados ao Conselho Geral, encarregados de desenvolver as atividades da OMC. Conta-se atualmente com cerca de 30 comitês, que podem ser criados pela Conferência Ministerial⁶.

O Secretariado, por último, encontra-se regulado no art. VI do Acordo Constitutivo

da OMC. Será presidido por um Diretor-Geral a ser apontado pela Conferência Ministerial, a qual determinará, por meio de regulamentos, seus poderes, deveres, condições de serviço e mandato. Ao Diretor-Geral caberá o apontamento do quadro de agentes que atuarão no secretariado, estabelecendo-lhes seus deveres e condições de serviço de acordo com os regulamentos adotados pela Conferência Ministerial. Determina-se a imparcialidade do Diretor-Geral, cuja responsabilidade por qualquer ato será tão-somente internacional. Por isso, no desempenho de suas funções, deverá comprometer-se a não aceitar instruções provenientes de qualquer governo ou autoridade externa à OMC.

8. O sistema de solução de controvérsias da OMC

A implementação de um novo sistema de solução de controvérsia mais eficiente e eficaz a fim de dirimir os conflitos comerciais internacionais na Rodada Uruguai foi uma das principais inovações trazidas pela OMC. O sistema anterior assentava-se sobre o consenso de *todos* os Estados-membros quanto à aplicação da decisão tomada para dirimir a situação conflituosa. Assim, a exigência da aprovação do relatório também pela parte perdedora comprometia sensivelmente o sistema de composição de conflitos: não se reconhecia em sede do GATT o princípio jurídico elementar de que ninguém pode ser juiz em causa própria, uma vez que "*a decision maker's economic interest in the outcome of his decision represents one of the clearest violations of the hoary admonition that one should not be a judge in his own case*"(ALLISON, 1995, p. 513).

Na OMC, existem três níveis básicos de solução de conflitos: a consulta, a instauração de painéis e o conflito levado ao órgão de apelação. A consulta, regulada pelo art. 4º do Entendimento sobre Soluções de Controvérsias, instrumento que regula o meca-

nismo de consultas e solução de controvérsias dentro da OMC, será requerida por qualquer membro frente a um outro, que terá 10 dias para responder ao pedido de instauração de consulta. O resultado desta deverá ser proferido em 60 dias contados a partir da data do requerimento para a instauração da consulta. Apenas se um acordo não for alcançado, poderão as partes conjuntamente dentro do período de 60 dias em que se segue a consulta, ou apenas uma delas, caso a outra parte não responda, dentro do supramencionado período de 10 dias, ao pedido de consulta, bem como caso não se chegue a um acordo no período de 60 dias, requerer a instauração do painel. A solução de controvérsias mediante consenso é a mais desejada em sede da OMC, que possibilita, mesmo ultrapassada a fase da consulta e já no transcorrer da fase litigiosa do processo, a composição da querela mediante e nos termos de acordo comum entre as partes.

O pedido de instauração de painel deverá ser realizado frente ao Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), igualmente competente para supervisionar os trabalhos dos painéis e do Órgão de Apelação, aprovando relatórios e fiscalizando a aplicação das decisões e recomendações. Os painéis deverão ser compostos por três ou cinco membros a pedido das partes, entre indivíduos qualificados, pertencentes ou não aos governos, que se comprometerão a decidir conforme entendimento pessoal e não em observância aos interesses de seus respectivos governos. Por outro lado, caso as partes não entrem em consenso acerca do número ou escolha de painelistas, caberá ao Diretor-Geral da OMC designá-los. Trata-se de um processo contraditório, em que não só as partes diretamente envolvidas na desídia, mas também qualquer membro que tenha interesse substancial poderá pronunciar-se. Os prazos para pronunciamento dos membros envolvidos deverão ser fixados pelos painelistas, mas o período máximo de elaboração de relatório final será de 6 meses. O relatório deverá ser submetido à OSC, que terá

60 dias para analisá-lo (ou 30 dias em caso de urgência), podendo rechaçá-lo tão-somente por decisão unânime de seus membros.

Nesse ponto, cabe a seguinte observação: assim como o GATT/47, a OMC possibilita a rejeição da decisão proferida no painel. Entretanto, enquanto no GATT a desaprovação do relatório por apenas um dos membros comprometeria a decisão, para que esta seja rechaçada, exige-se, no sistema da OMC, a desaprovação por todos os Estados-membros. Tornou-se, assim, extremamente difícil a invalidação de uma decisão, que se dará tão-somente mediante a anuência de todos os membros, inclusive a parte vencedora do painel.

O novo sistema de solução de controvérsias da OMC abre a possibilidade a qualquer um dos querelantes de proceder à apelação, não se atribuindo a qualquer terceiro legitimidade para tal. Terceiras partes, entretanto, que tenham notificado o OSC acerca de seu interesse substancial na lide terão a oportunidade, dentro do estabelecido sistema contraditório, de pronunciar-se por escrito, uma vez apelada a decisão. O Órgão de Apelação será composto por sete pessoas escolhidas pelo OSC entre indivíduos de reconhecida competência, com domínio nas áreas de direito, comércio internacional e do tema do acordo em questão, não podendo ser vinculados ao governo. Atuarão em um sistema de rotatividade, de tal sorte que cada caso deverá ser decidido por três deles. As questões sujeitas ao Órgão de Apelação limitam-se às abordadas no relatório do painel, podendo este manter, modificar ou reverter as conclusões do painel. Essa decisão de segunda instância deverá ser submetida ao OSC, que, analogamente ao previsto no relatório do painel, apenas poderá rejeitar as conclusões do Órgão de Apelação por unanimidade de seus membros. Não ocorrendo rejeição unânime, a decisão deverá ser aceita incondicionalmente pelas partes na disputa.

Prazos são estabelecidos a fim de garantir a celeridade e, por conseguinte, a eficiên-

cia das decisões: nove meses é o lapso temporal máximo de duração do procedimento, desde o estabelecimento do painel até a consideração do relatório pela OSC, ou, caso haja apelação, de 12 meses.

A implementação das decisões dentro de um prazo razoável é igualmente essencial para a efetividade do sistema, segundo deixou claro o art. 21, item 1, do Entendimento sobre Soluções de Controvérsias: “*prompt compliance with recommendations or rulings of the DSB is essential in order to ensure effective resolution of disputes to the benefit of all the Members*”. Assim, a parte perdedora deverá, dentro de 30 dias, informar o OSC acerca de suas intenções em implementar a decisão tomada, oportunidade em que deverá sugerir prazo para a referida implementação que se sujeitará à aprovação do OSC. Caso não seja aprovado, poderá ser acordado, em 45 dias, pelas partes envolvidas, ou ser arbitrado, dentro de 90 dias contados a partir da data da adoção da decisão.

Na fase anterior à implementação da decisão, a parte vencedora utilizar-se-á de medidas temporárias, consistentes em compensações e suspensão de concessões, a fim de compensar possíveis danos, até que se proceda à efetivação da decisão dentro do estabelecido prazo razoável. Medidas compensatórias deverão ser acordadas entre vencedor e sucumbente caso este não proceda à efetivação das recomendações após o transcorrer do referido prazo razoável. Por outro lado, se tais compensações não forem acordadas em 20 dias, restará ao vencedor a possibilidade de solicitar à OSC a suspensão de aplicação de concessões ou de outra obrigação dentro do acordo em questão frente ao Estado vencido, que não se subordinou, ao menos até então, à decisão. Tais medidas deverão ser proporcionais ao dano causado e durar em período suficiente à satisfação desses. Assim, “o nível de suspensão deverá ser equivalente ao nível de anulação ou limitação dos direitos” (THORSTENSEN, 1999, p. 340).

9. Uma análise crítica do sistema de solução de controvérsias

Conforme entendimento doutrinário amplamente difundido na teoria geral processual, o direito material será assegurado na *praxis* jurídica tão-somente caso seja amparado por instrumentos processuais eficientes e adequados, capazes de assegurar a imparcialidade, eficiência e eficácia da decisão. Tal pressuposto afigura-se igualmente válido na esfera do Direito Internacional.

Numa análise estrutural de um processo de composição de conflitos, há de se verificar a presença de certos *valores processuais*, os quais podem ser subdivididos em dois grupos: valores processuais instrumentais e valores processuais não instrumentais. Os primeiros referem-se à qualidade da decisão decorrente do processo, enquanto os últimos mostram-se intrínsecos ao procedimento em si considerado. São importantes na medida em que evitam a interferência destrutiva de outras esferas sociais no subsistema jurídico. Assim, “*a well-designed procedure is simply one that comes as close as possible to optimizing the mix of instrumental and noninstrumental values in given circumstances*” (ALLISON, 1995, p. 481).

Os valores processuais instrumentais são a *precisão* (“accuracy”) da decisão, definida como aquela que aplica da melhor maneira o seu princípio ou norma justificadora; a *eficácia* da decisão, entendida como a possibilidade de sua aplicação sem o sacrifício de qualquer outro valor processual; a *justiça* da decisão, aqui considerada em seu aspecto formal como “modelo(s) normativo(s) de avaliação do tratamento consistente e adequadamente complexo da diferença ‘igual/desigual’” (NEVES, 2000, p. 15); a *eficiência* da decisão, que consiste no alcance de uma decisão precisa, justa e eficaz e que promova igualmente os valores não-instrumentais, com o mínimo de gasto temporal e financeiro. Já os valores processuais não-instrumentais são o respeito da *dignidade individual*, ou seja, a pessoa ou ente envolvido deve ser

antes considerado como um fim do que como um meio; *educação*, isto é, o procedimento deve facilitar a comunicação entre as partes; e *legitimidade institucional*, ou seja, capacidade de legitimar a instituição na qual o procedimento está inserido (cf. ALLISON, 1995, p. 500-501).

Considerando-se o sistema de solução de controvérsia da OMC, entretanto, observa-se que nem sempre tais valores encontram-se presentes, averiguando-se a existência de vícios tanto instrumentais, quanto não-instrumentais. Tal acarreta a superposição de interesses econômicos sobre bens outros juridicamente protegidos em sede da OMC, tais como o meio ambiente, a melhoria dos padrões de vida, entre outros. Trata-se, portanto, de decisão alopoiética (decorrente da influência de um *alien factor*), apenas formalmente fundamentada em pressupostos jurídicos.

No tocante aos valores processuais instrumentais, a previsão do art. 13 do Entendimento de Solução de Controvérsias da participação de especialistas em questões comerciais como painelistas e o silêncio a respeito da participação de especialistas de outras áreas nos painéis, como ambientalistas, por exemplo, tornam mais provável que a defesa de outras esferas sociais, tais como o meio ambiente e os padrões de vida, às quais, de acordo com o sistema jurídico da OMC, subordina-se o desenvolvimento comercial, seja preterida por interesses econômicos. Por outro lado, embora os painelistas possam consultar especialistas das mais diversas áreas a fim de proferir alguma decisão, raramente o fazem. Ademais, conforme se observou, “*even the occasional use of environmental experts is not the same as having these environmentalists on the panel as voting members*” (MILLER, 1999, p. 81).

Desta feita, resta prejudicada a consecução dos valores de precisão da decisão, uma vez que questões extracomerciais juridicamente condicionantes e delimitadoras do desenvolvimento comercial são superpostas às determinações jurídicas; assim como

da justiça, posto não se prever como critério diferencial a superioridade dos interesses econômicos sobre outros interesses.

Os vícios quanto a valores não-instrumentais, por sua vez, referem-se ao mecanismo sancionatório da OMC, em decorrência da falta de previsão de ações sancionatórias concertadas contra a parte violadora do direito comercial internacional, tais como seriam as sanções internacionais coletivas, ou expulsão da OMC, a serem promovidas não apenas pelo Estado-membro ofendido, mas também pela comunidade internacional como um todo. Ao contrário, deixam-se exclusivamente às partes litigantes os termos e formas de aplicação da sanção, o que acarreta problemas decorrentes da falta de institucionalização na aplicação da sanção, notadamente quando da verificação de diversidade econômica entre os Estados vencedor e vencido, mas também quando da observância de semelhança entre a situação econômica dos Estados envolvidos.

Na primeira hipótese, caso a parte vencida negue-se a atender à decisão prolatada em sede da OMC, a parte vencedora poderá legitimamente suspender as concessões comerciais do Estado vencido como forma de retaliação e compensação. Ocorre, entretanto, que, em face da complexidade da sociedade internacional, em que convivem países de níveis sócio-econômicos os mais diversos, tal sanção pode não produzir qualquer efeito, não sendo, inclusive, capaz de prejudicar a situação econômica do Estado que aplica a sanção. Observe-se, hipoteticamente, uma sanção de tal tipo aplicada pela Etiópia frente aos Estados Unidos: estes não sentiriam qualquer consequência dessa sanção, enquanto aquela teria graves problemas econômicos em razão de sua legítima conduta de retaliação. Assim, “*where the complainant is a weak trading partner, the suspension of trading concessions – the only real retaliatory measure permitted against a party that has refused to bring itself back into compliance with the WTO Agreement – is a toothless deterrent*” (PREUSSE, 1999, p. 94).

O problema persiste, entretanto, mesmo na hipótese de semelhança entre a situação econômica entre os entes envolvidos. Observe-se, por exemplo, hipotética lide entre os Estados Unidos e a Comunidade Européia. Se a pretensão daqueles fosse considerada legítima pela OMC, sendo a Comunidade Européia obrigada a aplicar certas medidas, procedendo, entretanto, de forma inadequada na visão dos primeiros, então duas possibilidades restariam aos Estados Unidos: primeiramente aplicar medidas unilaterais retaliatórias contra a União Européia; ou ainda levar tal questão novamente ao sistema de solução de conflito da OMC. Na primeira hipótese, restaria mitigada a legitimidade da aplicação sancionatória, que fugiria ao regime de multilateralidade da OMC, por converter-se em medida unilateral. Na segunda hipótese, por outro lado, poder-se-ia reduzir a lide a infundáveis discussões em sede da OMC, a cujo sistema de solução de controvérsias recorrer-se-ia em todas as ocasiões em que a adequação das medidas adotadas pelo país vencido frente à decisão proferida fosse levantada.

Tal ocorreu de fato na chamada “guerra das bananas”, lide levada ao sistema de solução de controvérsias da OMC pelos Estados Unidos, Equador, Guatemala, Honduras e México contra a Comunidade Européia, acusada de violar os artigos I, II, X, XI, XIII do GATT, em virtude da adoção de regime de importação de bananas preferencial aos exportadores de suas ex-colônias. Na ocasião, a vencida Comunidade Européia reavaliou seu regime de importação de bananas de forma não-satisfatória aos olhos dos demais países envolvidos. Como resultado, os EUA ameaçaram adotar medidas retaliatórias unilaterais em face da conduta da Comunidade Européia, que questionou de imediato a legitimidade dessas medidas. Os Estados Unidos optaram, assim, pela instauração de novo painel, almejando obter autorização da OMC para retaliar a CE por meio da imposição de tarifas extras sobre produtos desta originados, o que foi autorizado. Pro-

crastinou-se, portanto, a lide, a ponto de temer-se a formação de infundáveis lides.

Nesse contexto, prejudica-se a legitimação institucional da OMC, um dos valores não-instrumentais do procedimento, em razão da possibilidade de não-produção de efeitos da sanção autorizada, assim como de valores instrumentais do procedimento, tais como a eficiência e a eficácia da decisão.

10. Conclusão: ingerências econômicas indevidas na aplicação das normas jurídicas em sede da OMC

As relações internacionais hodiernas assentam-se na cooperação dos entes estatais, notadamente no tocante à interação econômica, que, eivada de tendências globalizantes e fundamentada na ideologia neoliberal, engendra, atualmente, constantes negociações no sentido de proporcionar uma progressiva abertura das fronteiras tarifárias e não-tarifárias dos Estados no âmbito do comércio exterior. Nesse contexto, deu-se o surgimento da Organização Mundial do Comércio, que assumiu a função de reduzir a complexidade das interações comerciais interestatais.

Em razão da complexidade da sociedade internacional, fruto das enormes diferenças culturais, econômicas e políticas entre os Estados, mostra-se a regulamentação jurídica das relações comerciais internacionais pela OMC sensível a ingerências econômicas indevidas (alopoiese), provocando uma superposição do código binário do subsistema econômico (“ter/não-ter”) sobre o código binário do subsistema jurídico (“lícito/ilícito”). Considerando-se o sistema de solução de conflitos da OMC, tal é observado, basicamente, em dois momentos: no julgamento do mérito das controvérsias a ele submetidas e na efetivação das sanções autorizadas pela OMC.

No tocante ao primeiro aspecto, mostra-se o procedimento de solução de controvérsias da OMC inadequado, em sua fase litigiosa, tendo em vista que a ausência de pre-

visão de atuação como painelistas de especialistas em áreas extra-comerciais acarreta, por vezes, decisões de fundamento exclusivamente econômico, e, portanto, injurídicas, visto que os estatutos jurídicos da OMC, tomando-se como exemplo seu próprio Acordo Constitutivo, subordinam o desenvolvimento comercial ao respeito ao meio ambiente, à melhoria de condições de vida, entre outros aspectos. Prejudica-se, portanto, a adequação da decisão, pois não se consideram, cognitivamente, os fatores sociais do meio ambiente circundante para a tomada de decisões coerentes tanto com o subsistema jurídico, quanto com os demais subsistemas sociais.

No concernente ao segundo aspecto, por outro lado, observa-se que, embora a OMC tenha trazido importantes inovações ao sistema de solução de controvérsias comerciais internacionais, como, por exemplo, a não-exigência, ao contrário do antigo GATT/47, de um consenso para a aplicação legítima de uma sanção econômica, não superou o problema da efetividade das sanções numa sociedade global complexa. Isso porque não previu a prática de ações concertadas por todos os Estados-membros no sentido de retaliar condutas ilícitas: ao contrário, previu a aplicação exclusiva pelo país vencedor de medidas sancionatórias para com o país sucumbente, o que se mostra inócuo, em face de uma possível existência de superioridade econômica da parte vencida sobre a vencedora. Ademais, mesmo que inexistia tal superioridade, a ausência de determinação por parte da OMC das medidas a serem tomadas pelas partes vencidas e vencedoras pode dar margem tanto à tomada de medidas unilaterais, quanto ao prolongamento da discussão de lides na organização.

Observa-se, portanto, que a atuação da OMC na composição de conflitos comerciais internacionais mostra-se prejudicada em suas bases legitimadoras, tanto em função da alopoiese de suas decisões, quanto em razão da ampla possibilidade de ineficácia das sanções tomadas em sua sede.

Notas

¹ Observe-se a esse respeito o processo de desestatização da economia iniciado em muitos países, notadamente o Brasil, em que setores da economia doravante relacionados às noções de serviço e interesse públicos, tais como os setores de telecomunicação e energia, hoje já foram ou estão sendo privatizados. Nesse novo panorama sócio-jurídico, o Estado exerce tão-somente uma função fiscalizadora da atuação dos entes privados nesses setores. No Brasil, observa-se, assim, a criação de agências reguladoras, para o desenvolvimento de tal função.

² Apesar de a terminologia “internacional” não ser considerada, hodiernamente, adequada, tendo em vista que o Estado não mais se afigura intrinsecamente relacionado à idéia de nação, será, neste trabalho, amplamente utilizada para exprimir a noção de relacionamento “interestatal”, em face da consagração de seu uso.

³ De acordo com o art. II, parágrafo 1º, do Ato Constitutivo da OMC, segundo o qual: “The WTO shall provide the common institutional framework for the conduct of the trade relations its Members in matters related to the agreements and associated legal instruments included in the Anexes to this Agreements”.

⁴ A expressão “GATT 1994” é utilizada para designar as disposições do Acordo Geral do GATT de 1947, bem como as modificações introduzidas pelos termos dos instrumentos legais criados quando da Rodada Uruguai e que entraram em vigor em janeiro de 1995, data de início do funcionamento da OMC.

⁵ Na Rodada de Tóquio, diferentemente, poder-se-ia escolher os códigos a que se desejasse aderir.

⁶ A Conferência Ministerial, durante a Rodada Uruguai, criou, com fulcro no art. IV, item 7, do Acordo Constitutivo da OMC, três comitês: Comitê de Comércio e Desenvolvimento, Comitê de Restrições por Motivos de Balanço de Pagamento e Comitê de Orçamento, Finanças e Administração. Ademais, na Conferência Ministerial de Singapura, criaram-se três grupos de trabalho para a análise das questões de Investimentos, Concorrência e Transparência em Compras Governamentais.

Bibliografia

ADEODATO, João Maurício. A legitimação pelo procedimento juridicamente organizado: notas à teoria de Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*, Caruaru, a. 22, n. 16, p. 67-92, 1985.

- _____. Legitimidade e axiologia. *Revista Brasileira de Filosofia*, Recife, v. 24, p. 75-83, jan./fev./mar. 1985.
- _____. Legitimidade jurídico-política e crise: uma exposição do problema. *Revista Acadêmica*, Recife, v. 72, p. 131-153, 1985.
- _____. Para uma conceituação do direito alternativo. *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, n.1, p. 157-174, 1992.
- _____. Uma teoria (emancipatória) da legitimação para países subdesenvolvidos. *Anuário do Mestrado em Direito*, Recife, n. 5, p. 207-242, 1992.
- _____. O silogismo retórico (entimema) na argumentação judicial. *Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito*. Recife: UFPE, n. 9, p. 135-156, 1998.
- ALLISON, John. A process value analysis of decision-maker bias: the case of economic of interest. *American Business Law Journal*, v. 32, p. 481- 540, 1995.
- BOURGEOIS, Jacques H. J. Regras multilaterais de concorrência: ainda uma busca do Santo Graal?. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL: após o término do período de transição*. São Paulo: LTr, 1996. p. 75-94.
- CALLIARI, Marcelo. O mecanismo de solução de controvérsias da OMC: uma análise à luz da teoria dos jogos. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de. *Solução e prevenção de litígios internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 385-402. v. 2.
- CASELLA, Paulo Borba. Introdução: dimensão jurídica da integração econômica. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL: após o término do período de transição*. São Paulo: LTr, 1996. p. 17-30.
- CELLI JÚNIOR, Umberto. Direito de concorrência no MERCOSUL. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL: após o término do período de transição*. São Paulo: LTr, 1996. p.106-123.
- _____. *Regras de concorrência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. A reestruturação global e o direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 29-80.
- GALINDO, Geraldo Antônio Simões. *Princípios e teleologia do direito econômico internacional nas insurgentes economias de bloco*. Recife, 1991. (Tese).
- HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica: uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- MILLER, Carol J.; CROSTON, Jennifer L. WTO scrutiny v. Environmental objectives: assessment of the international dolphin conservation program act. *American Business Law Journal*, v. 37. 1999. p. 73-125.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.
- _____. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 2.
- NASSER, Rabih Ali. *A liberalização do comércio internacional nas normas do GATT: OMC: a institucionalização como instrumento de liberalização*. São Paulo: LTr, 1999.
- NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periféricas e suas implicações na América Latina. *Revista do Direito em Debate*, Porto Alegre: UNIJUÍ, ano 5, n. 5, p. 7-29, 1991.
- _____. A crise do Estado da modernidade central à modernidade periféricas: anotações a partir do pensamento filosófico e sociológico alemão. *Anais do XV Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil*. Recife: Tribunal de Contas de Pernambuco, 1992. p. 157-171.
- _____. Da autopoiese à alopoiese do direito. *Anuário do Mestrado de Direito*, Recife: Universitária, n. 5. p. 273-298, 1992.
- _____. Justiça e diferença numa sociedade complexa. *Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco*, Recife, n. 1, v. 1, p. 13-51, 2000.
- OSTAS, Daniel T. Postmodern economic analysis of law: extending the pragmatic visions of Richard A. Posner. *American Business Law Journal*, v. 36, p. 193-238, 1998.
- PREUSSE, Heinz Gert. The international division of labour and the protection os intellectual property rights. *Law and States*, Tübingen: Institute for Scientific Co-operation, v.51, p. 86-100, 1995.
- PUCEIRO, Zuleta. O processo de globalização e a reforma do Estado. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 105-120.

- REIS, Geraldo. A regulamentação internacional do setor têxtil e de vestuário e a abertura comercial: os seus impactos para a indústria brasileira. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de. (Coord.). *Solução e prevenção de litígios internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 403-433. v. 2.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- RINDERLE, Peter. The idea of a well-ordered community of states. *Law and State*, Tübingen: Institute for Scientific Co-operation, v. 52, p. 7-36, 1995.
- RUDOLF, Peter. Power without principles. *Law and State*, Tübingen: Institute for Scientific Co-operation, v. 57, p. 9-21, 1998.
- SALA, José Blanes. O conceito de soberania do estado ante o fenômeno da integração econômica e união européia. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL: após o término do período de transição*. São Paulo: LTr, 1996. p. 707-721.
- SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. 1.
- THORSTENSEN, Vera. A OMC: Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, ano 41, n. 1, p. 56-88, 1998.
- _____. A OMC: Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, ano 41, n. 2, p. 29-59, 1998.
- _____. *OMC: organização mundial do comércio: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio*. São Paulo: Aduaneiras, 1999.
- SWELZEL, Chistian. System changes as an outcome of the global systems competition: an evolutionary approach. *Law and State*, Tübingen: Institute for Scientific Co-operation, v. 49/50, p. 44-75, 1994.

O caráter dinâmico do controle judicial sobre as normas-princípios ambientais e a sua concretização protetiva na sentença judicial*

Paulo José Leite Farias

Sumário

Introdução. 1. Meio ambiente como direito fundamental. 2. A proteção ambiental no direito brasileiro no âmbito da diferenciação entre regras e princípios. 3. A ponderação do econômico e do ambiental na análise do caso concreto. 4. O caráter dinâmico do controle judicial na ponderação dos princípios jurídicos e sua função protetiva do meio ambiente.

Introdução

O controle judicial realizado no direito contemporâneo mostra-se bastante distinto do realizado no século XIX e nas primeiras décadas do século XX.

À época do início da vigência do Código Civil Francês de 1804, visualizava-se a certeza e a previsibilidade das decisões judiciais como ideais da atuação judicial.

O Juiz era o ventríloquo da lei, a boca da lei, o matemático que aplicava a fórmula legislativa da qual deflui inexoravelmente o resultado justo com caráter único e estático (imutável).

Hoje, entretanto, o ordenamento jurídico é distinto da época das codificações. Não se constitui característica basilar do ordenamento a prevalência de regras no ordenamento. Os princípios apresentam-se de forma marcante no ordenamento jurídico (MORAES, 1999, p. 10).

Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio, recentemente, ao assumir a Presidência do Supremo Tribunal Federal, afirmou que:

* Artigo a ser publicado em duas partes (segunda parte na próxima edição).

Paulo José Leite Farias é Promotor de Justiça, Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília, Doutorando em Direito pela UFPEL e Professor da Universidade Católica de Brasília e da UPIS/DF.

“A nova organização mundial das relações humanas exige do Poder Judiciário brasileiro o redimensionamento de seu próprio papel, compreendendo-se e, mais do que isso, comprometendo-se definitivamente como responsável por prestação jurisdicional mais ampla e eficiente, mais afinada com uma realidade afeita a vertiginosas, surpreendentes e constantes mudanças. Já muito distante está a época em que incumbia precipuamente ao Judiciário dirimir conflitos de interesses individuais, em relações típicas de direito civil”¹.

Da mesma forma, o Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Min. Paulo Costa Leite, afirma que o “Poder Judiciário não é mero expectador da realidade e pode, com a força de suas decisões, contribuir com a proteção e preservação dos recursos naturais”².

O ordenamento jurídico segundo Canotilho (1993, p. 168), Dworkin (1989, p. 146) e Alexy (1993, p. 86-87) passa a ser visto como conjunto de regras e princípios.

A presença dos princípios no ordenamento, conforme procuramos demonstrar no presente trabalho, enseja um caráter dinâmico (múltiplas soluções com possibilidade de mudança destas pela reconfiguração das situações fáticas) ao controle judicial das normas ambientais, impregnadas que são de princípios.

Desse modo, não se alcança, com certeza prévia, uma única decisão judicial possível em um conflito envolvendo o meio ambiente.

A questão judicial ambiental apresenta elementos de complexidade que exigem muitas vezes a ponderação de princípios que podem apresentar diferentes soluções. Dependerá, portanto, do magistrado a busca de uma “sentença amiga” do meio ambiente.

Enfim, na terminologia de Dworkin, poder-se-ia se dizer que o controle judicial das normas ambientais é um típico exemplo de “*hard case*” (1989, p. 146).

Assim, analisaremos no presente trabalho o caráter dinâmico do controle judicial

sobre as normas-princípios ambientais e a importância de sua concretização protetiva na sentença judicial.

Na primeira parte – Meio ambiente como direito fundamental –, estudaremos o conceito multivalorativo de meio ambiente, visto como dimensão subjetiva e objetiva de valor constitucional a ser implementado pelo ordenamento e pelo Poder Judiciário.

Na segunda parte – A proteção ambiental no direito brasileiro no âmbito da diferenciação entre regras e princípios –, analisa-se o meio ambiente no Direito Constitucional brasileiro, com ênfase na presença dos princípios que o caracterizam.

Na terceira parte – A ponderação do econômico e do ambiental na análise do caso concreto –, cerne do trabalho, destaca-se a necessidade de ponderação de princípios na análise de questões ambientais de forma concreta, por meio da jurisprudência ambiental brasileira e portuguesa, utilizando-se de conceitos desenvolvidos nas partes precedentes.

Na quarta parte – O caráter dinâmico do controle judicial na ponderação dos princípios jurídicos e sua função protetiva do meio ambiente –, destaca-se a importante função do Poder Judiciário de concretizar a proteção ambiental na decisão judicial.

1. Meio ambiente como direito fundamental

1.1. Meio ambiente: conceito

Diversos autores encontram dificuldade em dar uma definição ao termo “ambiente”. A conceituação de “ambiente” é problemática por duas razões fundamentais: a primeira, pela abrangência; a segunda, pela grande diversidade de significados.

O termo *ambiente* engendra uma variedade de significados, conforme o aspecto em que é considerado. Na linguagem comum, pode ser entendido como “a esfera, o círculo, o âmbito que nos cerca, em que vivemos” (SILVA, 1997, p. 1). Pode, igualmente, ser “o conjunto dos sistemas físi-

cos, químicos, biológicos e suas relações e dos fatores econômicos, sociais e culturais com efeito direto ou indireto, mediato ou imediato sobre os seres vivos e a qualidade de vida dos homens”³. Ainda, “o complexo de relações entre o mundo natural e o ser vivo [que entendo só possa ser o humano], as quais influem na vida e no comportamento do mesmo ser”(DOTTI, 1984, p. 501). Ou, finalmente, “o conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e suas relações, e dos fatores econômicos, sociais e culturais com efeito direto, ou indireto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem”⁴.

Em face da necessidade metodológica de definição de um conceito de meio ambiente, para o presente trabalho, os estudos dirigidos para estabelecer noção jurídica do meio ambiente foram divididos em dois grupos conceituais: um no direito comparado e outro no direito nacional.

1.1.1. Meio ambiente: conceito no direito comparado

Entre os especialistas italianos, não se pode deixar de mencionar Massimo Severo Giannini (apud SILVA, 1997, p. 2), que, em 1973, foi um dos primeiros autores a elaborar o conceito jurídico do termo “ambiente” muito utilizado por doutrinadores brasileiros, definindo-o juridicamente sob três conceituações:

- Cultural: o ambiente enquanto conservação da paisagem incluindo tanto as belezas naturais quanto os centros históricos;
- Sanitária: o ambiente enquanto normativa relacionada com a defesa do solo, do ar e da água; e
- Urbanística: o ambiente enquanto objeto da disciplina urbanística.

Tais conceitos, dados por Giannini, foram apoiados por muitos estudiosos e, também, criticados por outros, já que sugerem visão não-global do termo ambiente⁵.

Mateo (1977, p. 74-75) concorda com Giannini quando subdivide o conceito de ambiente em elementos constitutivos; esclare-

ce, porém, que é necessário identificar quais desses elementos devem ser considerados juridicamente relevantes, *verbis* :

“Es evidente que en todos estos casos se trata má bien de declaraciones de principio lejanamente orientadores de la política del Derecho que de la adopción de postulados de trascendencia jurídica inmediata. La posibilidad de acuñar en sentido técnico un Derecho ambiental no puede hacerse sobre tales bases y exige una formulación de objetivos concretos a cuyo servicio, con una cierta coherencia lógico-jurídica, se instrumentará un determinado sistema normativo (36 bis). (...)

Pero en términos de operatividad es preciso llegar a una delimitación más estricta del concepto jurídico del medio ambiente que permita perfilar el campo de esta disciplina superando tanto las aproximaciones genéricas y meramente programáticas, como las parcelaciones inconexas a que ha dado lugar el arrastre de una legislación precedente que aisladamente se preocupaba de la higiene, del orden público, del régimen sanitario de las aguas, etc.(39). El problema ha sido visto con nitidez por Giannini al catalogar tres posibles versiones del concepto del ambiente: el ambiente en cuanto conservación del paisaje incluyendo tanto las bellezas naturales como los centros históricos; el ambiente en cuanto normativa relacionada con la defensa del suelo, del aire y del agua; y el ambiente en cuanto objeto de la disciplina urbanística (40).”

Interpretando a definição de Giannini como sendo a individualização de três setores nos quais o termo “ambiente” apresenta significados diferentes, podemos a eles associar os respectivos bens ambientais. Assim, no primeiro setor, a conservação da paisagem, seja natural ou artificial (monumentos, centros históricos); no segundo, a relacionada com a defesa do solo, do ar e da

água; e no terceiro, como objeto da disciplina urbanística. Essa definição expressa, essencialmente, a idéia do ambiente como objeto de normas jurídicas, dividida em três tipos de elementos: paisagem (natural ou artificial), recursos naturais e urbanismo.

José Afonso da Silva (1997, p. 2), citando obra do italiano Giorgio Conti, que faz referência à sentença nº 210/87 da Corte Constitucional italiana, destaca a necessidade de apreciação unitária da questão ambiental, não obstante esta possua diferentes aspectos:

“Questa sentenza osserva che l’ambiente, nonostante possa essere fruitibile in varie forme e differenti ruoli e possa essere oggetto di numerose norme che assicurano la tutela dei diversi profili in cui si estrinseca, deve essere considerato un bene unitario. Tale concezione, sai per la Corte Costituzionale che per noi va riferita alla “qualità della vita”, allo “habitat naturale” nel quale l’uomo vive e agisce come elemento necessario alla collettività, ossia i concetti che hanno un indubbio valore unificante che prescindono da una visione separata delle singole componenti ambientali” (grifo nosso).

Mateo⁶ entende que o conteúdo semântico da palavra ambiente, em termos gerais, corresponde à expressão inglesa *environment* e à francesa *environnement*, *verbis*:

“La palabra ambiente, en términos generales, corresponde a la expresión inglesa ‘environment’ y francesa ‘environnement’ (34), que han sido traducidas con acierto entre nosotros por ‘entorno’, aunque con evocaciones de carácter urbanístico. Una primera aproximación al concepto de ambiente nos remite a una noción amplia que incluye toda la problemática ecológica general y por supuesto el tema capital de la utilización de los recursos, a disposición del hombre, en la biosfera. Esta perspectiva globalista es a veces la adoptada en ciertos

pronunciamientos realizados en el seno de organismos internacionales. Así, en la Conferencia de Estocolmo de 1972, se afirma que ‘el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras’” (1997, p. 72-73).

Para Mateo, uma primeira visão do conceito de ambiente sugere noção genérica que inclui toda a problemática ecológica e a questão principal que é a utilização dos recursos, bem como a posição do homem na biosfera. Essa perspectiva globalista tem sido, por diversas vezes, adotada em pronunciamentos realizados no fórum de organismos internacionais⁷.

Mateo (1977, p. 74) enfatiza que as conceituações gerais apresentam caráter meramente referencial, sendo necessário recorrer a maior aprofundamento dos conceitos, de modo a estabelecer-se um conceito jurídico mais concreto do meio ambiente, *verbis*:

“Es evidente que en todos estos casos se trata más bien de declaraciones de principio lejanamente orientadores de la política del Derecho que de la adopción de postulados de trascendencia jurídica inmediata. La posibilidad de acuñar en sentido técnico un Derecho ambiental no puede hacerse sobre tales bases y exige una formulación de objetivos concretos a cuyo servicio, con una cierta coherencia lógico-jurídica, se instrumentará un determinado sistema normativo (36 bis)”.

Dessa forma, considera o ambiente como conjunto de elementos naturais, que deixaram de ser *res nullius* para serem objeto de proteção jurídica, como bem comum, *verbis* (MATEO, 1977, p. 74):

“Creemos que, efectivamente, el meollo de la problemática ambiental moderna está en la defensa de unos

factores que inicialmente podrían *haber sido calificados como 'res nullius'*, susceptibles de utilización sin límite por todos los individuos, pero que *posteriormente se transforman en bienes comunes* sobre los cuales una mayor intensidad de utilización, fruto de la civilización industrial y urbana, va a amenazar precisamente las condiciones indispensables para el aprovechamiento colectivo.

En realidad, de lo que aquí se trata es de las cosas a las que ya aludían nuestros textos históricos en cuanto que 'comunalmente pertenecen a todas las criaturas que viven en este mundo (...) aire y las aguas de la lluvia, la mar, sus riberas', alguna de las cuales posteriormente recibieron el tratamiento de bienes de dominio público, dominio natural, mientras que otras, como el aire, mantuvieron su condición de 'res nullius'. Pero es lo cierto que con el transcurso de los tiempos, tales caracterizaciones resultaron inapropiadas al posibilitar aprovechamientos abusivos que a la larga perjudicaron a los demás potenciales usuarios de estos bienes y a propia esencia colectiva" (grifo nosso).

Do exposto, surge a necessidade de elaboração de conceito unitário de ambiente, a ser adotado neste trabalho, razão pela qual se deve estudar o conceito dado pelos autores brasileiros, comparando-os com as definições já vistas. Por outro lado, não se pode esquecer de que as normas jurídicas que hoje constituem objeto do Direito Ambiental surgiram de forma individual e assistemática à medida que evoluía a própria concepção de proteção do meio ambiente.

Álvaro Mirra, nesse sentido, assinala, comparando a situação brasileira com a dos outros países:

"Além disso, no Brasil, como de resto na maioria dos países, as normas jurídicas que no seu conjunto formam o Direito do Meio Ambiente

se encontram dispersas em inúmeros textos legais, os quais apresentam conteúdo variado também. Tal situação pode ser explicada pela circunstância de que esses diplomas legislativos foram surgindo paulatinamente ao longo dos anos, na medida em que evoluía a própria concepção de proteção do meio ambiente, inicialmente voltada à conservação isolada de certos elementos da natureza (florestas, flora em geral, fauna, águas e solos), depois dirigida à preservação de ecossistemas (por intermédio da criação de parques e reservas e do combate à poluição nas mais variadas formas), e finalmente preocupada com o meio ambiente globalmente considerado, entendido não só como mero agregado dos elementos da natureza acima indicados, mas principalmente como o conjunto de relações, interações e interdependências que se estabelecem entre todos os seres vivos uns com os outros (incluindo o homem) e entre eles e o meio físico no qual vivem" (1994, p. 4).

1.1.2. Meio ambiente: conceito no direito brasileiro

José Afonso da Silva (1997, p. 1-2), baseando-se na doutrina estrangeira, entende que a palavra ambiente indica a esfera, o círculo, o âmbito que nos cerca, em que vivemos. Em certo sentido, portanto, nela já se contém o sentido da palavra meio. Entretanto, defende o uso da expressão "meio ambiente", *verbis*:

"O ambiente integra-se, realmente, de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja integração condiciona o meio em que se vive. *Daí por que a expressão meio ambiente se manifesta mais rica de sentido (como a conexão de valores) do que a simples palavra ambiente*. Esta exprime o conjunto de elementos; aquela expressa o resultado da interação desses elementos. O con-

ceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico.

O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente compreensiva dos recursos naturais e culturais” (grifo nosso).

Em verdade, pode-se reconhecer que, na expressão “meio ambiente” se denota certa redundância, já advertida por Mateo *verbis*:

“Se observará que aqui se utiliza decididamente la rúbrica “Derecho ambiental” en vez de “Derecho del medio ambiente”, saliendo expresamente al paso de una práctica lingüística poco ortodoxa que utiliza acumulativamente expresiones sinónimas o al menos redundantes, en lo que incide el propio legislador, Reglamento de Actividades de 1961” (1977, p. 71).

A precisa definição de José Afonso da Silva afasta-se, pois, da corrente doutrinária italiana, já exposta, de Giannini, que prevê visão pluralista do conceito de ambiente. Aquela definição adota, pois, visão unitária que ressalta três aspectos do meio ambiente:

I – meio ambiente artificial, constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: espaço urbano aberto);

II – meio ambiente cultural, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sen-

tido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou; e

III – meio ambiente natural, ou físico, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam. É esse o aspecto do meio ambiente que a Lei nº 6.938, de 31.8.1981, define, em seu art. 3º, quando diz que, para os fins nela previstos, entende-se por meio ambiente o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (1994, p. 3).

Portanto, a definição de José Afonso da Silva segue a visão sistêmica unitarista, já que conceitua o ambiente como unidade inter-relacionada e, assim, sugere a necessidade de uma tratativa unitária, resultante da ampla multiplicidade e variedade de elementos que integram o ambiente.

Em consonância com tal entendimento, Toshio Mukai, em lapidar conceito sistêmico, ensina, *verbis*:

“A expressão ‘meio ambiente’ tem sido entendida como a interação de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida do homem, não obstante a expressão, como observam os autores portugueses, contenha um pleonasma, porque ‘meio’ e ‘ambiente’ são sinônimos” (1992, p. 3).

Paulo Afonso Leme Machado (1995, p. 72), preocupando-se com o conceito de ambiente nas legislações estaduais, assinala, *verbis*:

“A legislação fluminense considerou como meio ambiente ‘todas as águas interiores ou costeiras, superficiais ou subterrâneas, o ar e o solo’ (art. 1º, parágrafo único do Decreto-lei 134/75). Em Alagoas dispôs-se que ‘compõem o meio ambiente: os recur-

tos hídricos, a atmosfera, o solo, o subsolo, a flora e a fauna, sem exclusão do ser humano' (art. 3º da Lei 4.090/79). Em Santa Catarina conceituou-se meio ambiente como a 'interação de fatores físicos, químicos e biológicos que condicionam a existência de seres vivos e de recursos naturais e culturais' (art. 2º, I, da Lei 5.793/80). Em Minas Gerais 'meio ambiente é o espaço onde se desenvolvem as atividades humanas e a vida dos animais e vegetais' (art. 1º, parágrafo único da Lei 7.772/80). Na Bahia 'ambiente é tudo o que envolve e condiciona o homem, constituindo seu mundo e dá suporte material para a sua vida biopsicossocial' (art. 2º da Lei 3.858, de 3.11.80). No Maranhão 'meio ambiente é o espaço físico composto dos elementos naturais (solo, água, e ar), obedecidos os limites deste Estado' (art. 2º, parágrafo único, da Lei 4.154/80). No Rio Grande do Sul é o 'conjunto de elementos – água interiores ou costeiras, superficiais ou subterrâneas, ar, solo, subsolo, flora e fauna – , as comunidades humanas, o resultado do relacionamento dos seres vivos entre si e com os elementos nos quais se desenvolvem e desempenham as suas atividades' (art. 3º, II, da Lei 7.488, de 14.1.81)".

Assim, verifica-se que a maior parte das conceituações estaduais não limita o conceito ambiental ao homem, mas a TODAS AS FORMAS DE VIDA. Nesse sentido, corresponde à definição federal dada pela Lei 6.938/81, de 31/08/81, recepcionada pela Constituição Federal, que conceitua o meio ambiente como "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas". Por outro lado, verifica-se uma certa variação terminológica legal do conceito de meio ambiente nas diferentes legislações estaduais, o que retrata no plano legal as sensíveis diferenças dos Estados-membros da Federação brasileira.

Nesse sentido, Antônio Silveira Ribeiro dos Santos (1996, p. 221-222) ressalta, *verbis*:

"A posição antropocêntrica de visão do mundo, que tem em Kant a sua maior expressão, deve ser revista para a nova tomada de posição filosófico-ambiental. Para esta visão o homem está no centro do universo e a natureza está para servi-lo.

Para a nova filosofia proposta, a ecocêntrica – *oikos* = casa em grego + *cêntrico* = centrado na casa, sendo esta interpretada como o *habitat* do homem, ou seja, centrado no todo, o homem passa a ser entendido como um ente integrante da natureza, como todos os outros seres."

A Constituição da República submete a objeto de proteção o *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, conforme se lê do artigo 225, *caput*, alçando-o à condição de bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, à qual todos têm direito.

Essa, portanto, é a característica finalística de meio ambiente que deve ser perseguida e preservada por toda Federação. A manutenção de um ecossistema de forma nãoequilibrada ecologicamente, o exercício de atividade econômica que desconsidere a determinação constitucional e o desenvolvimento de políticas públicas que não observem essa imposição consubstanciarão clara afronta ao texto constitucional aplicável a todos os entes federados.

A definição constitucional e a infraconstitucional apresentadas têm por mérito, ademais, *integrar* o homem ao meio, rompendo com posições cartesianas que o colocam ante o meio ambiente, dele destacado, em relação de dominação. Os textos legais ensejam, por consequência, a preponderância da complementariedade recíproca entre o "ser humano" e "o meio ambiente" sobre a ultrapassada relação de sujeição e instrumentalidade.

Assim, não há conceito estanque de meio ambiente, conforme já visto. Há, sim, um conjunto de elementos nucleares provenientes de diferen-

tes conceituações que interagem e são destacadas dentro de determinado contexto.

1.2. Direito ao “meio ambiente sadio” como direito fundamental

O direito ao “meio ambiente sadio” é reconhecido, nas legislações, como sendo um dos direitos mais importantes. Esse direito já está amplamente presente no ordenamento básico jurídico nacional de muitos países, até mesmo formando parte das Constituições dos Estados. A título de exemplo, pode-se citar:

– Portugal: “Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender”(art. 66, item 1, da Constituição de 1976);

– Colômbia: “Todas las personas tienen el derecho de gozar de un medio ambiente sano” (art. 79 da Constituição de 1991);

– Paraguai: “Toda pessoa tem direito de habitar em un meio ambiente saudável (...)” (art. 7º da Constituição de 1992); e

– Cabo Verde: “Todos têm direito a um ambiente de vida sadio (...)” (Constituição de 1992, art. 70).

Portanto, no âmbito da proteção jurídica nacional de diferentes países, esse direito está consagrado no texto das Constituições. Está, também, protegido por relevantes textos internacionais, tais como:

– A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos: “Todos os povos têm direito a um ambiente satisfatório e geral, favorável ao seu desenvolvimento”;

– O Protocolo Adicional à Convenção Americana dos Direitos Humanos: tratando dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, prevê que: “Toda pessoa tem direito de viver num meio ambiente sadio e de ter acesso aos serviços públicos básicos”; e

– A Declaração dos Direitos Humanos Fundamentais: adotada pela

União Européia em abril de 1989, ratifica “um direito fundamental à proteção ambiental, na medida em que obriga as instituições da União Européia a tomarem todas as precauções necessárias para a preservação, proteção e melhoramento da qualidade ambiental”⁸.

Dando relevo à proteção ambiental no direito interno, Luiz Regis Prado (1992, p. 110-111) observa, *verbis*:

“No plano do direito interno, em decorrência do conteúdo político e da relevância do fenômeno ambiental, as constituições modernas, sobretudo a partir da década de 70, passaram a dar-lhe tratamento explícito em seus textos, evidenciando assim a necessidade de uma tutela mais adequada. As Cartas francesas de 1946 e 1958 não fazem referência expressa ao ambiente. Contudo, há em França uma ampla e prolixa legislação ordinária a respeito. De modo similar, a Lei Fundamental alemã tampouco trata diretamente do tema. O artigo 74 versa apenas sobre repartição de competência. Na Itália, a Constituição de 1947 dispõe no artigo 9.2. sobre a ‘tutela da paisagem, do patrimônio histórico e artístico da nação’. Esta norma é interpretada extensivamente, como princípio informador da ação ambiental. Em geral, as Constituições Americanas mais recentes consignam o aspecto ambiental. Assim, a Constituição do Chile de 1972 assegura a todas as pessoas um ambiente livre de contaminação, sendo dever do Estado velar para que este direito não seja transgredido e tutelar a preservação da natureza, podendo a lei estabelecer restrições específicas ao exercício de determinados direitos ou liberdades para proteger o meio ambiente (art. 198). A Lei Magna do Panamá de 1972 estabelece ser dever fundamental do Estado propiciar um meio ambiente

são e combater as contaminações (arts. 114 a 117). A Carta do Peru de 1980 dispõe que todos têm o direito de habitar em um meio ambiente saudável ecologicamente equilibrado e adequado para o desenvolvimento da vida, e a preservação da paisagem e da natureza, sendo obrigação do Estado prevenir e controlar a contaminação ambiental (art. 123). No mesmo sentido, têm-se as Constituições de Cuba de 1976 (art. 270) e de El Salvador de 1983 (art. 117); da Guatemala de 1985 (art. 97) e do México de 1987 (art. 27)”.

Em nível internacional, reconhece-se que a proteção ambiental se fundamenta na instrumentalização do direito à vida. Como diz claramente van Aggelen.

“It is obvious that the relation between the right to life and environmental protection gained importance again in the wake of the deliberate burning of the Kuwait oil fields by Saddam Hussein in 1991. Art. 35, para. 3 of Protocol I additional to the four 1949 Conventions on the Laws of War prohibits ‘to employ methods or means of warfare which are intended, or may be expected to cause widespread, long-term and severe damage to the national environment’. A similar provision protects the natural environment in article 55” (op. cit).

Já em 1972, a Declaração de Estocolmo, no Preâmbulo, fixou que dois aspectos do meio ambiente (o natural e o artificial) são essenciais para o bem-estar do homem e para o desfrute dos direitos humanos fundamentais, até mesmo o direito à vida. Da mesma forma, como extensão dos princípios estabelecidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, a Declaração de Estocolmo estabeleceu claramente que o homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em meio ambiente de qualidade que lhe permita levar vida digna e gozar de bem-estar; por sua vez, o homem tem a obrigação de proteger e melhorar o

ambiente para as gerações presentes e futuras. Assim, vincula-se a proteção ambiental, também, à dignidade humana de vida com qualidade.

Atualmente, a relevância do direito ao meio ambiente sadio leva alguns autores, como Maguelonne Dejeant-Pons, a afirmar que esse direito constitui um dos maiores direitos humanos do século XXI, na medida em que a humanidade se vê ameaçada no mais fundamental de seus direitos, o da própria existência (apud MACHADO, 1995, p. 25). Portanto, claramente, surge a vinculação entre o direito ao meio ambiente e o direito à vida.

Destacando a preocupação com a proteção ambiental, vista como direito fundamental, o Professor Kiss salienta que:

“In the changing world of the second half of the 20th century two major values have emerged: fundamental human rights and freedom on one side, environment on the other. Both must be protected by law, the objective of which is to protect fundamental social values. Both must be approached at the international level. Thus, such protection is the task of international law” (In: trindade (Ed.). 1995, p. 37).

Conseqüentemente, tanto o ordenamento jurídico interno como o ordenamento jurídico internacional concordam na existência de direito fundamental ao meio ambiente.

A doutrina, também, qualifica o direito ao ambiente como direito fundamental de terceira geração⁹, incluídos entre os chamados *direitos de solidariedade, direitos de fraternidade ou direitos dos povos*. Essa classe de direitos tem por destinatário mais do que o indivíduo, um grupo ou determinado Estado, mas o gênero humano mesmo, engendrando o direito ao ambiente, o direito ao desenvolvimento, o direito à autodeterminação, o direito à participação no patrimônio da humanidade.

Encontramo-nos, assim, diante de nova perspectiva do direito à vida como principal fundamento da proteção ambiental, que

é a responsabilidade comum de todos os Estados, como ficou estabelecida já em 1974 na Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, no artigo 30:

“La protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad de todos los Estados.”

Entretanto, apesar do reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio, assiste-se à contínua depredação e degradação do ambiente, em nível mundial e nacional. Torna-se necessário que o Poder Judiciário, enquanto poder garantidor das normas constitucionais, ocupe-se, com maior ênfase, desse assunto, *buscando dar efetivo controle às normas ambientais na resolução dos conflitos que busca solucionar.*

2. A proteção ambiental no direito brasileiro no âmbito da diferenciação entre regras e princípios

2.1. As normas-princípios e as normas-regras

Ao tratar-se das normas ambientais trazidas na Constituição, mister se faz verificar a interpretação das normas sob o paradigma ambiental, analisar o peso dos princípios e a questão dos interesses e suas colidências, para, então, verificar as normas positivadas no texto constitucional.

Observa-se que tal atitude se mostra imprescindível, pois, conforme o amplo conceito adotado nesta obra, o meio ambiente deve ser visto sob o ponto de vista sistêmico, o que ocasiona sua interação com todo o ordenamento jurídico.

O sistema jurídico define-se, nas palavras de Canaris (1989, p. 77), como “ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de direito” (1989, p. 77). A partir dessa ordem axiológica de princípios gerais, derivam-se as regras jurídicas, dotadas, como observa Robert Alexy (1993, p. 103), de generalidade relativamente baixa, enquanto os princípios têm por característica grau de generalidade alto.

Os *princípios* e as *regras* jurídicas possuem caráter normativo, constituindo, ambos, espécies do gênero *norma jurídica*, de modo a conformar fundamentos para juízos concretos de *dever ser*, distinguindo-se, entre si, em grau e qualidade. E não se negue o caráter normativo dos princípios gerais de direito, pois, na medida em que as regras jurídicas devem manter coerência axiológica com os princípios gerais de direito, os dois desempenham função normativa no ordenamento jurídico. Sobre a normatividade dos princípios, Eros Roberto Grau é taxativo, *verbis*:

“Ainda que a generalidade dos princípios seja diversa da generalidade das regras, tal como demonstra Jean Boulanger, os princípios portam em si pressuposto de fato (*Tatbestand*, hipótese, *facti species*), suficiente à sua caracterização como norma. Apenas o portam de modo a enunciar uma série indeterminada de *facti species*. Quanto à estatuição (*Rechtsfolge*, injunção), neles também comparece, embora de modo implícito, no extremo completável em outra ou outras normas jurídicas, tal como ocorre em relação a inúmeras normas jurídicas incompletas. Estas são aquelas que apenas explicitam ou o suposto de fato ou a estatuição de outras normas jurídicas, não obstante configurando norma jurídica na medida em que, como anota Larenz, existem em conexão com outras normas jurídicas, participando do sentido de validade delas” (1990, p. 125-126).

Os princípios comportam, como aponta Bonavides (1996, p. 254), seguindo as observações de Florez Valdes, Trabucchi e Bobbio, distintas dimensões: fundamentadora, interpretativa, supletiva, integrativa, diretiva e limitativa. Todas essas dimensões remetem-se à natureza valorativa dos princípios gerais e positivados, posto que, enquanto valores, os princípios consubstanciam o critério de aferição dos conteúdos normativos.

Como proposições normativas a conferir parâmetros interpretativos do sistema normativo, os princípios veiculam valores fundamentais ao sistema, em regra positivados na Constituição. Esse conjunto de princípios permite visão una das regras que integram o ordenamento, por relacioná-la por meio de uma mesma escala valorativa. De outra parte, os princípios jurídicos, escritos ou implícitos, conformam e limitam a aplicação de regras jurídicas atinentes à vida político-econômico-social da nação.

2.2. *As normas-princípios ambientais e o caso Quinta do Taipal*

A racionalidade própria da amplitude, já demonstrada, do paradigma ambiental exige a leitura e a interpretação das regras e dos princípios verificados no ordenamento jurídico, de forma a possibilitar que todo o sistema se mantenha voltado à preservação ambiental.

Desse modo, normas de variados ramos do direito – como o direito constitucional, econômico, civil, comercial, consumidor, administrativo, tributário, etc. – passam a carregar a racionalidade da preservação ambiental, redimensionando a legitimidade do direito. Nesse processo, princípios e regras lidos e aplicados por essa vertente logram modificar os padrões de comportamento em direção à qualidade ambiental. Exemplificando, a interpretação das normas jurídicas, sob o prisma ambiental, obsta a concessão de financiamentos para empreendimentos que causem ou venham causar degradação do meio ambiente.

A ordem jurídica traz em si a carga axiológica vigente e praticada no meio social. Dessa forma, resultam regras positivadas no ordenamento jurídico da ação de conjuntos de idéias e valores sobre fatos que demandam regulamentação jurídica para o exercício do poder estatal. Ou, como ensina Miguel Reale (1963, p. 214), “*cada norma jurídica, em suma, considerada de ‘per si’, corresponde a um momento de integração de certos fatos segundo valores determinados*, representam

do uma solução temporária (momentânea ou duradoura) de uma tensão dialética entre fatos e valores, solução essa estatuída e objetivada pela interferência decisória do poder em um dado momento da experiência social” (grifo do autor).

Por outro lado, também *a regra jurídica ambiental encontra, em seus contornos, valores outros que não a preservação ambiental em si*. Assim, por exemplo, não se podem afastar as normas ambientais brasileiras dos princípios de um Estado federado, no qual há repartição da competência normativa.

Portanto, por comporem o ordenamento sistêmico, as normas ambientais não podem ser visualizadas sem a ideologia constitucional¹⁰ em que agem. Da mesma forma, as normas de outros ramos jurídicos, que se relacionam como o amplo conceito de meio ambiente não podem ser aplicadas sem se levar em conta as normas ambientais que impregnam a ideologia constitucional. Assim, a ideologia, adotada na Constituição da República permite que se fale em Estado de Direito Ambiental, o que impregna todas as normas que se relacionam com o vasto leque do domínio normativo da expressão “meio ambiente”.

Em Portugal, a necessária ponderação de valores constitucionais envolvidos em conflito no campo do Direito Ambiental pode ser analisada pelo estudo do litígio “Quinta do Taipal”.

Foi proposta, pelo Ministério Público que atua na comarca de Montemor-o-Velho, ação ordinária contra proprietários de área rural – subsequente a uma providência cautelar – para a defesa do equilíbrio ecológico de região conhecida como Quinta do Taipal, visando, concretamente, impedir a drenagem de 50 hectares na ponta norte da Quinta, bem como quaisquer outros atos que destruam ou ponham em perigo a fauna e o *habitat* natural lá existente.

Alegou o membro do Ministério Público, basicamente, que a drenagem almejada pelos réus iria prejudicar irremediavelmente o equilíbrio ecológico de toda a área. Por ou-

tro lado, os proprietários, então réus, argumentaram, em síntese, que sempre houve cultivo de arroz na área em causa, precedido da necessária drenagem, sem que se produzisse nenhum prejuízo ecológico.

O Juiz de Montemor-o-Velho na sentença argumentou que o direito de propriedade individual é um direito de expressão constitucional (art. 62, nº 1, da Constituição Portuguesa de 1976), também o é o “ambiente” (art. 66, nº 1, da Constituição Portuguesa de 1976). Assim, ressaltou que:

“Como ordenador ou regulador das relações do homem com o seu meio, do direito do ambiente, sem prejuízo da sua autonomia dogmática, que deriva dos objectivos que prossegue, assume-se como um sistema jurídico de carácter horizontal, que tem tendência a infiltrar-se no domínio dos demais ramos do mundo jurídico, público e privado (CANOTILHO, 1995, p. 18).

Por fim, concluiu que:

Há boas razões, portanto, para proibir as operações de enxugo de terras na área em causa [...]

Por todo o exposto, na parcial procedência da acção, condeno os réus a se absterem, por si ou por intermédio de outrem, de executar quaisquer trabalhos de enxugo dos terrenos que compõem a área de 50 hectares” (p. 19).

Canotilho (1995, p. 82), ao comentar a sentença do juiz de Montemor-o-Velho, na análise do conflito da “Quinta do Taipal”, *leading case* da jurisprudência ambientalista portuguesa, afirma, *verbis*:

“Realça-se, desde logo, o modo como ele fez aplicação do princípio da unidade da ordem jurídica. Não obstante se tratar de um litígio ambiental colocado num tribunal ordinário, o magistrado judicial não cedeu à tentação de resolver o problema em termos expeditos, manejando alguns artigos do Código Civil. A convocação de preceitos constitucionais, de normas de convenções internacio-

nais, de regulamentos e directivas comunitários, da Lei de Bases do Ambiente, além, como é óbvio, de normas do Código Civil demonstra uma rara percepção de um *sistema jurídico complexo* e um conhecimento perfeito do *bloco de normatividade*” (grifo nosso).

Continuando a análise de julgados relativos à “Quinta do Taipal”, o consagrado constitucionalista critica a sentença na ponderação dos princípios vigentes no ordenamento jurídico português, ao lembrar que a existência do preceito ambiental de “privilégio agrário” não pode levar ao desprezo dos outros valores relevantes do ordenamento jurídico, *verbis*:

“Parece-nos que o aresto *sub judice*, ao interpretar as várias normas aplicáveis ao caso, partiu de uma regra fundamental: o princípio da interpretação mais amiga do ambiente (princípio da melhor protecção possível do ambiente, princípio do efeito útil ecológico). Este princípio que, como expressão ou *ratio* da maioria das normas jurídicas aplicáveis ao caso, é inatacável, não goza, em termos apriorísticos e abstratos, de uma prevalência absoluta. A inexistência de uma ponderação mais aberta aos direitos conflituantes com o direito do ambiente conduziu o juiz a infravalorar os argumentos da parte recorrente e fundamentalmente centrados na ideia de ‘privilégio agrário’”.

O litígio em apreço ressalta a necessidade de ponderação de bens jurídicos muitas vezes em conflito nos litígios ambientais, seja pela complexidade do domínio normativo aplicável ao caso, seja porque as normas aparentemente são contraditórias, o que fez, por exemplo, que no presente caso existissem pronunciamentos judiciais contraditórios, pois o Supremo Tribunal de Justiça português, em Acórdão de 17/01/1995, decidiu pela revogação de Acórdão do Tribunal de Relação que havia confirmado a sentença da comarca de Montemor-o-Velho, absolven-

do os réus dos pedidos, por ter entendido que a sentença não poderia ter criado uma área ambiental protegida substituindo-se aos poderes da Administração (CANOTILHO, 1995, p. 78).

Assim, em conclusão, as normas ambientais constitucionais de caráter principiológico fornecem matiz nova a inúmeras questões jurídicas relacionadas à proteção ambiental; entretanto, não afastam aprioristicamente a aplicação de outros princípios fundamentais que deverão ser valorados no caso concreto.

2.3. A ponderação de princípios como método de resolução dos casos difíceis (hard cases)

É de se ressaltar que não é a presença exclusiva de determinados princípios jurídicos, no texto constitucional, que determina a “configuração ideológica” de uma Constituição e, portanto, da estrutura político-jurídica de um Estado. *Há de se observar sua articulação com outros princípios, o contexto em que vêm inseridos, bem como sua topografia no conjunto normativo.*

Desse modo, *a positivação da preservação e defesa do meio ambiente e sua positivação no Título da Ordem Social da Constituição de 1988 ocasiona, claramente, complexa repercussão no ordenamento jurídico*, sem, contudo, dar-lhe características exclusivas da influência originada pelo valor proteção ambiental.

Exemplificando, com outro preceito ambiental, observa-se que o princípio da defesa do meio ambiente, *conformador* da ordem econômica¹¹, traz evidentes e consistentes conseqüências para o sistema jurídico e econômico, sem que, entretanto, sejam desprezados os outros princípios elencados na Ordem Econômica.

Por outro lado, a localização – do princípio da defesa do meio ambiente – como princípio da ordem econômica traz especial interesse, posto que, “dotado de caráter constitucional conformador, justifica a reivindicação pela realização de políticas públicas”¹², vinculando, ainda, de forma objetiva, todos os agentes e instrumentos da atividade econômica à defesa do ambiente.

Assim, para resolução dos chamados *hard cases*¹³, na visão de Dworkin, devem ser levadas em conta a natureza dos princípios e a forma de resolução dos conflitos dessas peculiares normas jurídicas.

No pensamento de Dworkin, um caso é difícil (*hard case*) se existe incerteza na sua resolução, seja porque existem várias normas que determinam sentenças distintas (complexidade do domínio normativo aplicável ao caso), seja porque as normas aparentemente são contraditórias (existência de soluções diametralmente opostas), seja porque não existe norma aparentemente aplicável ao problema (aparente lacuna do ordenamento jurídico na resolução do problema).

Nesse diapasão, Dworkin (1989, p. 146), atacando a existência de um discricionarismo judicial e enfatizando a existência de um domínio de soluções possíveis, afirma:

“En el positivismo jurídico encontramos una teoría de los casos difíciles. Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez – de acuerdo con esa teoría – tiene ‘discreción’ para decidir el caso en uno u otro sentido. Esta opinión supone, aparentemente, que una y otra de las partes tenía un derecho preexistente a ganar el proceso, pero tal idea no es más que una ficción. En realidad, el juez ha introducido nuevos derechos jurídicos que ha aplicado después, retroactivamente, al caso que tenía entre manos. En los dos últimos capítulos sostuve que esa teoría de la adjudicación de competencias al juez es totalmente inadecuada; en este capítulo he de presentar y defender una teoría mejor.

Mi argumento será que, aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganar-lo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos. Sin embargo, debo decir sin demora que esta teoría no afirma en

parte alguna la existencia de nungún procedimiento mecánico para demostrar cuáles son los derechos de las partes en los casos difíciles. Por el contrario, mi argumentación supone que, con frecuencia, abogados y jueces razonables estarán en desacuerdo sobre los derechos, así como ciudadanos y estadistas discrepan en cuanto a los derechos políticos. Este capítulo se refiere a las cuestiones que deben plantearse jueces y abogados, PERO NO GARANTIZA QUE TODOS ELLOS DEN LA MISMA RESPUESTA A DICHAS CUESTIONES” (grifo nosso).

Calsamiglia, em elucidativa análise da obra de Dworkin (1989, p. 13-14) já referida, esclarece que os *hard cases* devem ser solucionados pela aplicação de princípios, *verbis*:

“Dworkin sostiene que los casos difíciles tienen respuesta correcta. Los casos insolubles son extraordinarios en derechos mínimamente evolucionados. Es evidente que puede haber situaciones a las que no pueda aplicarse ninguna norma concreta, pero eso no significa que no sean aplicables los principios. Dworkin señala que el material jurídico compuesto por normas, directrices y principios es suficiente para dar una respuesta correcta al problema planteado. Sólo una visión del derecho que lo identifique con las normas puede mantener la tesis de la discreción judicial.

El autor americano reconstruye casos resueltos por la jurisprudencia y muestra que su teoría justifica y explica mejor los casos difíciles que la teoría de la discreción judicial. Cuando nos encontramos frente a un caso difícil no es una buena solución dejar libertad al juez. Y no es una buena solución porque el juez no está legitimado ni para dictar normas ni mucho menos para dictarlas de forma retroactiva si es que nos tomamos la democracia – y su sistema de legitimación – en serio. Al juez se le debe exigir la búsqueda de criterios y la construcción de teorías que justifiquen la decisión. Y ésta debe ser consistente con la teoría.

Los jueces en los casos difíciles deben acudir a los principios. Pero como no hay una jerarquía preestablecida de principios es posible que éstos puedan fundamentar decisiones distintas. Dworkin sostiene que los principios son dinámicos y cambian con gran rapidez y que todo intento de canonizarlos está condenado al fracaso. Por esa razón la aplicación de los principios no es automática sino que exige el razonamiento judicial y la integración del razonamiento en una teoría. El juez ante un caso difícil debe balancear los principios y decidirse por el que tiene más peso. El reconstruccionismo conduce a la búsqueda incesante de criterios objetivos.”

Observa-se que, nesse contexto, os conflitos ambientais apresentam as características que Dworkin indica como sendo de um *hard case*. Conflitos ambientais concretamente analisados, como o da Quinta do Taipal, ressaltam a incerteza na sua resolução, pela existência de várias normas que determinam sentenças distintas. Portanto, o enquadramento dos conflitos ambientais como um *hard case* faz com que se busquem, na teoria de Dworkin, luzes para o trato da matéria ambiental.

2.4. Os princípios e o ordenamento jurídico

Os princípios constituem tema que se encontra em freqüente debate nas discussões da ciência jurídica contemporânea. Nesse sentido, interessam ser destacadas as funções dos princípios no ordenamento jurídico.

Conforme assinala Carrió (1970, p. 15-20)

1. Princípio – tem como objeto outras regras do jogo (regra de segundo grau – regra de uso da regra);
2. Princípio se dirige – primordialmente aos árbitros – operadores jurídicos, mais dos que aos atores sociais;
3. Princípio – justifica exceções às regras de primeiro grau – aquelas que se dirigem às condutas; e
4. Princípio – aplica-se independente do conteúdo da norma de primeiro grau – neutralidade tópica.

Canotilho (1993, p. 168) afirma, peremptoriamente, que a existência de regras e princípios, tal como se acaba de expôr, permite o enquadramento da constituição como estrutura sistêmica, isto é, possibilita a compreensão da *Constituição como sistema aberto de regras e princípios*.

Assim, deflui-se que o modelo sistêmico aberto pode ser adotado, em razão da adequada distribuição de “normas-princípios” e “normas-regra” na Constituição. Modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras tornaria a Constituição sistema fechado, livre da necessária influência do meio externo no funcionamento do ordenamento jurídico. Tornaria, pois, limitada a racionalidade prática do sistema.

No dizer de Canotilho (1993, p. 168, 169) um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia “sistema de segurança”, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e o desenvolvimento de um sistema aberto. Por outro lado, legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta.

De outro modo, modelo composto, exclusivamente, de princípios seria falho de segurança e complexo em demasia, o que também afetaria a sua racionalidade. Assim dispõe Canotilho (1993, p. 169):

“O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (Alexy: Prinzipien-Modell des Rechtssystems) levar-nos-ia a conseqüências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do ‘possível’ fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídi-

ca e tendencialmente incapaz de reduzir complexidade do próprio sistema. Daí a proposta aqui sugerida:

1) o sistema jurídico carece de regras jurídicas: a Constituição, por exemplo, deve fixar maioria para efeitos de determinação da capacidade eleitoral activa e passiva, sendo impensável fazer funcionar aqui apenas uma exigência de optimização: um cidadão é ou não é maior aos 18 anos para efeito de direito de sufrágio; um cidadão ‘só pode ter direito à vida’;

2) o sistema jurídico necessita de princípios (ou valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de direito; são exigências de optimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos;

3) em virtude da sua ‘referência’ a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da ‘justiça’, da ‘idéia de direitos’, dos ‘fins de uma comunidade’), os princípios têm uma função normogénica e uma função sistémica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional; e

4) as ‘regras’ e os ‘princípios’, para serem activamente operantes, necessitam de procedimentos e processos que lhes dêem operacionalidade prática (Alexy: Regel/ Prinzipien/ Prozedur – Modell des Rechtssystems): o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma ‘law in the books’ para uma ‘law in action’, para uma ‘living constitution’”.
Do conceito de “sistema” extrai-se a noção de conjunto de partes interdependentes e inter-relacionadas. Assim, as partes atuam

de forma coordenada para determinado fim; ademais, todo sistema está inserido em ambiente circundante (macrossistema).

Desse relacionamento entre o sistema e o ambiente surgem os conceitos de sistema aberto e fechado, utilizados por Canotilho de forma implícita, ao tratar da conceituação da Constituição como “sistema aberto” de normas e princípios. Assim, os sistemas fechados são conceitualmente herméticos. Não apresentam intercâmbio nem interação com o ambiente que os cerca. Nesse tipo de sistema, a atuação combinada de suas partes internas acontece de forma imutável, de modo a produzir resultado invariável. Neles não há o fenômeno da “retroalimentação” ou “*feedback*”, mediante o qual o sistema interage com o ambiente externo, modificando-se.

Por outro lado, os sistemas abertos não são herméticos, pois interagem com o ambiente que os cerca, dele recebendo informações, possuindo capacidade de adaptação a necessidades próprias ou a necessidades demandadas pelo ambiente. É o caso dos sistemas jurídicos. Assim, esse conceito mostra-se fundamental para análise sistêmica do ordenamento jurídico.

Tal posicionamento do constitucionalista português retrata a visão majoritária da doutrina de que o ordenamento jurídico, dotado de racionalidade adequada, deve-se formar pela composição de duas espécies de normas qualitativamente distintas:

- princípios e
- regras.

2.5. A distinção qualitativa entre princípios e regras no contexto do debate de Dworkin e Hart

Para Dworkin¹⁴, a diferença ontológica entre princípios e regras está na idéia de peso do princípio.

Há, em primeiro lugar, distinção lógica, apartando os princípios das regras jurídicas¹⁵. As regras jurídicas são aplicadas de forma disjuntiva. Trata-se de “tudo ou nada”. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra se refira – o suporte fático

co¹⁶ hipotético, o *Tatbestand* – verifiquem-se, em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser ela aplicada¹⁷.

Já os princípios jurídicos atuam de modo diverso: mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente senão quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam.

É que as regras jurídicas não comportam exceções. Isso é afirmado no seguinte sentido: se há circunstâncias que excepcionem uma regra jurídica, a enunciação dela, sem que todas essas exceções sejam também enunciadas, será inexata e incompleta. No nível teórico, ao menos, não há nenhuma razão que impeça a enunciação da totalidade dessas exceções, e quanto mais extensa seja essa mesma enunciação mais completo será o enunciado da regra. Se a regra – exemplifica Dworkin – define que um testamento não é válido senão quando assinado por três testemunhas, não é possível tomar-se como válido um testamento firmado por apenas duas testemunhas (1989, p. 75).

Quanto aos princípios, a circunstância de serem próprios a determinado ordenamento não significa que, em alguns casos, possam ser desconsiderados. Trabalhando com o princípio segundo o qual ninguém aproveita sua própria fraude (torpeza), Dworkin aponta o fato de que, em determinados casos, o Direito não se opõe a que alguém obtenha proveito da fraude que praticou. O exemplo mais notável é o da posse indevida: aquele que penetrar em prédio alheio reiteradamente, durante largo período de tempo, poderá obter – e o direito o concede – o direito de cruzá-lo sempre que deseje¹⁸. Dworkin introduz ainda mais dois exemplos: se alguém, descumprindo contrato, abandona seu trabalho, para desenvolver outro muito melhor remunerado, será obrigado a indenizar seu contratante, mas em regra gozará do direito de permanecer desenvolvendo o novo trabalho; se um preso escapa à prisão para fazer um investimento rentável, poderá ser reconduzido ao

cárcere, mas reterá como de sua propriedade os lucros que tiver obtido (1989, p. 75-76).

Esses três exemplos, que configuram hipóteses de não-aplicação de determinado princípio, não conduzem a sua exclusão da ordem jurídica.

A segunda distinção, decorrente da primeira, aparta, ainda, segundo Dworkin, os princípios das normas. Os princípios possuem dimensão que não é própria das regras jurídicas: *a dimensão de peso ou importância*. Assim, quando se chocam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles. Essa valoração, evidentemente, não é exata e, por isso, o julgamento a propósito da maior importância de um princípio, em relação a outro, será, com frequência, discutível. Não obstante, as indagações a respeito de se ele possui essa dimensão e se faz sentido questionar quão importante ou relevante ele é integram o conceito de princípio.

As regras não possuem tal dimensão. Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra, de modo que, no caso de conflito entre ambas, deva prevalecer uma em virtude de seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida. E a decisão a respeito de qual delas o é e qual deve ser abandonada há de ser tomada atendendo-se a considerações alheias a elas. Determinado ordenamento jurídico poderá regular tais conflitos por meio de outras normas, que prefiram a regra promulgada pela autoridade de maior nível hierárquico, ou a regra promulgada em data mais recente, ou a mais específica, etc. Ou, ainda, poderá dar prevalência à regra apoiada nos princípios mais relevantes.

Observa Jorge Miranda (1987, p. 198) “Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-

se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições”. Leia-se, para fins da terminologia adotada neste trabalho, “disposições” por “regras”.

A exposição de Esser (1961, p. 5, 66-67, 102) também caminha nesse sentido: embora oponha norma e princípio¹⁹, sustentando não configurar este último, em si mesmo, mandamento (isto é, instruções, regras), mas sim a causa, critério de justificação delas (1961, p. 67), reconhece constituir ele direito positivo (p. 90, 93, 121, 169, 171). Mas direito positivo constitui – prossegue – não como regras independentes ou autônomas, porém como condição imanente do ser e do funcionar das regras. Por isso, o princípio da liberdade contratual é direito positivo dos contratos e a separação dos poderes seria direito constitucional positivo – ainda que não enunciado como princípio positivado – desde que acolhidos por determinado ordenamento, sem perder o caráter de princípios e sem que se convertam em regras.

De outra parte, cumpre também observar que não se manifesta jamais antinomia jurídica entre princípios e regras jurídicas. Estas operam a concreção daqueles. Assim, quando em confronto dois princípios, um prevalece sobre o outro, as regras que dão concreção ao que foi desprezado são afastadas; não se dá a sua aplicação a determinada hipótese, ainda que permaneçam integras, validamente, no ordenamento jurídico. Note-se que – é esta a hipótese sobre a qual estrutura Dworkin sua exposição (1989, p. 73) – isto é o homicídio de quem deixa herança. Praticado pelo herdeiro, afasta, em razão do princípio, a incidência da regra de sucessão que beneficiaria o homicida²⁰.

Ao contrário dos princípios, as regras jurídicas não possuiriam a dimensão de ponderação. No caso de conflito entre duas regras, apenas uma delas poderá ser válida; são, pois, estabelecidos critérios específicos para a resolução das antinomias. Exemplificando, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, vigem os critérios hierárqui-

co (*lex superior derogat inferiori*), cronológico²² (*lex posteriori derogat priori*) e da especialidade (*lex specialis derogat generali*) (BOBBIO, 1994, p. 92-97).

Sanchis, criticando pontualmente a distinção qualitativa feita por Dworkin entre o conflito de regras e o conflito de princípios, considera que há dois pontos obscuros na argumentação de Dworkin.

O primeiro deles relacionado à inexistência de antinomias entre os princípios, *verbis*:

“(…) El primero es que no queda muy claro si el peso o importancia de los principios se decide en abstracto, con arreglo a algún criterio de ordenación jerárquica, o depende de su mayor o menor idoneidad para regular el caso concreto. De cualquier modo, puede considerarse cierto que la aplicación de un principio no conlleva necesariamente la pérdida de validez del otro, pues la preferencia establecida por el legislador o decidida por el intérprete no tiene por qué traducirse en la expulsión definitiva del principio contradictorio. Pero que no ocurra así necesariamente no significa que no pueda ocurrir nunca, pues parece perfectamente imaginable una antinomia total entre dos principios, de manera que ambos no puedan coexistir en el mismo ordenamiento; por ejemplo, piénsese en el reconocimiento – no meramente retórico – de los principios de igual dignidad humana y de apartheid. Se dirá tal vez que entonces no hay cuestión, pues uno de ellos no forma parte del sistema jurídico, pero esto es justamente lo que acontece con aquellos conflictos normativos que sólo se pueden resolver con la pérdida de validez de una de las normas (1992, p. 40-41).

Outro ponto objeto de críticas de Sanchis relaciona-se à mútua exclusão entre regras previstas por Dworkin, em contraste à argumentação de que, em alguns casos, há possibilidade de coexistência de regras supostamente contraditórias, *verbis*:

“En segundo lugar, cuando se afirma que las normas carecen de esa propiedad

del peso o importancia, quiere decirse que en caso de conflicto una há de ser necesariamente inválida o tan sólo que ambas no pueden ser aplicadas al mismo tiempo? Si se trata de lo primero – como parece más verosímil –, hay que decir que no todo conflicto normativo se resuelve con la declaración de invalidez de una de las normas y, en todo caso, como se há dicho, ello puede ocurrir también con los principios. Por lo demás, es una doctrina no infrecuente del Tribunal Constitucional el llamado criterio de conservación de las normas, que no se traduce en la pura y simple declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad, sino que supone establecer cuál es la verdadera y vinculante interpretación de la norma impugnada y cuál es el único sentido en que hay que entender determinados términos de la misma para que sea conforme con la Constitución.

La Segunda hipótesis, es decir, que la colisión de normas se resuelva en la preferencia circunstancial de una, pero sin que ello implique la invalidez de la outra, resulta mucho más corriente; se trata, en suma, de aquellos casos en que dos normas de sentido deóntico contradictorio (v.gr. una permite lo que outra prohíbe) pueden conservarse mediante un juego adecuado de los ámbitos de validez, esto es, dotándolas de un ámbito de vigencia personal, material, especial y temporal parcialmente distinto, lo que permite aplicar una en ciertas ocasiones y la outra en las demás. Un ejemplo: la normativa general sobre el derecho de reunión no impone ningún requisito para aquellas que se celebren en locales cerrados, mientras que las Ordenanzas Militares establecen ciertos controles y autorizaciones, pero es evidente que ambas pueden coexistir en el mismo sistema y aplicar una u outra dependerá sobre todo de un criterio de especialidad (1992, p. 41-42).

Deve-se ressaltar que Sanchis, nas críticas à visão de Dworkin, não invalida a teoria de Dworkin muito menos formula uma

nova teoria distintiva entre as regras e os princípios, mas, sim, ressalta que a diferenciação entre princípios e regras não se trata de pontual discussão acadêmica, relacionando-se diretamente com concepções filosóficas da ciência jurídica, bem como com a *praxis* do operador jurídico. Assinala que:

“*Detrás de esta pregunta asoman problemas de mucha mayor trascendencia relativos al concepto de Derecho y a su relación con la moral, a los modelos de argumentación jurídica y a su capacidad o no para ofrecer en todo caso una única respuesta correcta, a la posición y legitimidad de los operadores jurídicos, etc.*” (1992, p. 12).

Em conclusão, as colocações de Dworkin consagram a concepção do direito como um sistema composto de princípios e regras. Com tal posicionamento, foi atacada a concepção de positivismo formulada pelo jurista inglês H. L. Hart, que visualiza o direito como sistema homogêneo constituído só de regras, abrindo-se novas perspectivas na visão de um sistema jurídico aberto às influências do ambiente externo.

Desse modo, a partir do momento em que Dworkin ataca a doutrina positivista de Hart, retrata que a concepção de direito não pode ser construída com uma separação absoluta entre Direito e Moral. Demonstra que, na prática jurídica, a distinção entre Direito e Moral não é tão evidente como apregoam os positivistas mais extremados. Em última instância, afirma que, ao restringir o direito a regras, o modelo de Hart foge da realidade cotidiana dos advogados e dos juizes, perdendo seu interesse e não explicando *los casos difíciles* (*hard cases*). Assim, no trecho abaixo, há um “caso difícil”, apreciado por Tribunal de Nova Iorque, *Riggs v. Palmer*, que retrata a importância dos princípios e o seu relacionamento com as regras, *verbis*:

“*Mi propósito inmediato, sin embargo, es distinguir los principios – en el sentido genérico – de las normas, y empezar por reunir algunos ejemplos de los primeros. Los ejemplos que ofrezco son escogidos al azar; casi cualquier caso tomado de*

los archivos de una facultad de derecho proporcionaría ejemplos igualmente útiles. En 1889 un tribunal de Nueva York tuvo que decidir, en el famoso caso de Riggs vs. Palmer, si un heredero designado en el testamento de su abuelo podía heredar en virtud de ese testamento aunque para hacerlo hubiera asesinado al abuelo. El razonamiento del tribunal empezaba por advertir que: ‘Es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos, y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, y si su fuerza y efecto no pueden en modo alguno ni en ninguna circunstancia ser verificados ni modificados, conceden esta propiedad al asesino’. Pero el tribunal continuaba señalando que ‘todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen’. El asesino no recibió su herencia” (DWORKIN, 1989, p. 73).

Por fim, consoante os preciosos ensinamentos de Dworkin, concluímos que os princípios alçados à condição de fundamentos da República Federativa do Brasil²², os objetivos fundamentais da República²³, os direitos fundamentais elencados, bem como os demais princípios vigentes no corpo da Constituição Federal devem ser ponderados conjuntamente à aplicação do disposto no artigo 225 da Lei Maior, que trata especificamente do meio ambiente; pois, *in concreto*, estar-se-á, muitas vezes, diante de conflitos entre tais normas-princípios.

2.6. Os enunciados normativos presentes na norma-matriz da proteção ambiental

Dispõe a Constituição Federal no *caput* do art. 225, integrante do Título da Ordem Social:

“Art. 225. Todos têm direito *ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida*, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as *presentes e futuras gerações*” (grifo nosso).

Insculpidos na Constituição Federal de 1988, no referido artigo 225 destacam-se os seguintes princípios:

a) princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal (*caput* e parágrafo primeiro);

b) princípio da prevenção e precaução (*caput*, § 1º, inciso IV, com a exigência do EIA/RIMA);

c) princípio da informação e da notificação ambiental (*caput* e § 1º, VI);

d) princípio da educação ambiental (*caput* e § 1º, VI);

e) princípio da participação (*caput*);

f) princípio do poluidor pagador (§ 3º);

g) princípios da responsabilidade da pessoa física e jurídica (§ 3º);

h) princípio da soberania dos Estados para estabelecer sua política ambiental e de desenvolvimento com cooperação internacional (§ 1º do artigo 225 combinado com as normas constitucionais sobre distribuição de competência legislativa); e

i) princípio do desenvolvimento sustentado: direito intergerações (*caput*)²⁴.

José Afonso da Silva (1997, p. 31) observa que o dispositivo inserido no *caput* compreende três conjuntos de normas: o primeiro encerra a *norma-princípio*, a *norma-matriz*, a conferir a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O segundo, constituído do parágrafo primeiro e de seus incisos, traz os *instrumentos de garantia e efetividade do direito enunciado no caput* do artigo. Apontando tratem-se de normas que vêm instrumentalizar a eficácia do princípio, integrando-o normativamente, conferem referidas normas ao Poder Público os princípios e os instrumentos fundamentais de

sua atuação para garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por fim, o terceiro conjunto, constituído de normas constitucionais em sentido formal, compreende o disposto nos parágrafos 2º a 6º, que estatuem determinações específicas sobre objetos e setores, os quais requerem a imediata proteção e regulação constitucional dada sua gravidade.

Assim, de plano, faz-se necessário estudar a norma-princípio prevista no *caput* do art. 225, por meio da análise de cada um dos enunciados normativos que a compõem.

2.6.1 Meio ambiente ecologicamente equilibrado: a opção constitucional

O objeto do Direito não é, pois, o meio ambiente em si, ou um meio ambiente qualquer. É, sim, o meio ambiente qualificado de “*ecologicamente equilibrado*” (SILVA, 1997, p. 56).

O significado incorporado no texto constitucional requer a conservação e a salvaguarda dos recursos naturais – pela menção clara a “*equilíbrio ecológico*” – em suas diversas angulações, extravasando as acepções limitadas à paisagem, à ordenação do território e à salubridade do ambiente.

A tutela do ambiente, nessa ótica, como aponta Mateo (1977, p. 84), toma a vertente de *tutela do equilíbrio ecológico*, caracterizando-se por seu caráter sistemático, *verbis*:

“*Lo que caracteriza al ordenamiento ambiental frente a la normativa sectorial previa de carácter sanitario, paisajístico, defensora de la fauna o reguladora de las actividades industriales, es su carácter sistemático (61), en cuanto que la regulación de conductas que comporta no se realiza aisladamente, lo que era la tónica de las intervenciones administrativas que la precedieron, sino teniendo en cuenta el comportamiento de los elementos naturales y las interacciones en ellos determinadas como consecuencia de las actuaciones del hombre*”.

O disposto no artigo 225 da Constituição Federal encerra, sem sombra de dúvidas, normas-objetivo determinantes dos fins

a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade em matéria ambiental para a indução e direção de comportamentos, por meio de políticas públicas, possibilitando, destarte, seja efetivada a ênfase na prevenção do dano ambiental.

Observe-se que normas de conduta e normas de organização, em si, permitem a proteção do ambiente de maneira meramente corretiva, após a realização do dano, sendo, via de regra, irreparável o ambiente lesado e ineficaz a sanção imposta.

As normas-objetivo em sede constitucional-ambiental representam, pelo exposto, a *viabilidade da prevenção do dano ambiental como vértice das políticas públicas dirigidas à preservação do ambiente*.

Exigem as normas-objetivo de ordem ambiental uma *ação positiva* do Estado não apenas no sentido de controlar e intervir nas ações degradadoras do ambiente, mas, especialmente, no sentido da implementação de políticas públicas dirigidas à defesa e preservação do ambiente, assim como uma *ação negativa*, consubstanciada na proibição dirigida ao Estado de praticar ações atentórias ao equilíbrio ecológico ou que coloquem em risco os elementos ambientais, sujeitas, pois, a controle jurisdicional. Evidentemente, também aos agentes privados (sociedade) incumbe-se a preservação e defesa dinâmicas do meio ambiente compreendendo deveres não só de não atentar contra o ambiente (dever de abstenção), como o de impedir que atentados se realizem (dever de ação).

“*La evitación de la incidencia de riesgos es superior al remedio*”. Em sede de princípios de Direito ambiental, não há como escapar do preceito fundamental da prevenção. Essa é e deve ser a palavra de ordem, já que os danos ambientais, tecnicamente falando, são irreversíveis e irreparáveis. Por exemplo, como recuperar uma espécie extinta? Como erradicar os efeitos de Chernobyl? (1977, p. 55)

Desse modo, o uso dos recursos naturais, o manejo de espécies, a restauração de

ambientes degradados, devem não apenas visar à preservação do meio ambiente, mas devem *buscar atingir e manter o equilíbrio ecológico*, o que evidencia *conteúdo preventivo* para a tutela ambiental.

2.6.2. *Sadia qualidade de vida*

Mostra-se evidente que o conteúdo do termo “qualidade de vida” difere entre as sociedades, entre os grupos sociais e, principalmente, tem seu conteúdo alterado ao longo do tempo. Pode-se colocar a *sadia qualidade de vida* como o conjunto de condições objetivas, externas à pessoa, compreendendo qualidade de ensino, de saúde, de habitação, de trabalho, de lazer e, por óbvio, do ambiente, de modo a possibilitar o referido desenvolvimento pleno da pessoa²⁵.

É nessa medida que José Afonso Da Silva coloca a tutela da qualidade do meio ambiente em função da tutela da qualidade de vida, como objeto de proteção jurídica (1997, p. 54). Sua observação é consentânea e harmônica com o expresso no texto constitucional, segundo o qual o meio ambiente ecologicamente equilibrado é elemento essencial à *sadia qualidade de vida* e, portanto, relacionado ao *princípio da dignidade da pessoa humana* e ao *direito fundamental à vida*.

A *sadia qualidade de vida* lembra-nos que a regulação de atividades poluidoras funda-se, também, na garantia do direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição Federal:

“Art. 196. A saúde é *direito de todos e dever do Estado* garantido através de políticas sociais e econômicas que visem à *redução do risco de doença e de outros agravos* e ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (grifo nosso).

Nesse sentido, o direito à proteção integral da saúde da população é sem dúvida de interesse social e, portanto, deve ensejar tutela estatal. Assinala, também, que a regulação de atividades poluidoras funda-se não só em um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF), mas, também,

na garantia do direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição Federal.

2.6.3. Bem de uso comum do povo

A colocação, no texto constitucional, que qualifica o meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo requer breve estudo da classificação de bens corporificadas no Código Civil quanto ao titular do domínio.

Preliminarmente, em uma visão sistêmica, fundamental é distinguir-se as partes do todo, ou seja, não confundir os elementos constitutivos do ambiente com o ambiente como universalidade. É a distinção que Herman Benjamin faz de bem ambiental categorizando-o em macrobem e microbem ambientais (1993, p. 69-).

O ambiente, como “equilíbrio ecológico” e macrobem ambiental, é essencialmente imaterial e incorpóreo, não sendo passível de apropriação ou sobre o qual se possam conferir direitos individuais. Os elementos corpóreos integrantes do meio ambiente têm regime jurídico próprio e estão submetidos à legislação própria. Observe-se que, quando se fala na proteção da fauna, da flora, do ar, da água e do solo, não se busca propriamente a proteção desses elementos em si, mas, sim, deles como elementos indispensáveis à proteção do meio ambiente como bem imaterial, objeto último e principal almejado pelo legislador. Sem diminuir a importância da preservação dos elementos corpóreos – microbens –, deve-se atentar para o fato de que eles são vistos e considerados não em sua individualidade específica, mas como elos fundamentais da imensa cadeia, da grande teia que rege a vida de forma geral (o meio ambiente) (BENJAMIN, 1993, p. 70).

Atentando à qualificação que faz a Constituição de meio ambiente como bem de uso comum do povo, necessário é recorrermos, preliminarmente, às palavras de Clóvis Beviláqua, que afirmava serem os bens, “em relação às pessoas, a quem os bens pertencem”, divididos em *públicos* e *particulares*.

“Os bens públicos, encarados do ponto de vista de sua utilização, podem ser: de uso especial, de uso comum e particular ou dominicais. São de uso comum os administrados pelos poderes públicos, e que podem ser utilizados por quaisquer pessoas, respeitadas as leis e regulamentos (...) Os bens comuns, enquanto conservam esse caráter, são inalienáveis e repelem o usucapião; os de uso especial e os patrimoniais podem ser alienados, de conformidade com as leis que os regulam”²⁶. Entre os bens de uso comum, elencavam-se o mar territorial, os golfos, baías, enseadas e portos; as praias; os rios navegáveis; as estradas e caminhos públicos, excluídas as vias férreas federais, além do que também se classificavam *extra commercium*, por serem de uso inexaurível, como o ar, as águas correntes, quando parte de rios públicos, a luz e o mar alto (1980, p. 208). A abundância desses bens fez que permanecessem inapropriáveis e, nessa lógica, excluídos da tutela jurídica, eis que eventual indenização inseria-se no âmbito do direito subjetivo.

A toda evidência, o termo “bem de uso comum” designa, no texto constitucional, conceito diverso do descrito no Código Civil. Expressa, sim, o caráter difuso da proteção ambiental, pois, não sendo de ninguém, é de todos.

O meio ambiente, como macrobem, é bem público, salienta Herman Benjamin, não porque pertença ao Estado (pode até pertencê-lo), mas porque se apresenta no ordenamento, constitucional e infraconstitucional, como “direito de todos”. É bem público em sentido objetivo e, não, subjetivo (1993, p. 66). Por sua natureza e pelos elementos que engendra, prematuro é, entretanto, categorizar o bem ambiental no âmbito de “dominialidade coletiva”.

A noção de domínio, mesmo na modalidade coletiva, pressupõe o conceito de direito subjetivo a amarrar o bem ambiental à perspectiva individualizante, contrariando as construções doutrinárias até agora firmadas no campo dos interesses difusos²⁷.

A titularidade dos elementos constitutivos do ambiente – microbens ambientais –,

assim como o feixe de interesses que lhe são correlatos, não interferem na fruição do bem ambiental como bem de uso comum do povo. Em seu aspecto patrimonial, pode ser objeto de direitos de propriedade ou de outros direitos reais. Como bem ambiental, é objeto de interesses difusos, ensejando o dever de intervenção pelo Poder Público e pela coletividade para sua defesa e preservação.

A propósito da qualificação do bem ambiental, o Professor José Afonso da Silva (1997, p. 56) aponta tendência da doutrina italiana na configuração da categoria dos *bens de interesse público*, na qual se inserem tanto bens pertencentes a entidades públicas como bens de sujeitos privados subordinados a um peculiar regime jurídico relativo a seu gozo e disponibilidade, assim como a um particular regime de polícia, de intervenção e de tutela pública. Como tal, são dotados de regime jurídico especial, porque essenciais à sadia qualidade de vida e vinculados, assim, a fim de interesse coletivo. O proprietário, seja pessoa pública ou particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu talante, porque ela não integra sua disponibilidade.

Assim, a categorização de bem de uso comum do povo posta no texto constitucional vincula a fruição dos elementos integrantes do conjunto ambiental não somente à sua utilização racional, mas ao respeito à função social da propriedade.

Logo, o princípio da propriedade privada assegurado como direito fundamental (art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal) deve ser interpretado em harmonia com o princípio de que a propriedade atenderá a sua função social no que tange à proteção do meio ambiente ecologicamente em equilíbrio, pois, sendo bem de uso comum do povo, há cristalina restrição à iniciativa privada por atos do Poder Público.

2.6.4 Poder Público

O texto do artigo 225, *caput*, da Constituição impõe ao Poder Público o dever de defesa e proteção do meio ambiente – assim como à coletividade. A referência a “poder

público” ressalta a *participação de todos os entes federados* na proteção do meio ambiente.

Assim, União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm competência comum para defender e preservar o meio ambiente (art. 23, III, IV, VI e VII), elaborando diretrizes e implementando políticas públicas dirigidas a esse fim, que serão melhor detalhadas nesse trabalho na PARTE III, ao se tratar das competências ambientais dos entes federados na Constituição de 1988.

2.6.5 Participação popular

A participação popular da sociedade civil é condição essencial para a plena eficácia das normas de proteção ao meio ambiente. Há que ressaltar que *o conceito de meio ambiente* se destaca por ter abrangência peculiar, conforme já visto, incluindo os aspectos do *meio ambiente natural*, a biota, a flora, a fauna, os ecossistemas, o solo, o ar, a água; *meio ambiente artificial*, espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações e dos equipamentos públicos, ruas, praças, áreas verdes; *meio ambiente cultural*, patrimônio histórico, estético, turístico e paisagístico, entre outros.

Carlos Roberto Siqueira Castro (1992, p. 67) traduz com precisão essa imprescindível relação do Direito com a sociedade: “Somente quando interligarem a lei e a sociedade num amálgama de vontade política decididamente reorientadora do processo de desenvolvimento, poder-se-ão atingir as metas ecológicas em benefício da humanidade e da geografia econômica do Planeta.”

A Constituição não está indiferente a essa necessidade da sociedade alicerçada na democracia. Assim, encontramos lúcida disposição da Constituição brasileira em inserir a participação coletiva na gestão ambiental. Ressaltamos que nos referimos não a qualquer tipo de participação, mas à participação nos processos legislativos e administrativos, bem como na proteção judicial ambiental.

O artigo primeiro da Carta de 1988 consagra a *cidadania* como fundamento do Es-

tado *Democrático* de Direito, instituído pela Assembléia Nacional Constituinte, conforme o preâmbulo ressalta, destinado a assegurar o bem-estar, o desenvolvimento e o exercício dos direitos individuais e coletivos, entre outros.

No artigo 5º, podemos enumerar diversos meios assecuratórios da participação nas decisões administrativas, tais como: o *direito à informação*, como forma de assegurar a conseqüente manifestação do pensamento; o *direito de petição*, que garante que o cidadão receba dos órgãos públicos informações necessárias para defesa de seus direitos ou contra ilegalidade e abuso de poder; *direito de certidão* (visa à obtenção de certidões para defesa de direitos ou esclarecimento de situações). Há, por fim, o *direito de receber, dos órgãos públicos, informações de interesse particular, coletivo ou geral* no prazo legal, salvo quando ocorrer necessidade de sigilo imprescindível à segurança do Estado e da sociedade.

O constituinte não facultaria ao cidadão tamanho leque de acesso às informações se não fosse para que esse pudesse participar e se expressar. O direito à informação constitui base para o direito à participação, visto que sem esta jamais poderá o indivíduo formar opinião e se manifestar ou, até mesmo, intervir, por meio do Poder Judiciário.

Ainda nesse tema do direito à informação, temos o inciso IV do artigo 225, que trata do Estudo de Impacto Ambiental e exige a *publicidade* do EIA/RIMA, como forma de garantir a efetiva participação da sociedade nos precessos de licenciamento de atividades ou obras que modifiquem o meio ambiente.

Portanto, a imposição, à coletividade, do dever de defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, em atuação comum com o Poder Público, institucionaliza a participação popular como elemento integrante das políticas públicas ambientais, em sua definição, gestão e fiscalização.

A participação popular engendra numerosas indagações, especialmente como alternativa – não-excludente – para a demo-

cracia representativa. Coloca em causa, também, a distinção entre Estado e sociedade civil²⁸, distinção essa que, progressivamente, tem seu sentido alterado – não apenas em virtude da relevância que toma a democracia participativa, mas, principalmente, pelas crescentes atuações de substituição e compensação das disfunções dos mecanismos de mercado. A institucionalização da participação popular representa, ademais, medida compensatória da crise de legitimação que sofre o Estado, além de, economicamente, reduzir os custos da administração.

A defesa e a preservação do meio ambiente, pela via participativa, compreende, além das formas acima citadas, inseridas no campo da formulação e da execução de políticas públicas, a participação no processo legislativo, por meio da iniciativa popular na apresentação de projetos de leis complementares ou ordinárias, em todos os níveis, por certo número de cidadãos, e, finalmente, a participação, por meio do Poder Judiciário, pelas vias processuais previstas²⁹.

Em âmbito mais abrangente, o dever de preservação e defesa do ambiente, imposto à coletividade, revertido em direito de participação, traz como correlato o direito à informação – qualitativamente satisfatória – sobre dados ambientais, mantidos não apenas pelos órgãos ambientais estatais, como também pelos agentes econômicos envolvidos na utilização de recursos naturais, uma vez que o ambiente constitui bem de uso comum do povo.

Em 1986, o Congresso Nacional Americano aprovou o SARA (*Superfund Amendments and Reauthorization Act*), em resposta ao acidente ocorrido na Índia, em Bhopal. Nessa catástrofe, um gás tóxico vazou de um complexo industrial e matou mais de 1.000 pessoas. O Título III do diploma legislativo SARA é também conhecido como *Emergency Planning and Community Right to Know Act*, nele está consagrado o direito da população de saber quais produtos químicos estão armazenados nas suas comuni-

dades. Essa importante parte do SARA também exige que os Governos Estaduais e Locais instituíam Comissões que identifiquem as substâncias químicas perigosas existentes naquela comunidade e planejem qual atitude a ser adotada caso ocorra um vazamento de substâncias tóxicas.

O autor americano John Pendergrass (1996, p. 50-51), ao tratar da proteção ambiental nos Estados Unidos da América, destaca a importância do Direito de Saber da Comunidade consubstanciado no Título III do SARA, *verbis*:

“O Direito de Saber da Comunidade

Dentro do SARA, o congresso adotou um programa novo independente, requerendo que as companhias que usam substâncias perigosas notifiquem as comunidades vizinhas de suas operações sobre qualquer substância perigosa utilizada, armazenada ou liberada no local. Esse estatuto, título III do SARA ou do Ato de Direito de Saber da Comunidade e Planejamento Emergencial (EPCRA – *Emergency Planning and Community Right to Know*), é baseado em dois termos, a contribuição com o planejamento de emergência e acesso público à informação sobre uso, armazenamento e liberação de químicos tóxicos na comunidade” (1996, p. 66).

Em suma, a participação da sociedade na esfera pública ambiental, transcendendo os estritos limites da democracia formal, possibilita a plena eficácia das normas de proteção do meio ambiente, constituindo um pressuposto para a defesa do meio ambiente.

2.6.6. *Presentes e futuras gerações*

Klaus Töpfer (1992, p. 1), em discurso pronunciado durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, no dia 3 de junho de 1992, afirmou, em clara alusão ao aspecto da solidariedade entre gerações, *verbis*:

“‘Somos um mundo só’ – eis a mensagem que muitas crianças na Alemanha me encarregaram de transmitir a esta conferência sobre meio ambiente e desenvolvimento no Rio de Janeiro.

Esta mensagem nos impõe uma obrigação. Para garantirmos aos nossos filhos e netos, neste mundo, um futuro que valha a pena ser vivido teremos de agir em termos de uma parceria global. Para tanto, é imprescindível uma mudança de atitude no mundo todo e, especialmente para nós, do Norte, uma mudança de rumo. Sabemos que, como países industrializados, estamos incumbidos de uma particular responsabilidade.

Assumimos esta responsabilidade, considerando os danos que nossas sociedades causaram ao meio ambiente global e ainda em função das nossas possibilidades tecnológicas e financeiras.

O que não solucionamos hoje deixará uma pesada carga aos nossos filhos e às gerações futuras. Este contrato entre as gerações nos obriga. Portanto, conhecedores dos inúmeros problemas e tarefas, das diversas responsabilidades e interesses, não podemos cair na resignação. Muito pelo contrário, precisamos de otimismo realista para, juntos, enfrentarmos os problemas urgentes do subdesenvolvimento e da pobreza, da exploração predatória de recursos e da destruição da natureza”.

Assim, “a preservação ambiental para as presentes e futuras gerações” está intimamente ligada ao espírito da solidariedade que caracteriza os direitos a ações positivas do Estado³⁰, vistos sob o prisma intertemporal.

Em outro enfoque, Warat (1994, p. 101) relaciona a solidariedade ecológica com o dever de cuidado e com a cidadania, *verbis*:

“Chegamos, assim, ao amor como cuidado. O amor é sempre uma forma de cuidado. Amamos a vida quando

a cuidamos; *encontramos a solidariedade quando cuidamos do outro*; desenvolvemos nossa subjetividade quando cuidamos para que nosso desejo não caia prisioneiro de nenhum objeto. Resumindo: podemos estabelecer algumas garantias para a continuidade da vida aprendendo a não sermos maltratados. A pedagogia que transmita cuidados ao invés de verdades.

A 'prática do cuidado' é uma forma de forçar o poder para que encontre limites com os quais deva negociar. A dimensão política do cuidado passa pela necessidade de dizer não ao poder que nos maltrata. Impondo-lhes limites, buscando por todos os meios evitar que fiquemos atados por uma estrutura cesarista. Por aqui passa o sentido estrito da palavra cidadania: o controle do limite, o que parece essencialmente antagônico com as práticas 'delegatórias da democracia'. Por aqui começa o sentido mais amplo de cidadania como uma forma solidária de encontrar-se, autônomo, frente à lei, de exigir cuidado público da vida. A cidadania como uma questão ecológica e de subjetividade: o mundo e o outro como limite que me constitui autônomo" (grifo nosso).

Portanto, os enunciados normativos presentes na norma-princípio do art. 225 da Constituição Federal possuem rico domínio normativo, conforme visto, exigindo do intérprete uma visão sistêmica do conjunto.

Ademais, em face do princípio da unidade da Constituição, faz-se necessária a análise do princípio da proteção ambiental visto não só no art. 225, mas também como um dos princípios que regem a Ordem Econômica constitucional.

(Fim da primeira parte.
Continua na próxima edição)

Notas

¹ Discurso de posse do Ministro Marco Aurélio no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal, em 31 de maio de 2001. Disponível em: http://pyxis.stf.gov.br/oracle_noticias/ler.asp?CODIGO=10610. Acesso em 1 jun. 2001.

² Discurso proferido no Quinto Congresso Internacional de Direito Ambiental realizado em 04/06/2001, em São Paulo. Disponível em: http://www.stj.gov.br/stj/noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticia=3761. Acesso em 10 jul. 2001.

³ Lei de Bases do Ambiente de Portugal (Lei nº 11/87, de 7 de abril) (*apud* MUKAI, 1994, p. 5).

⁴ Lei nº 11/87 (Lei de Bases do Ambiente, lei ambiental portuguesa de 07/04/1987). A Constituição Portuguesa, desde a sua versão originária de 1976, inclui o ambiente no elenco dos direitos e deveres fundamentais dos cidadãos, fazendo parte do Título que dedica aos direitos e deveres econômicos, sociais e culturais.

⁵ Toshio Mukai (1994, p. 5), *verbis*: "Portanto, para Giannini inexistente uma noção unitária de ambiente, posto que este pode ser considerado como paisagem (noção cultural), como bem sanitário ou, ainda, como ordenamento do território (noção urbanística)".

⁶ Em nota de rodapé de nº 34, afirma: "*No podría precisar de cuál de los idiomas procede, aunque me inclino a creer que tiene origen latino*".

⁷ Nesse diapasão, é significativo o primeiro princípio da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), *verbis*: "Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza".

⁸ Johannes van Aggelen (In: TRINDADE (Ed.). 1995, p. 276) assinala, *verbis*: "*In a submission to UNCED, I have defended that at least at the regional level a general right to environmental protection has been recognized. Art. 24, of the African Charter on Human Rights and Peoples' Rights, adopted in Banjul, Gambia on 20 June 1981, states: All peoples shall have the right to a general satisfactory environment favourable to their development. In addition, the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights, in article 11, para. 2 provides: 'The States Parties shall promote the protection, preservation and improvement of the environment'. Moreover, the Declaration of Fundamental Rights and Freedoms adopted by the European Parliament in April 1989 confirms a fundamental right to environmental protection in the form of an obligation on the Community Institutions to take all necessary measures to assure the preservation, protection and improvement of the quality of the environment*".

⁹ Sobre as "gerações" dos direitos fundamentais, ver Paulo Bonavides (1996, p. 516-524). Em

termos apertados, os direitos de primeira geração relacionam-se com o liberalismo e correspondem aos direitos de liberdade, aos direitos individuais, aos direitos negativos; a segunda geração de direitos relaciona-se com a social-democracia do fim do século XIX, correspondendo aos direitos sociais, econômicos e culturais; direitos a prestações do Estado, direitos à igualdade social e direitos positivos; a terceira geração de direitos surge a partir da consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, que exige a fraternidade, para a proteção do gênero humano, correspondendo ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à paz, ao patrimônio comum da humanidade.

¹⁰ O termo ideologia aqui está sendo usado no sentido dos chamados “princípios estruturantes” de Canotilho que influenciam todas as outras normas constitucionais (1993, p. 180), *verbis*: “Existem, em primeiro lugar, certos princípios designados por princípios estruturantes, constitutivos e indicativos das idéias directivas básicas de toda a ordem constitucional”.

¹¹ Nos termos do art. 170, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, *verbis*: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI – defesa do meio ambiente”.

⁴³ Eros Roberto Grau (1994, p. 248) assinala, *verbis*: “Entre nós, a defesa do meio ambiente constitui princípio da ordem econômica (Constituição de 1988, art. 170, IV). Dotado de caráter constitucional conformador, justifica a reivindicação pela realização de políticas públicas. A Constituição desde logo, especialmente em seu art. 225 e parágrafos – mas também nos seus arts. 5º, LXXIII; 23, VI e VII; 24, VI e VIII; 129, III; 174, § 3º; 200, VIII e 216, V – a ele confere concreção. A Constituição, destarte, dá vigorosa resposta às correntes que propõem a exploração predatória dos recursos naturais, abroqueladas sobre o argumento, obscurantista, segundo o qual as preocupações com a defesa do meio ambiente envolvem proposta de retorno à barbárie. O Capítulo VI do seu Título VIII, embora integrado por um só artigo e seus parágrafos – justamente o art. 225 –, é bastante avançado. Sob o despertar da consciência ambiental está depositada a certeza de que o crescimento econômico a qualquer preço não significa autêntico desenvolvimento econômico, propiciando apenas, quando muito, benefícios a curto prazo, porém acarretando gravíssimas conseqüências a médio e longo prazos”.

¹³ Calsamiglia, em esclarecedora passagem na introdução da obra de Ronald Dworkin (1989, p. 13), assinala que “*El positivismo hartiano sostiene que en los casos difíciles no existe respuesta correcta previa a la decisión del juez, que tiene un marcado*

carácter discrecional. Dworkin atacará la teoría de la función discrecional de los jueces enunciando la tesis de la respuesta correcta”.

¹⁴ Na obra *Los derechos en serio*, versão em espanhol de sua consagrada obra *Taking rights serious*, o catedrático de Oxford faz distinção entre “*principles*” (“*principios*”) e “*policies*” (“*directrices políticas*”). Ele denomina “*policies*” os “*standards*” que visam alcançar objetivos que resultem em melhoria de vida para a coletividade, geralmente atinentes a aspectos econômicos, políticos ou sociais. E com o termo “*principles*”, ele designa os “*standards*” que devem ser observados não porque produzem ou conservam situações referentes àqueles aspectos econômicos, políticos ou sociais, mas em virtude de eles (“*principles*”) constituírem exigência de justiça, de equidade ou de qualquer outra dimensão moral. Exemplificando, segundo Dworkin, o “*standard*” que diz que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma “*policy*”; enquanto o “*standard*” que estabelece que ninguém deve tirar vantagem de seu próprio ilícito é um “*principle*”. Em resumo, “*principle*” (conceito de princípio em sentido restrito) refere-se a direitos individuais e “*policy*” diz respeito a bens coletivos (políticas públicas que visam a assegurar o bem da coletividade) (DWORKIN, 1989, p. 72-).

¹⁵ Inocêncio Mártires Coelho, ao afirmar que, segundo o critério de Ronald Dworkin, a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica, assinala, com precisão: “No âmbito da aplicação dos princípios, não se faz necessária a formulação de regras de colisão porque essas espécies normativas, por sua natureza, finalidade e formulação, como que não se prestam a provocar conflitos – no máximo criam estados de tensão – nem estão subordinadas à lógica do tudo ou nada” (COELHO, 1997, p. 81).

¹⁶ Pontes de Miranda criou a expressão “suporte fático” para traduzir o vocábulo técnico germânico “*Tatbestand*”. Outros usam com o mesmo significado os termos “pressupostos de fato”, “suposto de fato”. Os juristas italianos utilizam o termo “*fattispecie*”, que é aglutinação da expressão latina medieval “*species facti*”. E “*species*” é o correspondente latino de “*fatespécie*”. “*Tatbestand*”, como termo jurídico, é bastante amplo e abrange todo e qualquer fato previsto pelas normas (1972, p. 3).

¹⁷ Dworkin (1989, p. 74-75), *verbis*: “*La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser*

aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión".

¹⁸ O exemplo de Dworkin relativo à servidão civil há de ser ponderado, no quadro do nosso direito positivo, nos termos do art. 562 do Código Civil, *verbis*: "Art. 562. Não constituem servidão as passagens e atravessadoiros particulares, por propriedades também particulares, que se não dirigem a fontes, pontes, ou lugares públicos, privados de outra serventia".

¹⁹ O princípio é só perfil da solução, não a própria solução.

²⁰ Esser classifica os princípios em normativos e informativos (1961, p. 94-117).

²¹ Observe-se que, diante do nosso direito positivo, a questão se resolve mediante a aplicação da regra do art. 1.595, I, do Código Civil.

²² Cumpre notar que a regra *lex posteriori derogat legi priori* nem sempre foi nesse sentido. No período em que a religião e o direito formavam um todo indissociável, hierarquizou-se a lei antiga em detrimento da lei nova. Consoante ensinamento de Fustel de Coulanges (1929, p. 301), no início, a lei era imutável, por divina. Deve notar-se que nunca se revogavam as leis. Podiam-se fazer leis novas, mas as antigas subexistiam sempre, por maior que fosse a contradição que houvesse entre elas. O Código de Dracon não ficou abolido pelo de Solon, nem as Leis Reais pelas Doze Tábuas.

²³ O art. 1º da Constituição de 1988 estatui *verbis*: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

²⁴ O art. 3º da Constituição de 1988 estatui *verbis*: "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

²⁵ José Afonso da Silva (1997, p. 36-), Paulo Afonso Leme Machado (1994, p. 34-), Paulo de Bessa Antunes, (1990, p. 75-), Antonio Herman Benjamin (1993, p. 226-), Ramón Martín Mateo (1991, p. 32-).

²⁶ Miguel Reale observa que não se pode reduzir o indivíduo à sociedade ou ao Estado, ou diluí-lo no *processus* objetivante da história, de um lado, ou

limitá-lo a sua subjetividade desconsiderada do âmbito social de vivência de outro. Reale aponta, mais que sua própria história. Miguel Reale arremata: "e note-se que o futuro não se atualiza como pensamento, para inserir-se no homem como ato – caso em que deixaria de ser futuro –, mas se revela em nosso ser como *possibilidade, tensão*, abertura para o projetar-se intencional de nossa consciência, em uma gama constitutiva de valores". Assim, pelo pensamento de Miguel Reale, o ser pessoa, integral e plena, depende do devir, em formação contínua e criadora, *mutatis mutandi*, a sadia qualidade de vida constitui-se conceito mutável adequável às novas conquistas humanas (1963, p. 65-71).

²⁷ Clóvis Beviláqua (1980, p. 193-194). Cumpre observar que o próprio Beviláqua, no seu *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* (1975, p. 300), apontou que a inscrição original para o Capítulo dos Bens era *Dos bens em relação às pessoas*, tendo sido suprimido pelo Senado em face de críticas de alguns juristas à classificação dos bens que toma por base as pessoas, a que os mesmos pertencem (Planol, Teixeira D'Abreu). Beviláqua repele a crítica, ponderando ser a classificação feita "não do ponto de vista dos proprietários, mas do ponto de vista do modo pelo qual se exerce o domínio sobre os bens".

²⁸ Sobre a temática dos interesses difusos, vide: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, especialmente p. 59-109.

²⁹ Para detida análise das acepções do termo "sociedade civil", ver: BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 33-52.

³⁰ Para aprofundamento das formas de participação popular por meio do Poder Judiciário, ver: MILARÉ, Édís. *Legislação ambiental e participação comunitária*. *Revista dos Tribunais*, n. 651, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 30-33.

³¹ Assim, conforme afirma Jorge Miranda, se os direitos de defesa "são direitos de libertação do poder", os direitos a ações positivas do Estado "são direitos de libertação da necessidade" – o âmbito dos primeiros é configurado pela "limitação jurídica do poder", o conteúdo irreduzível destes últimos é a "organização da solidariedade" (1988, p. 98).

Bibliografia

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*: um tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

- AGGELEN, Johannes van. The right to life and environmental protection: preliminary reflections. In: TRINDADE, Antônio Augusto C. (Ed.). *Direitos humanos, desenvolvimento sustentável e meio ambiente*. San José: IIDA, 1995 (Coletânea).
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Interpretação. A juris*, v. 16, n. 45, p. 7-20, mar. 1989.
- ALEXANDRE KISS, "Sustainable Development and Human Rights", *Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente*. San José: IIDH, editada por Antônio Augusto Cançado Trindade, 1995.
- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução de Miguel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1989.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Instalação de Assembléia Nacional Constituinte*. *Revista de Informação Legislativa*, ano 24, n. 93, jun./mar. 1987.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.
- BENJAMIM, Antônio Herman V. Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente. In: FIGUEIREDO, Guilherme J. Purvin de (Coord). *Temas de direito ambiental e urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- _____. *Função ambiental*. In: _____. *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. *O princípio do poluidor pagador e a reparação do dano ambiental*. In: _____. *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*. Tradução de Francisco M. Guimarães, Petrópolis: Vozes, 1973.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. revista e ampliada por Caio Mario da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Fernando Alves, 1980.
- _____. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1975.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Paris: Librairie Générale de Droit et da Jurisprudence, 1966.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra: Coimbra, 1982.
- _____. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. *Proteção do ambiente e direito de propriedade: crítica de jurisprudência ambiental*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- CARRIO, Genaro R. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.
- CARVALHO NETO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição. *Fórum Administrativo*, ano 1, n. 1, mar. 2001.
- CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O direito ambiental e o novo humanismo ecológico*. *Revista Forense*, v. 317, 1992.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.
- DINAMARCO, R. Cândido. *O poder judiciário e o meio ambiente*. *Revista dos Tribunais*, n. 631, ano 77, p. 24-28, maio, 1988.
- DOTTI, René Ariel. *Enciclopédia saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.
- EASTON, David. *A framework for political analysis*. New Jersey: Prentice Hall, 1965.
- ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. [S.l.] Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.

- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Casa Bosch, 1961.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. Atlas, 1996.
- _____. A validade das normas jurídicas. *Revista Seqüência*, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, n. 28, 1994.
- FUSTEL DE COULANGES. *A cidade antiga*. Tradução de Souza Costa. Lisboa: Livraria Clássica, 1929.
- GARMENDIA, José. *Dicionário de ciências sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- _____. *Proteção do meio ambiente: caso do parque do povo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 83, n. 702, p. 247-260, abr. 1994.
- HÄRBELE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- HASSEMER, Winfried. *O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei*. *AJURIS*, n. 36, [s.d.].
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional: selección*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. O papel do juiz na defesa do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, n. 19, ano 5, jul./set. 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Tradução João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1987.
- KISS, Alexandre. Sustainable development and human rights. In: TRINDADE, Antônio Augusto C. (Ed.). *Direitos humanos, desenvolvimento sustentável e meio ambiente*. San José: IIDA, 1995.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- _____. *La filosofía contemporánea del derecho y del Estado*. Tradução de E. Galán Gutiérrez e Truyol Serra. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.
- _____. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Tradução de Luiz Diez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo. *Introdução ao pensamento e à obra jurídica de Karl Larenz*. Livraria do Advogado, Porto Alegre: 1995.
- LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- _____. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. *Seqüência*, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, n. 28, 1994.
- _____. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UnB, 1980.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Estudos de direito ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. *Direito ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MATEO, Ramón Martín. *Derecho ambiental*. Madrid: Instituto de Estudio de Administración Local, 1977.
- _____. *Tratado de derecho ambiental*. Madrid: Trivium, 1991.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, n. 122, abr./jun. 1994.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra, 1987.
- _____. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1988. t. 4.
- MIRRA, Álvaro Luiz V. A defesa do meio ambiente em juízo: o papel das associações e o problema dos resíduos nucleares e perigosos. *Revista dos Tribunais*, n. 645, n. 78, p. 41-44, 1999.
- _____. Fundamentos do direito ambiental no Brasil. *Revista dos Tribunais*, v. 706, 1994.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.
- NALINI, José Renato. Magistratura e meio ambiente. *LEX: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, n. 83, ano 8, p. 9-21. jul. 1996.
- NECKER, Tyll. A responsabilidade ecológica dos empresários. In: *BONUS, Holger A política ambiental da Alemanha a caminho da agenda 21*. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1992. [Traduções n. 2].

- PAGANO, Michael; BOWMAN, Ann. The state of american federalism: 1994-1995. *Journal of Federalism*. Easton: Meyner Center for the Study of Federalism, v. 25, n. 3, 1995.
- PARSONS, Talcott. *The social system*. Glencoe: Five, 1951.
- PENDERGRASS, John. Direito ambiental nos Estados Unidos da América. *Revista de Direito Ambiental*, ano 1, jan./mar. 1996.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Treatado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Bosch, 1972. t. 4.
- PRADO, Luiz Regis. A tutela constitucional do ambiente. *Unimar*, ano 10, n. 12, 1992.
- RANGEL, Paulo Castro. *Concertação, programação e direito do ambiente*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- REALE, Miguel. O poder na democracia. In: _____. *Pluralismo e liberdade*, São Paulo: Saraiva, 1963.
- _____. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963.
- SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. O direito ambiental e a participação da sociedade. *Revista de Direito Ambiental*, ano 1, n. 3, jul./set. 1996.
- SANCHES, Sydney. *O poder judiciário e a tutela do meio ambiente*. *Revista de Processo*, n. 50, ano 13, abr./jun. 1998.
- SANCHIS, Luis Prieto. *Sobre principios y normas problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- TÖPFER, Klaus. Solidariedade e responsabilidade global pelo meio ambiente e pelo desenvolvimento. In: BONUS, Holger. *A política ambiental da Alemanha a caminho da agenda 21*. Konrad-Adenauer-Stiftung, 1992. [Traduções n. 2].
- WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito—alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes. *Seqüência*, set. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, n. 29, 1994.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespasla. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

A proteção da confiança nas relações obrigacionais

José Gustavo Souza Miranda

Sumário

Introdução. 1. O fundamento do dever de indenizar. 1.1. O dever de indenizar com fundamento na culpa e outras teorias. 1.1.1. Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva. 1.2. O dever de indenizar e o fundamento da quebra da confiança. 2. Manifestações da teoria da confiança nas obrigações. 2.1. *Venire contra factum proprium*. 2.2. *Culpa in contrahendo*. 2.3. *Suppressio e surrectio*. 2.4. *Exceptio doli*. Conclusão.

Introdução

É cada vez mais freqüente, no Direito brasileiro, que livros, artigos ou mesmo decisões judiciais façam menção ao princípio da boa-fé e ao princípio da confiança. Esse fato desperta-nos o desejo de aclarar o sentido e a real potencialidade de tais princípios no âmbito das obrigações. Tem crescido o número de juristas que escrevem a respeito do princípio da boa-fé, mas poucos autores, em nosso país, dedicam-se a dar um enfoque mais direto ao princípio da confiança. É com o intento de trazer uma singela contribuição, ainda que reconhecendo a dificuldade do tema, que nos propomos a estudar “A Proteção da Confiança nas Relações Obrigacionais”.

A importância da confiança para o mundo jurídico remonta ao direito romano, ou mesmo antes. Em Roma, a *fides* era reconhecida como elemento indissociável de alguns institutos. Todavia, a teorização do fenômeno jurídico é recente. Segundo Menezes Cor-

deiro, foi só no final do século retrasado que o princípio da confiança começou a ser estudado (1984, p. 1235). Inicialmente, Eugen Huber dedica-se a estudar o instituto do direito germânico conhecido como *Gewere*¹. Os estudos iniciais dirigiam-se mais à questão da aparência gerada por um ato praticado perante a coletividade e às conseqüências jurídicas desse fato, uma espécie de “posse de direitos”.

Da posse de direitos, cuja romanização é atribuída a Finzi (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 1235), até a formatação atual da teoria, passou-se por diversos estágios. Entre as muitas e mais variadas posições sobre o tema, devemos destacar as concepções de Moritz Wellspacher, Hermann Eichler e Niklas Luhmann.

Para Wellspacher, tem relevância o “fato externo”. Se esse fato externo constitui a forma de manifestação de um determinado direito, relação ou momento juridicamente relevante, seja em função da lei ou dos usos e costumes do tráfico, é cabível a proteção àquele que pautou sua conduta com base (com confiança) nesse fato externo (Apud MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 1236).

Aliás, um assunto que tem relação com o presente estudo é a discussão em torno da forma como deve-se dar a interpretação da vontade: o que vincula uma determinada pessoa é o que ela quer interiormente ou é aquilo que as pessoas concluem ser a sua vontade a partir da conduta exercida por essa mesma pessoa? Para responder a tal questionamento, precisamos lembrar, ainda que sucintamente, os pontos principais da “teoria da vontade” e da “teoria da declaração”.

Teoria da vontade (real) – Para Savigny, os efeitos jurídicos da vontade são relativos ao “querer individual”, enquanto a declaração é mero revelador dessa vontade. Logo, diante do erro, viciado está o negócio, pois a vontade real não existiu. O grande dilema em relação a essa teoria é que, muitas vezes, a declaração aparenta uma situação normal, fazendo com que as demais pessoas reajam

de acordo com essa exteriorização, ficando, por conseqüência, vulneráveis (RODRIGUES, 1959, p. 21-22, 45). Protege-se o declarante, a despeito de eventuais prejuízos causados aos destinatários da declaração.

Teoria da declaração – Reagindo contra a teoria da vontade, surge a tese de que a relevância jurídica está na declaração e não na vontade, no querer interior. É a teoria da declaração, que visa proteger o destinatário. A declaração separa-se da vontade do declarante e produz, por si só, efeitos jurídicos. É possível fazer-se analogia com o que ocorre em relação à lei, após sua publicação: a lei desprende-se da vontade do legislador, produzindo efeitos de forma independente (Idem, *ibidem*, p. 22-23).

A Teoria da Confiança não se encaixa perfeitamente no esquema da teoria da declaração, embora dela muito se aproxime. Cláudia L. Marques aponta a Teoria da Confiança (*Vertrauenstheorie*) como um abrandamento da Teoria da Declaração, no sentido de se dar maior valor à vontade declarada do que à vontade interna, tendo em vista a segurança das relações contratuais e os efeitos do contrato na sociedade (1992, p. 52, 63). O ponto a destacar, que é de vital importância, é o aspecto da proteção que o Direito reconhece à “confiança”. Não se trata de proteger o destinatário, mas sim a segurança do tráfico. Aliás, ambas as teorias acima citadas preocupam-se em dar proteção ao indivíduo, seja o declarante, seja o destinatário da declaração. A teoria da confiança visa a proteção de interesses de transcendem o indivíduo e por isso temos de ter cuidado ao compará-la com a teoria da declaração (p. 63). Esse ponto será abordado novamente em outras partes do presente estudo, mas, desde já, devemos ressaltar tal aspecto particular da teoria da confiança para evitar confusões.

Outro ponto que a faz diferente da teoria da declaração é que não se exclui por completo a vontade do indivíduo. Há lugar para valoração dessa vontade. Somente quando existem conflitos entre vontade real e decla-

ração, e desde que a proteção à vontade real venha a afetar a segurança do tráfico, é que predomina a declaração (MIRANDA, 1983, p. 29). Em outras palavras, ao lado da autonomia da vontade, existe o princípio da confiança como gerador de obrigações (p. 29). Essa é a opinião de Verena N. Becker, uma das primeiras juristas gaúchas a tratar de tais temas:

“Assim, enquanto em muitas hipóteses alguém se obriga porque quis obrigar-se, manifestando expressa ou tacitamente esta vontade negocial, em outras, pode alguém obrigar-se porque se conduziu de forma tal que outrem desta conduta depreendeu uma vontade negocial e nela confiou. Na primeira hipótese vontade negocial existe, e o fundamento da vinculação é o princípio da autonomia da vontade; na segunda, vontade negocial de fato não pode existir, mas um vínculo jurídico se estabelece baseado no princípio da proteção à confiança. (Decisiva não é a vontade interior do agente, mas sim, de como sua conduta é valorizada pelos usos e costumes e concepções dominantes do tráfico)” (1973/1974, p. 32).

Na concepção de Eichler, que não discrepa da noção de Wellspacher, há uma aproximação entre a confiança e a lealdade contratual. Assim, a confiança estaria incluída na regra universal da boa-fé, concluindo-se que desde a fase pré-negocial é imprescindível o respeito às situações de confiança criadas; situações essas que são consideradas objetivamente, cotejando-as com aquilo que é costumeiro no tráfico. Importante notar que Eichler, embora faça uma aproximação entre confiança e boa-fé (como preceito ético), não deixa dúvidas ao afirmar que essas raízes éticas não remetem o exame da confiança para o foro íntimo. A análise é objetiva, com base nos usos e costumes do tráfico (Cf. ME-NEZES CORDEIRO, 1984, p. 1240-1241).

Luhmann apresenta uma visão mais sociológica do tema, dissertando sobre a im-

portância da confiança para o relacionamento entre os indivíduos. Segundo ele, é normal que o agir de determinada pessoa venha a gerar esperança em outras, pois há uma tendência ao surgimento de efeitos jurídicos favoráveis; contudo, não se pode confundir a esperança com a confiança. Essa última constitui, para o indivíduo, a base de um comportamento. É a partir desse comportamento que foi gerado em função da confiança na conduta alheia, somado à quebra dessa mesma confiança, que surge o dano. Acrescenta ainda que, para a coletividade, a quebra da confiança é extremamente prejudicial, pois, pela contrariedade aos usos e costumes, fere-se o convívio social e não apenas o interesse do indivíduo (ME-NEZES, 1984, p. 1242).

A tese de Luhmann, especialmente o aspecto do “prejuízo social”, é valiosa para que se entenda o papel da teoria da confiança no direito das obrigações. Se a proteção da confiança dirige-se, mediatamente, à segurança do tráfico, ela transcende a interesses individuais. A preponderância da segurança do tráfico em relação à segurança do indivíduo é expressão da escolha pela circulação de riquezas contra a sua “conservação estática” (Idem, *ibidem*, p. 1247), que se manifesta tanto na legislação, quanto na jurisprudência.

É importante que tenhamos em mente esse aspecto, pois hoje discute-se muito a relação entre “público” e “privado”, o relacionamento entre as duas áreas e a linha divisória entre uma e outra. Se nos dispomos a discutir questões relativas ao Direito das Obrigações, tendo como base a idéia de separação absoluta entre o público e o privado, nunca conseguiremos compreender, por completo, as transformações que se estão processando nessa área do Direito.

Alguns princípios, entre os quais estão a boa-fé objetiva e o princípio da confiança, atuam não apenas em relação a interesses privados, mas também (e principalmente) na consideração do interesse público. Daí a importância de se entender com clareza o

princípio da confiança (e a sua tutela jurídica) como mais um dos princípios que estão presentes no direito da pós-modernidade. Segundo Cláudia L. Marques, “é o elemento social, representado pela confiança, ganhando em significação” (1992, p. 53). Como consequência, continua dizendo, “pela Teoria da Confiança, hoje majoritária, admite-se a responsabilidade de quem, por seu comportamento na sociedade, fez nascer no outro contratante a justificada expectativa no cumprimento de determinadas obrigações” (p. 53).

Para uma clara compreensão do tema, procuramos dividir nossa exposição em duas partes. Primeiramente, faz-se mister o cotejo entre teorias tradicionais, que consideram a culpa (*lato sensu*) como fundamento básico para o dever de indenizar, e teorias mais ligadas a uma concepção objetiva, entre as quais destacamos a teoria da confiança. Num segundo momento, estaremos vendo as formas de manifestação desse princípio, no surgimento ou isenção de deveres.

1. O fundamento do dever de indenizar

O termo “obrigação”, em linguagem cotidiana, pode adquirir diversos significados; mas, na base de todos eles está sempre a idéia de um dever (moral, jurídico, etc.) de uma pessoa para com outra. No âmbito do Direito, esse conceito, em sentido amplo, normalmente é visto como o elemento passivo de uma relação jurídica. Apresenta-se como sinônimo de “dever jurídico”, “estado de sujeição” ou “ônus jurídico”(COSTA, 1991, p. 47). Valendo-se de dispositivos do Código Civil Português (art. 397), Mario Julio de Almeida Costa refere-se à obrigação, agora em sentido estrito, como “o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação, que deve corresponder a um interesse do credor, digno de proteção legal” (1991, p. 49).

O vínculo que une esse dever (devedor) ao correspondente direito do credor consis-

te na relação obrigacional. Como dito anteriormente, a relação obrigacional polarizada é útil para a compreensão didática a respeito do vínculo que se forma entre credor e devedor; porém, na prática, verifica-se que há deveres recíprocos que devem ser observados por ambas as partes, elementos que também compõem a relação obrigacional (p. 54). Sob esse ponto de vista, ela passa a ser considerada como uma relação jurídica complexa e dinâmica, cujos elementos estão encadeados e direcionados ao mesmo fim: o adimplemento (p. 54). É a visão da obrigação como um processo (p. 55. Cf. SILVA, 1976, p. 10).

Quando esse “processo” percorre seu curso normal, atinge-se o fim esperado. Quando, ao contrário, algum fato vem a impedir o completo e perfeito adimplemento, surge, em favor daquele que viu frustradas as suas expectativas, a concreta possibilidade de exigir judicialmente o cumprimento da obrigação. Se a execução específica não for possível, ou quando se consegue o adimplemento posterior, mas com prejuízos resultantes da demora, há também o dever de indenizar, a ser suportado pela parte que o causou. É a própria Lei e não a vontade das partes que determina a reparação, ainda que o agente causador do dano tenha querido praticar o ato lesivo (COSTA, 1976, p. 416-417). Igualmente, mesmo se o contrato contenha previsões a respeito da reparação de danos, a fonte da responsabilidade civil continua sendo a Lei, aplicável ao fato que gerou o dano ressarcível.

Existem casos em que não há um contrato, uma obrigação (não cumprida) ao qual está ligado o dever de indenizar (uma nova obrigação). Referimo-nos às circunstâncias em que a responsabilidade civil teve sua origem no próprio fato ilícito ou “delito”. O direito protege o lesado contra o autor do delito, que se torna responsável pela indenização a quem foi vitimado por seu ato ou omissão.

Essa é a visão tradicional da Responsabilidade Civil, que divide-se (quanto à fonte

da obrigação) em responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extra-contratual ou aquiliana. Atualmente, a linha divisória entre ambos tem-se tornado cada vez mais tênue. Há, inclusive, autores que defendem um sistema unitário de responsabilidade, pois, segundo afirmam, os princípios são os mesmos em um ou outro tipo de responsabilidade civil (Cf. DIAS, 1994, p. 123-).

Um dos aspectos que está sempre presente, seja qual for o “tipo” de Responsabilidade Civil, é a existência de um dano efetivo e a necessidade de sua reparação. A regra *neminem laedere* (não lesar a outrem), de origem romana, é um dos princípios fundamentais da responsabilidade civil e estabelece que o essencial, sob o ponto de vista da reparação, é que o ato danoso constitua-se em lesão a uma regra, seja ela determinada por lei ou por contrato (DIAS, 1994, p. 37). Assim ensina Caio Mário da Silva Pereira:

“A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil” (1993, p. 11).

Também Judith Martins Costa, invocando as lições de François Terré e Michel Villey, afirma a necessidade do restabelecimento do *status quo ante* como fundamento da responsabilidade civil:

“Pouco importa, nesta perspectiva, se o desequilíbrio a corrigir proveio ou não da culpa. A justiça a ser posta em funcionamento terá por cau-

sa ‘um estado de coisas objetivo, a perturbação de uma ordem que deve ser restabelecida’. É portanto possível afirmar que aí reside a máxima objetivação do conceito de responsabilidade, e, igualmente o seu ‘sentido autenticamente jurídico’, porquanto não se busca um culpado, mas um responsável pelo próprio fato do desequilíbrio” ([19- -], p. 35).

Na verdade, as afirmações acima devem ser vistas como o ponto de partida para que se possa entender a abrangência atual do dever de indenizar, o qual não mais se restringe às hipóteses aceitas pela doutrina tradicional da responsabilidade civil. Pela doutrina da culpa *pos factum finitum*, por exemplo, existem situações em que o adimplemento da obrigação principal não exige uma das partes de responsabilização por algum ato que venha a praticar no futuro ou que, já o tendo praticado, venha a surtir efeitos *a posteriori*. São deveres de proteção, lealdade, etc., tal como o dever de sigilo profissional, que, uma vez descumpridos, vêm a gerar dano passível de ressarcimento. Da mesma forma, nem sempre o autor do delito é compelido a ressarcir os danos decorrentes do seu agir. Há hipóteses em que um terceiro é chamado a reparar o prejuízo em lugar daquele que efetivamente o causou. É o caso do patrão que ressarcir o dano causado por seus prepostos, ou mesmo das seguradoras, ao indenizar a vítima do sinistro. Por tais razões, importante se torna o exame comparativo da tradicional noção de responsabilidade civil com os novos modelos, não mais baseados exclusivamente na culpa, entre os quais destacamos a doutrina da confiança.

1.1. O dever de indenizar com fundamento na culpa e outras teorias

1.1.1. Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva

Em termos de Responsabilidade Civil, o modelo tradicional é baseado na culpabili-

dade do sujeito. É de vital importância o nexo de causalidade entre a ação ou omissão de um determinado sujeito e o prejuízo causado a outrem. Mais do que isso, é indispensável a prova de que o sujeito agiu com dolo (intenção de causar o dano) ou foi negligente, imprudente, etc., requisitos normais da culpa. Essa “culpa” mede-se com base na média do comportamento dos indivíduos, o que faz com que, em alguns sistemas, não se possa condenar o indivíduo a ressarcir o dano com base em uma culpa leve.

Outro aspecto a ressaltar diz respeito à *prova* do dano e do próprio nexo causal com a ação que lhe deu origem. Segundo a teoria clássica do direito civil, quando se trata do surgimento de direitos, o ônus de provar a veracidade de um determinado fato incumbe à parte que o alegou.

Esse sistema apresenta resultados satisfatórios em boa parte das vezes. No entanto, há casos em que a solução justa para o conflito não pode ser encontrada na cartilha da responsabilidade subjetiva. Em certas situações, a parte lesada não tem como provar o que alega, pois essa prova depende da colaboração de quem causou o dano, seja pela guarda de documentos e informações, seja pelo conhecimento técnico que o lesado não possui. Em outras circunstâncias, não há dolo ou culpa (nem mesmo culpa leve), mas houve dano efetivo e existe ligação entre a atividade de uma das partes e o fato que gerou tal dano. Como ressarcir aquele que foi lesado, se não há culpa em sentido subjetivo? Tal questão tem sua resposta em outras formas de imputação do dever de indenizar.

A teoria da culpa, portanto, não mais se revelando suficiente para conformar as situações fáticas aos ditames da justiça, tem sido afastada em muitos casos e substituída pela noção de *equilíbrio*, que embasa as teorias do risco e da garantia. A *teoria do risco* baseia-se no fato material da causalidade, ou *ubi emolumentum, ibi onus*, isto é, quem tem o proveito deve correr o risco (COS-

TA, 19- -, p. 45). Surgiu em decorrência dos acidentes do trabalho, para determinar que o patrão que auferir o lucro, em cujo interesse se exerce a atividade, tem o dever de indenizar seus operários vitimados por acidentes. Expandiu-se para outras áreas do Direito, alcançando as mais diversas situações em que uma determinada atividade cria ou aumenta as situações de risco para as pessoas a ela expostas. Aquele que de tal atividade se beneficia deve suportar o ônus desse risco, independentemente de ter agido de forma dolosa ou culposa. A imputação do ônus indenizatório dá-se por critérios objetivos, motivo pelo qual a teoria do risco enquadra-se dentro do esquema da responsabilidade civil objetiva e não na forma tradicional.

Já a *teoria da garantia*, preconizada por Boris Starck, inverte a perspectiva traçada pelo autor do dano para a *proteção dos interesses da vítima* e vincula-se à necessidade de segurança que deve ser garantida pela ordem jurídica. Todo dano constitui um ato ilícito, violador de um direito subjetivo, que deve ser reparado sempre, independentemente da caracterização da culpa (exceto os casos de força maior) (COSTA, [19- -], p. 46-47).

De acordo com Alvinio Lima (1938, p. 87), a construção da teoria objetiva do risco foi forjada em virtude da insuficiência da responsabilidade fundada na culpa. Diz o autor:

“Os problemas da responsabilidade são tão-somente os da reparação de perdas. Os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes a interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva”.

O Código Civil brasileiro, em seu art. 159, c/c art. 1.518, recepcionou a doutrina clássica da *responsabilidade civil subjetiva fundada na culpa*, do direito francês:

“Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano; Art. 1518. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.”

A *responsabilidade objetiva* foi adotada, no direito brasileiro, por leis extravagantes (e.g., a lei de acidentes do trabalho, de nº 5.316, de 14.9.67, e o Código de Defesa do Consumidor) e pela Constituição Federal em seus arts. 21, XXIII, “c” (responsabilidade por danos nucleares), e 37, § 6º (responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado e de direito público prestadoras de serviços públicos).

1.2. O dever de indenizar e o fundamento da quebra da confiança

Em sua obra *Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik*, traduzida para o espanhol como *Derecho justo: fundamentos de etica jurídica*, Karl Larenz faz comentários sobre diversos princípios jurídicos, entre os quais está o princípio da confiança (1985, p. 90-98). Antes, porém, ele escreve sobre a autodeterminação e a autovinculação nos contratos, observando que uma pessoa submete-se ao vínculo obrigacional no pressuposto de que a outra parte também fará o mesmo, sendo essa a única forma de obter algo que individualmente não conseguiriam.

Larenz afirma que

“esto sucede por lo general a través de unas, ‘declaraciones de voluntad’, que se correspondem entre sí en orden a su contenido y por medio de las cuales cada uno de los contratantes da a conocer al otro su voluntad de que el contenido de lo convenido debe tener entre ellos vigencia y ser derecho. Puesto que *el contrato solo vale cuando ambos contratantes consienten y*

por tanto SUS DECLARACIONES coinciden en su contenido, la vinculación de cada contratante al contrato descansa em su propia voluntad, em su autodeterminación. *Se vincula, porque sabe que sólo bajo este supuesto el otro se vincula también y PUEDE CONFIAR en lo que el otro le promete*. La conclusión de un contrato es de este modo un acto de autodeterminación a través de una autovinculación” (p. 67).

Embora tratando da Teoria da Aparência, Arnaldo Rizzardo comenta que

“as relações sociais se baseiam na confiança legítima das pessoas e na regularidade do direito de cada um. A todos incumbe a obrigação de não iludir os outros, de sorte que, se por sua atividade violarem esta obrigação, deverão suportar as conseqüências de sua atitude” (1982, p. 222).

Quando essa confiança é quebrada, há não apenas frustração para a parte prejudicada; frustra-se o próprio negócio enquanto instrumento para obtenção de vantagens recíprocas, especialmente porque deixa de existir o equilíbrio que é inerente ao *sinalagma*². Por tal motivo, é necessário que a parte prejudicada seja compensada ou pelo surgimento de um dever de indenizar ou pela isenção de um dever que, originalmente, estaria obrigada a cumprir. O mesmo autor cita um trecho da obra de Luis Dies e Picasso Ponce de León para reforçar o ponto que se refere à necessidade de indenização quando há quebra da confiança:

“Quien crea en otra persona una confianza en una determinada situación aparente e induce con ella a esta otra persona a obrar en un determinado sentido, sobre la base de esta apariencia en la que ha confiado, no puede después pretender que aquella situación era puramente ficticia y que debe valer la situación real”³.

Mais adiante veremos como isso se manifesta de forma prática nas relações jurídicas do dia-a-dia. Antes, porém, precisamos

apontar os fundamentos desse dever de indenizar com base na confiança.

Outra expressão que se tem tornado muito freqüente em textos jurídicos é a que refere a existência de “deveres secundários” ou “acessórios”. Devemos lembrar que, na tradicional idéia de obrigação (especialmente a obrigação originada de contrato), há uma relação estática e polarizada entre devedor e credor; entre o dever de prestação, incumbência do devedor, e o crédito (bem como a possibilidade de exigi-lo judicialmente), que está em mãos do credor. Os “deveres secundários” são, na verdade, deveres de lealdade e proteção de uma parte em relação a outra, independente do pólo em que se encontra.

Ocorre que, em muitos dos casos, mesmo antes de estabelecido o vínculo contratual, ou ainda quando esse vínculo não se concretiza, há situações que geram danos à outra parte. E, para complicar ainda mais o teorema, aquele que gerou o dano pode escusar-se por estar praticando ato que lhe faculta a lei. É justamente nessas hipóteses que se torna mais interessante o exame do princípio da confiança. Não que a confiança só deva ser observada nessas ocasiões. Ela é indispensável em todo e qualquer vínculo obrigacional. Ocorre que tal princípio tem maior relevância quando, do contrato, ou do delito, não puder ser reconhecido o nascimento de uma responsabilidade.

Aqui está o primeiro ponto que nos conduz a um esclarecimento sobre o papel da confiança nas obrigações. Comumente apontamos a existência de dois fundamentos para imputação do dano: o contrato ou o delito. O primeiro, pela não observância do pacto, gerando prejuízo à contraparte; o segundo, por atuação contrária à lei: ato ilícito, que gera, igualmente, dano a outrem.

Para Canaris, existe o que ele denomina “responsabilidade pela confiança”, que seria autônoma em relação à responsabilidade contratual e à responsabilidade delitual, constituindo-se em um terceiro fundamento ou “terceira pista” (*dritte Spur*) da respon-

sabilidade civil (1993, p. 812. Cf. FRADA, 1994, p. 251). O quadro abaixo nos auxilia a entender graficamente a posição que a confiança ocupa dentro desse esquema:

contrato	Confiança	delito
----------	-----------	--------

Na verdade, há posições que localizam a confiança mais próxima do âmbito contratual (teorias negocialistas), enquanto outras afastam-na, por verem na quebra da confiança uma ofensa à moral e ao direito. Mas, a rigor, a teoria da confiança não pode ser encaixada confortavelmente em nenhum dos dois pilares tradicionais da responsabilidade civil. E, se considerarmos as teorias unitárias da responsabilidade civil, como mencionado anteriormente, essa divisão perde em importância.

Manuel C. da Frada informa que a ausência de um caráter distintivo dessa confiança embaçadora do dever de indenizar é o ponto mais criticado da teoria por quem discorda que esse seja um critério para fundamentação da responsabilidade civil (1994, p. 254). Para esses, a confiança está presente em todas as áreas de convivência humana; logo, não se pode utilizá-la como se fosse elemento constante em apenas alguns tipos de relações jurídicas. Quando um contrato é firmado, cada um dos contratantes tem a expectativa de que seu parceiro cumpra aquilo que se prometeu. Da mesma forma, cada pessoa que compõe uma determinada comunidade confia na observância da Lei ali aplicável, sendo que o delito é uma ofensa a tal confiança.

A resposta dos que a defendem é no sentido do caráter subsidiário que a Teoria da Confiança possui; a “terceira pista”, como quer Canaris. Onde houver o dano efetivo (requisito essencial para a responsabilidade civil), mas não se puder obter uma solução satisfatória pelos caminhos tradicionais da responsabilidade, tem-se a teoria da confiança como opção válida. Como bem afirmam os críticos da Teoria, a confiança está

presente em todas as áreas do relacionamento interpessoal, ainda que faltem outros elementos embaixadores da responsabilidade.

A posição de Canaris é, talvez, a mais analisada entre aqueles que se dedicam ao estudo do princípio da confiança. Na própria jurisprudência alemã das últimas décadas, há franco crescimento da doutrina da confiança, segundo os postulados defendidos por esse jurista (FRADA, 1994, p. 251).

Também em outros países são cada vez mais frequentes as referências à tutela da confiança, tanto na legislação, quanto nas decisões dos tribunais. Comentando as características comuns das referências legais ao princípio da confiança, no Direito Português, Menezes Cordeiro elenca três pressupostos para aplicação desse princípio em relação às obrigações (1984, p. 1248):

1) *Elemento Subjetivo* – M. Cordeiro chega a afirmar que “a confiança constitui, por excelência, uma ponte entre as boas fés objetiva e subjectiva, devendo assentar em ambas” (p. 1238). Embora esse princípio seja eminentemente objetivo, em alguns aspectos, portanto, deve-se atentar para questões de caráter subjetivo:

a - Em relação ao agente (aquele que se conduz de forma a gerar confiança em outrem): ao agir, ou ao omitir-se, não tem a manifesta intenção de lesar. Se houver essa expressa intenção, estaremos no campo da responsabilidade delitual.

b - Em relação ao destinatário: é necessário uma crença efetiva no significado jurídico da conduta sob questão. Cláudia L. Marques menciona que a Teoria da Confiança “pretende proteger prioritariamente as expectativas legítimas que nasceram no outro contratante, o qual confiou na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração do parceiro. Protege-se assim, a boa-fé e a confiança que o parceiro depositou na declaração do outro contratante. *A vontade declarada, porém, não prevalecerá se o outro contratante souber ou puder saber razoavelmente*

te que aquela não era a vontade interna de seu parceiro” (1992, p. 62-63).

O elemento subjetivo é sempre negativo; ou seja, serve para afastar a aplicação do princípio da confiança. No entanto, não se pode esquecer que o elemento subjetivo não predomina sobre o objetivo. Dessa forma, havendo incerteza quanto ao elemento subjetivo, o julgamento deve-se dar objetivamente, considerando-se tão-somente a conduta do agente.

2) *Elemento Objetivo* – conduta de acordo com os usos e costumes do tráfico.

Não é necessária a existência de uma convicção íntima, por parte do agente, tendente a produzir a expectativa em outrem. Basta a conduta, objetivamente considerada, à qual sejam associados efeitos jurídicos. Essa análise objetiva é feita com base nos usos e costumes do tráfico. Esse elemento será visto mais detalhadamente (e de forma prática) na segunda parte do presente estudo, razão pela qual nos limitamo a fazer esse breve comentário a despeito de sua importância para o tema.

3) “*Investimento de Confiança*”⁴

Com base na confiança gerada pela conduta do agente, o outro executa certas atividades que, com a não-concretização do esperado, resultam em dano efetivo.

Pode ocorrer que aquele que confiou na conduta alheia não chegue a promover atividades com base nessa confiança. Suponhamos que em negociações prévias ele resolva desistir do negócio. Assim, ainda que tenha confiado na conduta da outra parte, não chegou a fazer esse “investimento” de que fala Menezes Cordeiro.

Acrescenta o jurista português que o segundo elemento pode ser dispensado em certas situações, pela intensidade particular que assumo o primeiro e pela aplicação exata de um dispositivo legal específico (1984, p. 1248). São os casos em que um determinado ato não admite outra interpretação senão aquela que a Lei prevê.

Esses elementos são, segundo a tese de Canaris, os pontos que devem ser sopesa-

dos pelo magistrado ao analisar o caso concreto e verificar se ele está diante de uma situação fática em que é aplicável a Teoria da Confiança. No Brasil, em alguns tipos de relações jurídicas, o trabalho dos juízes ficou facilitado pela positivação do princípio da confiança. Referimo-nos ao Código de Defesa do Consumidor, que adotou esse princípio como um de seus pilares (MARRQUES, 1992, p. 63).

Ele se manifesta mais claramente na proteção do consumidor diante da publicidade enganosa, na manutenção do vínculo que surge a partir da oferta feita pelo fornecedor e também na proteção do verdadeiro interesse do consumidor que aderiu a contratos pré-impressos, pois, diante de tais circunstâncias, criam-se “justificadas expectativas em relação ao bem, ao serviço ou às obrigações acessórias ao contrato” (1993, p. 53). Essa expectativa, essa confiança gerada no consumidor, recebe proteção legal para que deixe de ser uma expectativa e se torne realidade. Ou ainda, para que a quebra da confiança seja compensada por uma indenização justa, cujos efeitos são benéficos tanto pela satisfação do ofendido, quanto pelo desestímulo às práticas abusivas. Nesse último aspecto, vemos, mais uma vez, o elemento social que está na base de tal doutrina.

Na doutrina tradicional, em que a autonomia da vontade é o princípio maior, a proteção que o direito concede às partes está ligada ao momento de formação do contrato. É assim que o erro, a simulação, a fraude, etc. podem levar até à nulidade do contrato, pois há, em sua gênese, uma vontade viciada. Se, ao contrário, não há vício de vontade, o contrato deve seguir seu curso normal sem intervenções de terceiros. No sistema do CDC, informado pelos princípios da boa-fé e da confiança, o foco não está mais (exclusivamente) no momento de concepção do contrato, mas sim nos efeitos que o contrato gera na sociedade (1993, p. 63). Por todos esses motivos é possível dizer-se que o CDC é, no direito brasileiro, o diploma legal em que mais claramente se vê a Teoria da Con-

fiança como um dos fatores determinantes da responsabilidade civil.

2. Manifestações da teoria da confiança nas obrigações

Há, basicamente, duas formas de tornar prático o princípio da confiança, nas obrigações: ou o direito garante a preservação da posição jurídica alicerçada na confiança ou surge (em função da quebra da confiança) um dever de indenizar àquele que confiou no agente. Mas como essa proteção se manifesta concretamente? Em que situações o Direito oferece proteção com base na confiança?

Existem numerosas situações em que é aplicável a tutela da confiança. Seria impossível albergar em textos legais todas as hipóteses fáticas. Não podemos esquecer que o princípio da confiança está intimamente ligado ao princípio da boa-fé, que é uma regra geral de conduta. Assim, da mesma forma que este princípio necessita do processo de concreção para que seja efetivamente aplicado, também o princípio da confiança depende da atuação do juiz, no caso concreto, para que haja efetiva tutela.

Essa atuação se dá em termos do exame dos pressupostos antes enumerados, no caso concreto, sendo que o juiz não fica limitado ao ordenamento jurídico para sua análise. Aliás, é muito provável que, para ser frutífero esse trabalho, o magistrado deva valer-se de conceitos, em princípio, estranhos ao Direito. Só assim poderá avaliar se a conduta do agente está em consonância com os usos e costumes do tráfico e qual o seu significado jurídico para aqueles que usualmente a praticam.

Ocorre que, após reiteradas decisões, envolvendo casos semelhantes em que se buscou elementos “extra-jurídicos” para solução do conflito, formam-se catálogos de jurisprudência e a ordenação desses catálogos reconduz ao sistema o princípio fundamentador que lhes é comum (agora de forma concreta). Convém lembrar que esse é

um processo dinâmico, de forma que há uma constante alteração nos elementos caracterizadores da conduta típica, mas quando essas características são comuns a uma série de situações, surgem conceitos que podem ser utilizados em todos esses casos e uma conseqüente generalização das soluções aplicáveis. Os exemplos clássicos desse fenômeno (no que se refere ao tema aqui tratado) são a *culpa in contrahendo* e o *venire contra factum proprium*, que veremos adiante, juntamente com a *suppressio*, a *surrectio* e a *exceptio doli*.

2.1. Venire contra factum proprium

No caso do *venire contra factum proprium*, é mais clara a ofensa à confiança, pois a característica principal desses casos é uma posição jurídica contrária àquela que vinha sendo praticada pelo agente. Em outras palavras, quando uma pessoa vem agindo de tal forma que cria uma aparência jurídica na qual as pessoas confiam, esse mesmo indivíduo não pode mudar o seu comportamento agindo contrariamente à expectativa que gerou nos demais. A intenção primeiramente manifestada pode ser no sentido de praticar (ou continuar praticando) determinado ato ou no sentido de não o praticar. A segunda atuação é contraditória porque o agente deixa de fazer aquilo a que se propusera ou vem a tomar atitude a qual deu a entender que não tomaria.

Um ponto importante é que esse segundo *factum*, que contraria o primeiro, pode ser legal ou contratualmente possível. Contudo, o agente fica impedido de valer-se dessa possibilidade, pois causaria danos a outrem. Se o ato é contrário à lei ou ao contrato, cai-se, novamente, na responsabilidade contratual ou na responsabilidade delitual.

Alguns autores (Cf. WIEACKER, 1982, p. 61) afirmam que há uma íntima relação entre a proibição do *venire contra factum proprium* e a regra do *pacta sunt servanda*. Em certo sentido isso é verdade, pois o pacto vincula as partes, de forma que não podem elas contrariar aquilo que foi tratado inici-

almente. O problema está na concepção de pacto, que não se limita às regras escritas no instrumento contratual, como se tais cláusulas fossem a perfeita expressão da vontade das partes. Valendo-nos da explicação de Wieacker, podemos dizer que o vínculo contratual deve ser visto não em função da letra, mas tendo em vista o “espírito da obrigação” (1982, p. 61). A tendência de objetivação do conceito de contrato passa, também, pelo reconhecimento da existência de deveres secundários, que já mencionamos anteriormente, em cuja base estão os princípios da boa-fé e da confiança.

Há alguns anos, época em que o atual Ministro do STJ, Dr. Ruy Rosado de Aguiar Junior, era um dos Desembargadores que compunham a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, alguns recursos julgados naquele pretório (e por ele relatados) chamaram a atenção pelo uso de conceitos até então pouco comuns na jurisprudência brasileira: *venire contra factum proprium*, adimplemento substancial, *culpa in contrahendo*, etc. Três desses casos foram publicados na seção “Jurisprudência Comentada” da Revista da AJURIS (n. 50, nov./1990), acompanhados dos comentários da Drª Judith H. Martins Costa.

O primeiro dos três, o julgamento da Apelação Cível nr. 589.073.956, é bastante ilustrativo do que seja a proibição do *venire contra factum proprium*. Tratava-se de uma ação de indenização proposta pelo adquirente de uma pequena loja de vestuário, contra a vendedora. Segundo o autor, a ré havia cancelado pedidos de mercadorias feitos alguns dias após a venda do estabelecimento, período em que a vendedora auxiliou o comprador na condução dos negócios. Com o cancelamento, o novo proprietário veio a sofrer prejuízos pela impossibilidade de repor, em tempo hábil, o estoque de roupas e acessórios. A Câmara entendeu que aquele ato era totalmente incompatível com a conduta anterior da vendedora, pois, embora tendo feito os pedidos em nome próprio e com o seu CGC (o que não seria mais neces-

sário naquele momento), criou no vendedor a expectativa de que os bens solicitados à fábrica estariam sendo entregues em breve. Afirma o relator, em seu voto:

“Nesta parte, acolhe-se o princípio de *venire contra factum proprium* (WIEACKER, 1982, p. 60-61), como exigência da *fides*. Por força da lealdade a que as partes reciprocamente estão coligadas, não se permite que o comportamento prévio de uma delas, gerador de justificada expectativa, seja contrariado posteriormente, em prejuízo da outra” (AJURIS, 50, p. 209).

Também não devemos esquecer o que foi dito anteriormente, que a proteção da confiança visa, em última análise, garantir a segurança do tráfico. Logo, ainda que uma cláusula permita a uma das partes a alteração contraditória de procedimentos (o que é questionável também por outros aspectos – contratos de adesão, abuso de direito, etc.), o princípio da confiança veda tal atitude por meio da proibição do *venire contra factum proprium*.

Na *Common Law*, a relação obrigacional também requer comportamento baseado em princípios muito semelhantes (para não dizer equivalentes) aos princípios da boa-fé e da confiança. A expressão “Good Faith” é citada em diversas decisões de tribunais da *Common Law*. No entanto, a manifestação mais candente de que a confiança tem real valor jurídico nesses sistemas é o assim chamado princípio do *estoppel*, o qual muito se assemelha ao *venire contra factum proprium*.

Considerando que a formação do Direito nos sistemas de *Common Law* está ligada à atividade judicial, nada melhor do que um trecho de uma decisão para resumir as implicações desse princípio nas relações obrigacionais:

“Quando uma pessoa, por suas palavras ou pelo seu comportamento, induz conscientemente uma outra a crer na existência de uma certa situação e leva esta pessoa a atuar com base nessa convicção de modo que altere

sua posição anterior, considera-se que esta primeira é responsável pelas declarações feitas a esta última; declarações descrevendo um estado de fato diferente daquele existente no momento”⁵.

Como se pode ver, é grande a semelhança desse princípio com o entendimento que têm os juristas da *Civil Law* a respeito da tutela da confiança e do *venire contra factum proprium*. Também a questão da *performance* do contrato, segundo o princípio da boa-fé, é exigência inafastável para os tribunais anglo-americanos em casos que envolvam quebra do contrato. É o que afirma Steven J. Burton, ressaltando o aspecto da proteção às “razoáveis expectativas” das partes:

“The good faith question often arises because a contract is an exchange expressed imperfectly and projected into an uncertain future. Contract parties rely on the good faith of their exchange partners because detailed planning may be ineffectual or inadvisable. Therefore, express contract terms alone are insufficient to determine a party’s good faith in performance. Even so, the courts employ the good faith performance doctrine to effectuate the intentions of parties, or to protect their reasonable expectations” ([19- -], p. 371. Grifo nosso).

Outra situação muito comum hoje em dia é aquela em que determinadas pessoas mantêm um relacionamento comercial durante longo período, mas sem que se tenha um instrumento contratual regulando os pormenores do(s) negócio(s). Esse tipo de relação jurídica tem como consequência que uma das partes não pode afastar-se sem um justo motivo ou sem o consentimento da contraparte. Da mesma forma, as condições não podem ser alteradas unilateralmente causando prejuízos ao outro. Ainda que não exista um contrato formal, o Direito protege o vínculo que se forma pela repetição de atos que tenham teor jurídico. O motivo ainda é o mesmo: protege-se a confiança deposita-

da por uma das partes na conduta de seu parceiro negocial. De certa forma, aplica-se em casos dessa espécie a mesma proibição do *venire contra factum proprium*.

Um bom exemplo é a venda de mercadorias de uma indústria de refrigerantes a um determinado cliente, sempre em quantidades semelhantes, com prazo dilatado para o pagamento e possibilidade de devolução das unidades não vendidas ao consumidor. É normal que as empresas formalizem o acordo mediante um contrato de fornecimento, que quase sempre inclui cláusulas referentes ao direito de exclusividade na venda de produtos daquela marca. Quando o varejista recusa-se a manter a exclusividade, a indústria continua fornecendo-lhe seus produtos, mas de maneira “informal”. É justamente aí que poderão surgir problemas que somente serão resolvidos pela observância dos princípios relativos à conduta, quais sejam, os princípios da boa-fé e da confiança.

Vejamos um outro exemplo que nos ajuda a melhor entender a aplicação do *venire* nessas circunstâncias: um banco mantém negócios com um comerciante, financiando-lhe capital de giro, investimento, etc. Também fornece financiamento aos clientes desse comerciante, por meio de uma linha de crédito especial (*vendor*). Isso por vários anos. O comerciante pretende expandir suas atividades, abrindo uma filial. Recebe, informalmente, a garantia de que o banco financiará boa parte do investimento. Com base nesse indicativo e, principalmente, no longo relacionamento que mantém com o banco, aluga pelo prazo de cinco anos o imóvel que seria utilizado para implantação da filial e adquire o mobiliário com recursos de seu giro. Ao formular o pedido de empréstimo para aquisição de mercadorias, recebe uma negativa do banco, que alega mudanças na política de concessão de crédito. Embora não seja inadimplente em alguma operação nem tenha feito nenhum ato que viesse a gerar receios junto à casa bancária, esse comerciante vê-se desatendido pelo banco que sempre lhe prestou crédito.

Em outras situações, esse fato nada significaria. Porém, com base em todo o relacionamento anterior e no indicativo que recebeu do gerente, o comerciante assumiu despesas e imobilizou seu capital de giro, fatos que vêm a causar-lhe prejuízo. Essa nova conduta do banco pode ser caracterizada como *venire contra factum proprium*.

2.2. Culpa in contrahendo

Esse conceito surge não em função das decisões dos tribunais, mas sim pela teorização do fenômeno, assim chamado “*culpa in contrahendo*”, pelo jurista alemão Rudolf Von Jhering (Cf. MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 528).

A construção de Jhering, todavia, percorre o mesmo caminho percorrido pelo juiz, na medida em que ele desenvolve sua obra a partir de casos concretos em que a não-imputação de responsabilidade por danos causados à contraparte, em relação a um contrato que é declarado nulo, representaria uma injustiça inaceitável.

Em outras palavras, citando Menezes Cordeiro, “a *culpa in contrahendo* é um instituto da responsabilidade civil pelo qual, havendo nulidade no contrato, uma das partes, que tenha ou devesse ter conhecimento do óbice, deve indenizar a outra pelo interesse contratual negativo” (p. 530). Para Mario J. Almeida Costa, a *culpa in contrahendo* atinge todos os casos em que houve defeitos na formação (fase decisória) do contrato por culpa (em sentido objetivo) de uma das partes. Dessa forma, também abrangeria os casos de ruptura injustificada das negociações, com prejuízos para a outra parte (1984, p. 42-). A dificuldade que se encontra é aferir se o ato de ruptura é exercício normal da liberdade de contratar ou se trata de uma quebra da confiança (Cf. BASSO, 1994, p. 42-). Mais uma vez, parece-nos que só a análise do caso concreto pode revelar qual o caráter desse ato.

Também é da análise do caso que se poderá determinar o conceito mais apropriado àquela situação específica, pois, depen-

dendo das circunstâncias, a proibição do *venire contra factum proprium* pode-se mostrar mais adequada do que a *culpa in contrahendo*. De qualquer sorte, a proteção à confiança é evidente:

“(…) o interesse do contratante em face do qual a ruptura se produza consiste em que seja poupado ao máximo a actividades e a dispêndios inúteis. Do seu lado, *invoca-se a tutela da confiança na boa-fé da contraparte*, mormente numa dada aparência de intenção negocial” (BASSO, 1994, p. 51-52).

Voltando aos comentários que M. Cordeiro faz a respeito da obra que primeiro tratou da *culpa in contrahendo*, ele ainda acrescenta que para Jhering essa responsabilidade seria diferente da responsabilidade extracontratual. No direito romano, esta não se transmitiria *mortis causa*. Já na *culpa in contrahendo*, afirma, ocorre a transmissão pela morte, tal qual acontece com a responsabilidade contratual (1984, p. 530, NT. 10).

Em função de observações como essa, alguns comentaristas da obra de Jhering concluíram que ele colocara a *culpa in contrahendo* no campo da responsabilidade contratual, deduzindo que o dever de indenizar é efeito do próprio contrato (nulo). Ao que parece, não era essa a intenção de Jhering. De qualquer forma, sua teoria apresenta soluções que se aproximam das soluções utilizadas em relação à responsabilidade contratual, com base em proposições legais (p. 532).

O mesmo caminho é percorrido por Franz Leonhard, que aprofunda o estudo iniciado por Jhering, afirmando que os fatos ocorridos previamente à celebração do contrato são alcançados pelos efeitos deste. Contudo, não chega a tratar com detalhes dos casos em que a nulidade ou mesmo a frustração das tratativas pré-contrato deixam a descoberto possíveis danos causados por uma parte à outra (Apud MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 534).

A partir de sua construção inicial, a *culpa in contrahendo* veio sendo desenvolvida na doutrina e na jurisprudência até que se

chegou a uma compreensão de que o essencial para a *culpa in contrahendo* é o seu amparo na confiança e na boa-fé (p. 561).

Se na base dessa responsabilidade estão os princípios da confiança e da boa-fé, fica claro que os mesmos deveres de proteção, informação e lealdade existentes no vínculo contratual estão presentes também na fase pré-contratual, mas por força desses dois princípios e não pelo contrato. Isso significa que, independente de ser existente ou válido o contrato, a não-observância desses deveres dá lugar à indenização por danos porventura existentes (p. 583).

Mais uma vez, a *Common Law* apresenta uma solução que se assemelha aos procedimentos utilizados em sistemas em que se aceita a *culpa in contrahendo*. É o que afirmam Friedrich Kessler e Edith Fine ao comentarem as semelhanças e diferenças entre alguns institutos dos sistemas de *Common Law* e *Civil Law*:

“Once parties enter into negotiations for a contract, the sweeping language of the cases informs us, a relationship of trust and confidence comes into existence, irrespective of whether they succeed or fail” (1964, p. 404).

Para auxiliar-nos na compreensão do tema, pensemos no seguinte exemplo: o proprietário de uma loja comercial dirige-se a um corretor com vistas a contratar seguro contra incêndio, desabamento e outras ocorrências relativamente ao prédio onde funciona seu estabelecimento. O corretor explica-lhe algumas condições básicas do contrato, apresenta o valor do prêmio em relação à quantia segurada, mas nada menciona quanto a exclusões da indenização. O negócio é fechado. A seguradora, por sua vez, acata o contrato sem providenciar a vistoria no prédio. Após alguns meses, ocorre o sinistro (incêndio), mas a seguradora nega-se a pagar a indenização, alegando que se tratava de prédio misto (alvenaria e madeira), uma das situações excludentes da cobertura. Ora, por não ter ficado claro ao segurado a existência dessa cláusula exclu-

dente, bem como pelo fato de que a seguradora deixou de fazer a vistoria (oportuna em que ficaria constatada a impossibilidade de segurar-se o prédio), esta assumiu o risco pela contratação em tais condições. Como consequência, surge para o proprietário da loja o direito à indenização, ainda que pelo contrato a solução seja diversa.

Ou ainda este outro exemplo: um automóvel é deixado numa oficina para orçamento e posterior conserto. Antes de autorizar as obras, o proprietário desiste de fazê-lo em virtude do alto preço. Quando vai retirar o automóvel, é surpreendido ao ver que o veículo sofreu danos na lataria. A oficina nega-se a ressarcir o prejuízo sob a alegação de que: 1) o dano foi causado por um terceiro, que também deixara seu carro na oficina; 2) não se efetivou o contrato envolvendo o serviço, logo não há nenhum vínculo que obrigue o pagamento. A oficina agiu contra a confiança nela depositada, porque precisava observar os deveres de proteção, guardando o automóvel em local seguro mesmo antes de efetivado o contrato de prestação de serviços.

2.3. *Suppressio e surrectio*

Um direito não exercido durante um determinado tempo gera em outrem a impressão de que o titular desse direito abdicou dele ou, em alguns casos, o exercício retardado da pretensão pode gerar para o devedor uma situação danosa. É o que ocorre, por exemplo, com dívidas que tenham reajuste monetário acima dos índices normais de correção. Quanto maior for o lapso de tempo entre a data em que a dívida se tornou exigível e o exercício da pretensão por parte do credor, maior será o prejuízo para o devedor. Logo, pode ser interessante ao credor deixar passar o maior tempo possível para cobrança da dívida.

A *suppressio* retira, suprime, a possibilidade de exercício de tal direito por parte de seu titular, porque estaria sendo ferido o princípio da boa-fé e a confiança (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 797). No exemplo

acima citado, não se poderia, com base nesse instituto, impedir o credor de cobrar a dívida. Pode-se, porém, limitar o seu ganho em função da demora no exercício do direito, a qual resultou em um aumento indevido da responsabilidade pecuniária do devedor. Suprime-se – para usar um termo semelhante à expressão latina – o direito da parte que agiu contra o princípio da confiança, ainda que não se trate de ato ilícito, podendo, inclusive, ter acento contratual.

A *suppressio* tem origem jurisprudencial (Idem, p. 798), no direito alemão, sendo que a doutrina lhe deu a conformação teórica com base nessas decisões e com base em estudos de institutos do direito germânico⁶. Foi após a Primeira Grande Guerra, com as conturbações sociais e econômicas, especialmente o fenômeno inflacionário, que a *suppressio* recebeu maior atenção dos juristas. De um lado, a correção dos valores originais de contratos e dívidas em geral garantia a manutenção do real valor do negócio, no interesse do credor. Por outro lado, essa mesma correção poderia causar um desequilíbrio na relação contratual sob certas condições, como no exemplo *supra*.

Essa noção de equilíbrio entre as partes e o efeito do fator “tempo” nesse equilíbrio são a principal preocupação dos juízes alemães, conforme se pode notar nas decisões em que a *suppressio* foi invocada (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 802). A demora no exercício de um direito que venha causar desequilíbrio em prejuízo da outra parte torna-se uma ofensa à lealdade e à confiança que deve existir entre os contratantes. Justificasse, portanto, a intervenção do juiz para restabelecer o equilíbrio da relação.

Assim como os demais casos mencionados neste estudo, para a verificação da *suppressio* no caso concreto predominam os aspectos objetivos. Há, por certo, elementos subjetivos que podem denunciar a existência de dolo⁷, mas os aspectos objetivos relacionados ao efetivo prejuízo, à conduta normal (que geram confiança na contraparte) e à atuação segundo princípios de boa-fé são

os verdadeiros determinantes da referida verificação. Por esse motivo, a *suppressio* não se confunde com “renúncia” do titular de um direito, em que o elemento volitivo é essencial.

Aliás, existem outros institutos que se assemelham (nos efeitos) à *suppressio*, mas que são diferentes em sua natureza. É o caso da prescrição, que tem um acento processual e nada tem que ver com a boa-fé. Também a decadência guarda diferenças importantes em relação à *suppressio*. Na verdade, em relação a todos esses remédios jurídicos, a *suppressio* tem caráter subsidiário, sendo aplicável somente em situações em que a ordem jurídica não contemple uma solução específica (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 812).

Outro aspecto peculiar da *suppressio* em relação aos demais institutos que tem vinculação com o decurso de tempo é a variabilidade desse período. Enquanto na prescrição e na decadência a ordem jurídica positiva prevê um prazo determinado, na *suppressio* esse prazo depende das circunstâncias do caso concreto.

A *surrectio* é o nascimento de um direito pela prática continuada de determinados atos (ou omissão). Esse direito surge para beneficiar aqueles que depositaram confiança na continuidade de tal procedimento. Na verdade, os autores afirmam que *suppressio* e *surrectio* são dois lados da mesma moeda. Enquanto uma das partes vê-se impedida de exercer uma determinada pretensão, surge para o outro um direito subjetivo. Menezes Cordeiro chega a afirmar que a *suppressio* é uma visão ao contrário do verdadeiro fenômeno jurídico, a *surrectio* (p. 824). Seria o surgimento de um direito subjetivo o verdadeiro obstáculo ao exercício de uma pretensão em sentido oposto.

A polêmica em torno desse tema surge em função da diferença de posições adotadas por alguns juristas alemães. M. Cordeiro cita as teses de Canaris e Jürgen Schmidt. Para o primeiro,

“na *suppressio* não está em jogo a extinção gratuita do direito do titular

não exercente, mas antes o benefício reconhecido à contraparte; apura-se, assim, a idéia de *surrectio* ampla à qual se aplicam os factores isolados por Canaris, na óptica da sistemática móvel. A via trilhada por Jürgen Schmidt explora-se pela negativa: chamando a atenção para as normas que regulam o tempo nas situações jurídicas, Schmidt permite constatar, afinal, a natureza plena das mesmas” (p. 823-824).

Continuando a explicar a tese defendida por Schmidt, M. Cordeiro afirma que:

“A *suppressio* é, apenas, o subproduto da formação, na esfera do beneficiário, seja de um espaço de liberdade onde antes havia adstrição, seja de um direito incompatível com o do titular preterido, seja, finalmente, de um direito que vai adstringir outra pessoa por, a esse mesmo beneficiário, se ter permitido actuar desse modo, em circunstâncias tais que a cessação superveniente da vantagem atentaria contra a boa fé. O verdadeiro fenômeno em jogo é o da *surrectio*, entendida em sentido amplo. É nesta que devem ser procurados requisitos” (p. 824).

Deixando de lado tais discussões, importa lembrar que também aqui existe a aplicação do princípio da confiança, na proteção dos interesses de quem confiou na conduta alheia.

2.4. Exceptio doli

A *exceptio doli*, ou exceção de dolo, é uma das formas pela qual o devedor (*lato sensu*) pode deixar de prestar a obrigação que, em situação normal, estaria adstrito a cumprir. Segundo Menezes Cordeiro, exceção (em direito substantivo) é “a situação jurídica pela qual a pessoa adstrita a um dever pode, licitamente, recusar a efetivação da pretensão correspondente” (p. 719). Assim, podemos dizer que a *exceptio doli* consiste na isenção de um dever (ainda que temporária), baseada no dolo da outra parte.

Na verdade, quando se fala em “dolo” é porque a expressão latina é assim traduzida literalmente. Contudo, quando tratamos de estudar essa exceção tendo em vista o princípio da confiança, não podemos esquecer tudo o que foi dito anteriormente sobre os aspectos objetivos que compõem esse “dolo” (se é que pode ser chamado dessa forma). O que ocorre no mais das vezes é um abuso no exercício de um determinado direito ou, como menciona Wieacker, o “exercício inadmissível de um direito” (1982, p. 89).

A sua alegação é ato processual e tem em vista uma paralisação da pretensão do credor. Contudo, pode gerar efeitos também na esfera do direito material, nas situações em que o deferimento em favor do demandado tem caráter satisfativo, ou seja, quando o acolhimento da exceção representa a impossibilidade de que o demandante volte a exercer sua pretensão. Exemplo disso são as obrigações de fazer, quando seu objeto é a execução de uma tarefa determinada, em lugar e tempo específicos.

Essas situações não são as mais comuns. Normal é haver apenas uma paralisação da pretensão, que pode ser exercida, de forma diversa, no futuro (WIEACKER, 1982, p. 91). Como mencionamos antes, a *exceptio doli* tem maior relevância nas situações em que se verifica o abuso de direito. Assim, não se presta para fulminar o direito da parte, mas sim para impedir que a ação acarrete (mais) prejuízos ao demandado.

Conclusão

Da análise dos pressupostos para aplicação da teoria da confiança e dos casos em que se efetiva a sua proteção, pode-se concluir que a confiança, do ponto de vista jurídico, corresponde a um estado em que determinada pessoa adere a certas representações que crê serem efetivas. A proteção da confiança é, justamente, o reconhecimento da efetividade dessa representação e a consequente proteção de quem nela depositou

confiança (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 1234).

Outra conclusão que se pode derivar dos casos que foram aqui comentados é que algumas regras próprias do negócio jurídico (entendido como manifestação da vontade) são afastadas, diante de uma situação que requer a proteção da confiança. Exemplo disso são as normas relativas ao “erro”, pois se afasta a possibilidade de anulação por erro do agente ao exteriorizar determinada conduta. Exceção feita àquela situação, que mencionamos anteriormente, em que o destinatário tem consciência desse vício da vontade e, portanto, não chega a depositar efetiva confiança no agir do declarante⁸.

A razão disso (do afastamento de algumas regras próprias do negócio jurídico) reside, justamente, no objetivo final do princípio da confiança, que é a segurança do tráfico. O princípio da autonomia da vontade também está ligado a essa noção de segurança jurídica. Mas a segurança garantida pelo princípio da autonomia da vontade é a segurança do indivíduo. Esses dois princípios atuam, conjuntamente, no direito das obrigações, bem como em todo o direito privado.

Como dissemos anteriormente, a proteção da confiança dirige-se à segurança do tráfico, transcendendo interesses individuais. Em última análise, trata-se da preponderância do interesse público em relação ao interesse privado.

No início deste estudo, comentamos que o Princípio da Confiança e o Princípio da Boa-Fé aparecem (juntos) em diversos textos jurídicos. Existem, na verdade, algumas dúvidas sobre a relação entre esses princípios. Será que o Princípio da Confiança está contido no Princípio da Boa-Fé (ou vice-versa)? Ou são princípios autônomos, com fundamento nos mesmos padrões morais, e que agem conjuntamente?

Na busca de uma resposta a tais questionamentos, é muito útil a afirmação que Karl Larenz faz ao comentar de que forma esses princípios se manifestam efetivamente: “O

jogo concertado dos princípios significa que, no conjunto de uma regulação, não só se complementam, mas também se restringem reciprocamente”⁹. Mario Julio de Almeida Costa, ao tratar da *culpa in contrahendo*, também faz alguns comentários sobre esse ponto, afirmando o seguinte:

“Ora, sancionando tal figura jurídica, visa o direito proteger a confiança depositada por cada uma das partes na boa-fé da outra e conseqüentes expectativas que esta lhe cria durante as negociações, quanto à criteriosa condução das mesmas, à futura celebração do negócio ou à sua validade e eficácia. Daí que se torne possível responsabilizar o agente, que viole essa confiança, pelos danos causados à contraparte” (1984).

Em outras palavras, o direito requer de cada um dos contratantes um comportamento segundo a boa-fé. Em contrapartida, protege a confiança de cada um deles na conduta de seu parceiro, o qual se espera tenha comportamento que se enquadre nos preceitos da boa-fé.

Independente de como se relacionam esses dois princípios, é certo que ambos têm grande importância para o moderno direito das obrigações, e; por que não dizer, para o Direito como um todo. Para que o anseio por relações obrigacionais mais equilibradas torne-se realidade, em uma sociedade tão marcada pelas diferenças sociais, é vital a aplicação de tais princípios no dia-a-dia das relações jurídicas, com reflexo, inclusive, na atividade forense.

Se o individualismo dos revolucionários franceses foi crucial para marcar o início de uma nova era, uma era de respeito ao indivíduo enquanto cidadão, os novos ventos tendem a levar consigo toda a poeira acumulada nesses dois séculos, fazendo ressurgir o respeito a valores um tanto esquecidos. Mais do que isso, podemos andar um passo além e descobrir valores “novos” que estão (e, na verdade, sempre estiveram) no íntimo de cada indivíduo, os quais se resu-

mem no respeito à dignidade da pessoa humana.

Da mesma forma, a “pessoa” objeto da proteção jurídica não se restringe ao indivíduo. São alcançados também a célula familiar, uma determinada coletividade ou toda a sociedade, cujos interesses difusos devem ser protegidos pelo poder público. Compondo esse quadro estão os princípios que mencionamos acima, os quais apontam, em última análise, para o ideal de justiça, presente em todos nós.

Notas

¹ (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 1236). O jurista português explica que *Gewere*, no direito germânico anterior à romanização, consistia no apossamento material de um bem, que se realizava perante o povo ou testemunhas (p. 457, nota 150).

² Nos sistemas de direito anglo-americano, essa equivalência é melhor compreendida pela noção de *Consideration*, que está na base dos contratos em relação aos quais o Direito reconhece uma ação específica. Um dos primeiros aspectos avaliados pelo juiz, nesses países, é a existência de benefícios e encargos para ambas as partes. Assim, se uma das partes tem apenas os benefícios e a outra, os encargos (ou se há grande desproporção entre eles), falta a esse negócio a “*consideration*”. Dentro do espírito pragmático desses sistemas, tal ausência irá determinar uma compensação à parte prejudicada ou até mesmo a quebra do vínculo, conforme o caso.

³ *La Doctrina de los Actos Propios*. Barcelona: Bosch-Urgel, 1962. p. 65-66. *Apud* Arnaldo Rizzardo, 1982, p. 224.

⁴ Expressão usada por Menezes Cordeiro, p. 1248.

⁵ Caso *Pickard v. Sears*, 6 A. & E. (1837), *apud* Lígia Maura Costa (1994).

⁶ Embora alguns institutos do Direito germânico antigo tenham certa semelhança com a *supressio*, a ligação entre ambos é mais cultural do que dogmática. É o que afirma Menezes Cordeiro ao comentar que esse instituto surge “como esquema novo destinado a enfrentar problemas novos” (1984, p. 801).

⁷ Vide item 1.2, parte em que fala do “elemento subjetivo”.

⁸ Silvio Rodrigues (1959, p. 23) – citando artigos do C.C. Italiano: arts. 1428, 1431.

⁹ Metodologia da ciência do direito, p. 581.

Bibliografia

- BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, ano. 7/8, p. 15-53, 1973/1974.
- BURTON, Steven J. Breach of contract and the common law duty to perform in good faith. *Harvard Law Review*, vol. 94, p. 371.
- CANARIS, Claus Wilhelm. Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione. *Rivista Critica del Diritto Privato*, ano 1, n. 3, p. 567-617, 793-831, set. 1993.
- CORDEIRO, A. Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Almedina: Coimbra, 1984. v. 1, v. 2.
- CORREIA, A. Ferrer. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. Almedina: Coimbra, 1985.
- COSTA, Judith H. Martins. Os fundamentos da responsabilidade civil. *RTJE*, v. 93.
- _____. Jurisprudência comentada: princípio da boa-fé. *AJURIS*, n. 50, p. 207-227, nov. 1990.
- COSTA, Lúcia Maura. *O crédito documentário: e as novas regras e usos uniformes da Câmara de Comércio Internacional*, São Paulo: Saraiva, 1994.
- COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- _____. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra, 1984.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução de Eduard V. Fiol. Bosch: Barcelona, 1961.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e deveres de proteção. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1994. Separata do v. XXXVIII, Suplemento.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: RT, 1980.
- _____. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- KESSLER, Friedrich; FINE, Edith. Culpa in contrahendo, bargaining in good faith, and freedom of contract: a comparative study. *Harvard Law Review*, v. 77, n. 3, p. 401-449, jan. 1964.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958, tomo 1. Tradução de Jaime Santos Briz.
- _____. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 1992.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: RT, 1983. v. 2 e 4.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RIZZARDO, Arnaldo. Teoria da aparência. *AJURIS* n. 24, mar. 1982.
- RODRIGUES, Sílvio. *Dos defeitos dos atos jurídicos*. São Paulo: Max Limonad, 1959.
- SILVA, Clóvis V. Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- _____. Dever de indenizar. In: _____. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madri: Civitas, 1982.

Sobre a natureza jurídica dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas

Manoel Adam Lacayo Valente

“Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos; as conseqüências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares e quase sempre só de modo indireto atingem o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis.”¹

A Lei n.º 9.649, de 27 de maio de 1988, em seu art. 58, atribuiu nova roupagem jurídica às antigas autarquias corporativas, responsáveis pela fiscalização do exercício de profissões regulamentadas. O mencionado art. 58 foi redigido nos seguintes termos:

“Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa.

§ 1º A organização, a estrutura e o funcionamento dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas serão disciplinados mediante decisão do plenário do conselho federal da respectiva profissão, garantindo-se que na composição deste estejam representados todos seus conselhos regionais.

§ 2º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública

Manoel Adam Lacayo Valente é bacharel em Direito, com habilitação em Direito Público, bacharel em Comunicação Social e Consultor Legislativo, da área de Direito Administrativo, da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados.

qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

§ 3º Os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são regidos pela legislação trabalhista, sendo vedada qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública direta ou indireta.

§ 4º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas, bem como preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes.

§ 5º O controle das atividades financeiras e administrativas dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas será realizado pelos seus órgãos internos, devendo os conselhos regionais prestar contas, anualmente, ao conselho federal da respectiva profissão, e estes aos conselhos regionais.

§ 6º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, por constituírem serviço público, gozam de imunidade tributária total em relação aos seus bens, rendas e serviços.

§ 7º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas promoverão, até 30 de junho de 1998, a adaptação de seus estatutos e regimentos ao estabelecido neste artigo.

§ 8º Compete à Justiça Federal a apreciação das controvérsias que envolvam os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, quando no exercício dos serviços a eles delegados, conforme disposto no *caput*.

§ 9º O disposto neste artigo não se aplica à entidade de que trata a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.”

Dessa forma, a Lei nº 9.649/98, em medida repentina, transformou 447 (quatrocentos e quarenta e sete) entidades de direito

público em pessoas jurídicas de direito privado, repassando para essas corporações atividades típicas de Estado, *com destaque para o exercício do poder de polícia*, no que toca ao desempenho de atividades profissionais reguladas em lei.

Para compreensão criteriosa do contexto em que se deu a mudança normativa em questão, vale conhecer a *ratio legis* da medida adotada. Registre-se, por oportuno, que o art. 58 da Lei nº 9.649/98 resultou da Medida Provisória nº 1.549-35, de 9 de outubro de 1997.

Voltando à *ratio legis*. A *ratio legis* constitui o fundamento racional e objetivo da lei, sua razão de ser.

“Com efeito, ao buscar a correta exegese da lei o intérprete deve buscar a *ratio legis*, as razões de natureza política, econômica e social, próximas e remotas, que configuram o ambiente e o momento propício para a germinação da lei, como meio adequado, destinado a suprir necessidades identificadas, quantificadas e dimensionadas, em função do superior interesse público e sob a inspiração do objetivo-síntese, o bem comum.”²

A *Exposição de Motivos* da Medida Provisória traduz, em seu texto, a *ratio legis* da propositura:

“8. A segunda alteração que julgamos oportuno submeter a consideração de Vossa Excelência *diz respeito a desvinculação dos conselhos de fiscalização das profissões liberais da supervisão ministerial a que se refere o art. 26 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*.

9. Como é sabido, a análise e remessa ao Tribunal de Contas da União das prestações de contas desses conselhos eram, até o advento da *Decisão TCU nº 562, de 8 de novembro de 1995, procedidas de forma consolidada*, o que simplificava o procedimento operacional ao mesmo tempo em que exigia poucos recursos humanos, materiais

e financeiros para a realização dessa tarefa. *Com a medida adotada por aquela Egrégia Corte de Contas, a Secretaria de Controle Interno do Ministério do Trabalho, que auditava 32 Unidades Gestoras, passou a examinar e emitir relatório para mais de 600 unidades, incluindo Conselhos e órgãos autônomos.*

10. Ademais, os recursos administrados pelos referidos conselhos, em número de 447, equivalem a apenas 1% das despesas do Ministério do Trabalho e são originários da contribuição de seus filiados e não do orçamento dessa Pasta, *não justificando o aumento da força de trabalho naquela unidade para auditar tais entidades, em todo o território nacional*, com a conseqüente elevação das despesas, o que, por certo, tornaria o custo muito superior ao benefício.

11. Medida semelhante à que ora trazemos à consideração de Vossa Excelência foi adotada com relação à Ordem dos Advogados do Brasil, *que foi desvinculada do Ministério do Trabalho com base no § 1º do artigo 44 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.*³

Repassando as razões ensejadoras da edição do art. 58 da MP nº 1.549-35/97, temos que:

I - os conselhos de fiscalização das profissões liberais, até então, estavam submetidos à supervisão ministerial prevista no art. 26 do Decreto-Lei nº 200/67;

II - se estavam sujeitos à supervisão ministerial, por conseqüência, integravam a Administração Pública federal⁴;

III - nessa condição, os conselhos profissionais encontravam-se sob a supervisão do Ministério da Trabalho, sendo auditados pelo Tribunal de Contas da União, de forma consolidada;

IV - após o advento da Decisão nº 562 - TCU, de 8 de novembro de 1995, passou a ser exigida uma verificação plena da prestação de contas dos conselhos profissionais;

V - essa modificação, consoante o texto da Exposição de Motivos, sobrecarregou a

Secretaria de Controle Interno do Ministério do Trabalho, reclamando, para se manter o processo de controle anual, o aumento da força de trabalho daquela unidade;

VI - como, ainda segundo o teor da Exposição de Motivos, o investimento necessário poderia tornar o custo superior ao benefício, optou-se pela desvinculação dos conselhos de fiscalização das profissões liberais da órbita da Administração Pública.

Esses são, em síntese, os motivos determinantes da providência normativa governamental, inserta no art. 58 da MP nº 1.549-35/97. Outras razões, jurídicas, administrativas etc., não foram apresentadas, *ficando a vontade legislativa vinculada apenas ao desejo da racionalização do gasto público.*

Posteriormente, ocorreu a conversão da Medida Provisória nº 1.651/42, de 7 de abril de 1998, na Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Entretanto, cabe registrar que o Partido Comunista do Brasil – PC do B, o Partido Democrático Trabalhista – PDT e o Partido dos Trabalhadores – PT ajuizaram *Ação Direta de Inconstitucionalidade*, questionando a constitucionalidade do art. 58 e seus parágrafos da então Medida Provisória nº 1.549-36, de 6 de novembro de 1997. Efetivados os aditamentos necessários, em face das sucessivas reedições da Medida Provisória questionada, o Supremo Tribunal Federal, em 22 de setembro de 1999, deferiu pedido de medida cautelar para suspender a eficácia do art. 58 e seus parágrafos, com exceção do § 3º da Lei nº 9.649/99, até o julgamento final da Ação. Trecho extraído da ementa da ADIN nº 1.717-6/Distrito Federal sinaliza para o entendimento preliminar do STF sobre *a questão da natureza dos serviços de fiscalização de profissões regulamentadas*, nos seguintes termos:

“Com efeito, não parece possível, a um primeiro exame, em face do ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da C.F., a delegação, a uma entidade privada, de ativi-

dade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que tange ao exercício de atividades profissionais.

5. Precedente: M.S. nº 22.643.

6. Também está presente o requisito do *periculum in mora*, pois a ruptura do sistema atual e a implantação do novo, trazido pela Lei impugnada, pode acarretar graves transtornos à Administração Pública e ao próprio exercício das profissões regulamentadas, em face do ordenamento constitucional em vigor.

7. Ação prejudicada, quanto ao parágrafo 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998.

8. Medida cautelar deferida, por maioria de votos, para suspensão da eficácia do *caput* e demais parágrafos do mesmo artigo, até o julgamento final da Ação.”

Com a suspensão da eficácia do art. 58 e seus parágrafos da Lei nº 9.649/98 (excetuado o § 3º), pelo STF, a legislação anterior sobre as entidades de fiscalização profissional volta a produzir efeitos. O § 2º do art. 11 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, determina que “a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior *acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário*”. Assim, no presente, até o julgamento de mérito da ADIN nº 1.717-6/Distrito Federal, as entidades responsáveis pela fiscalização do exercício de profissões regulamentadas recuperam sua natureza autárquica, constituindo pessoas jurídicas de direito público submetidas ao ordenamento legal aplicável à Administração Pública.

Para finalizar, consignamos, sucintamente, nossa posição sobre a natureza jurídica dos conselhos de fiscalização profissional.

Os conselhos de fiscalização de profissões liberais foram criados como prolongamento do Estado para o atendimento do interesse público, pois o exercício de atividades de polícia, decorrentes do poder de polícia, far-se-á sempre em função do interesse da coletividade. Assim, é preciso afastar a compreensão de que os conselhos profissionais existem para defender interesses de seus integrantes, o que não corresponde ao papel institucional que lhes foi atribuído pelo Estado. Os conselhos profissionais não são entidades sindicais ou associativas, que representam perante a sociedade os interesses de seus filiados ou associados. O dever legal dos conselhos profissionais é o de zelar pelo interesse público, efetuando, para tanto, nos respectivos campos profissionais, a supervisão qualitativa, técnica e ética do exercício das profissões liberais, na conformidade da lei⁵.

Portanto, se os conselhos profissionais existem em função de um *mínus público* e para a prestação de atividades de serviço público, como informa o *caput* do art. 58, seu regramento, quanto à sua organização, estrutura e funcionamento, é de ordem pública, sendo indisponível para alterações ao livre critério, mesmo que majoritário, das respectivas assembleias gerais. De fato, ao serem promovidas alterações na organização dos conselhos, hoje prevista em leis, alterar-se-ão as disposições sobre, por exemplo, *competências* dos órgãos regionais e federais, que atribuem encargos estatais (atividades de polícia) a esse ou aquele setor da entidade, que conferem poder para aplicação de sanções restritivas de direitos e pecuniárias, que estabelecem o rito dos procedimentos disciplinares e recursais etc. Ora, todas essas prescrições organizacionais têm, sem embargo, reflexos nos direitos dos profissionais fiscalizados e no exercício das atividades de polícia, delegadas pelo Estado para a consecução do interesse público e não para prevalência do interesse da assembleia geral. Logo, como “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, a determinação constante do § 1º do art. 58 da Lei nº 9.649/98 vulnera, em nosso

entendimento, *o princípio da legalidade*, abrigado no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, além da *garantia do devido processo legal*, em seu sentido substantivo.

Não podem, por atos internos decorrentes de assembléia geral, resultar para o profissional quaisquer restrições do seu exercício laboral. *Todas as ações dos conselhos profissionais, quando no exercício da atividade de polícia profissional, têm que ter como fonte primária de fundamentação a lei em sentido estrito.* A parcela do poder de polícia que os conselhos profissionais exercem, por outorga legislativa, não é disponível ou alterável por deliberação “assembleística”, mesmo porque a Constituição determina que as *condições para o exercício de profissões* devem resultar de lei (art. 22, inciso XVI, da CF).

Essas situações indicam que a mudança introduzida pela Lei nº 9.649/98 não foi muito adequada em termos jurídicos, o que explica o seu questionamento perante o Supremo Tribunal Federal. No presente, até a decisão final da Corte Suprema, tem-se a árdua tarefa de conciliar a antiga legislação das entidades de fiscalização profissional com as medidas adotadas por essas reparti-

ções com fundamento na legislação cuja eficácia encontra-se, agora, suspensa.

Notas

¹ LUCCI, Atyr de Azevedo. O assessoramento legislativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 31, p. 159-172, jul./set. 1971.

² BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Parecer PGFN/nº 515/88. Procurador-Geral: Cid Heráclito de Queiroz. Diário da União, Brasília, 22 jul. 1988. p. 13.775.

³ Dados constantes da Exposição de Motivos Interministerial nº 26 - CCPR/MARE/MAA/MMARHAL/MF/MS, de 9 out. 1997.

⁴ O *caput* do art. 26 do Decreto-Lei nº 200/67 estabelece que: “No que se refere à *Administração Indireta*, a supervisão ministerial visará assegurar, essencialmente”. Assim, verifica-se, desde já, que os conselhos profissionais integravam a Administração Pública federal indireta.

⁵ No julgamento da Representação nº 930 – Distrito Federal, ocorrido em 5 de maio de 1976, o Supremo Tribunal Federal, no longo voto do Ministro Rodrigues Alckmin, teve oportunidade de abordar as diferenças finalísticas entre as ordens profissionais e os sindicatos, fazendo menção ao livro de Minvielle intitulado *Ordres et Syndicats* (páginas 49-51 do processo).

Função jurisdicional de mediata equidade em mandado de injunção

Rafael Cavalcanti Lemos

“Quando se lançam em leis regras jurídicas, atendeu-se ao que se supõe que aconteça. Tal suposição cria a generalidade de tratamento. Não se desce ao que é específico, se a especificidade não conduz à necessidade de trato especial. Mas, como o legislador pode pensar em existirem circunstâncias que revelem o desacerto da regra jurídica, ou mesmo a sua omissão, compreende-se que ponha em regras jurídicas a referência ao julgamento por equidade”

Pontes de Miranda (1997, p. 375).

1. Não é o termo “equidade” na literatura jurídica nacional ou estrangeira unívoco;

“assume, ao contrário, mais de um significado e, entre outros, o de interpretação segundo a natureza e finalidade do Estado (cf. Alípio Silveira, Conceito e funções da equidade, p. 182-183), ou, usando expressão encontrada em Biscaretti di Ruffia, exegese segundo os princípios gerais da ordem jurídica positiva do Estado” (BORJA, 1989, p. 44).

Representaria “equidade” mera “palavra-válvula, com que se dá entrada a todos os elementos intelectuais ou sentimentais que não caibam nos conceitos primaciais do método de interpretação” (MIRANDA, 1997, p. 375), e “a prática e os legisladores têm recorrido a essa noção ambígua, se não equívoca, com que se manda tratar com

Rafael Cavalcanti Lemos é Advogado em Recife, Pernambuco, e pós-graduando no curso de especialização em Direito Processual Civil da UFPE.

igualdade sem se definir de que igualdade se trata, nem se dizerem os seus começos e os seus limites” (p. 375). Acerca desse termo,

“‘vocábulo sonoro’, J. H. Correia Teles (*Comentário à lei da boa razão*. pr. n. 5), no suplemento ao citado comentário (Discurso sobre a equidade), escreveu: ‘creio ter aprovado quanta dificuldade há em julgar acertado conforme a equidade. O quanto seja mais fácil julgar bem conforme a lei é óbvio. Seja portanto corolário do que fica dito – *que nos não devemos negar ao estudo, persuadidos (de) que sem eles havemos (de) julgar retamente, só pelos ditames da equidade*’”(MIRANDA, 1997, p. 375).

Divisão todavia cediça de equidade é aquela que distingue esta social da individual.

Quanto ao segundo gênero,

“Aristóteles é responsável por sua definição como a justiça do caso concreto. A solução de litígios por equidade é a que se obtém pela consideração harmônica das circunstâncias concretas, do que pode resultar um ajuste da norma à especificidade da situação a fim de que a solução seja justa”¹.

Pode entretanto “acontecer que a lei não regule determinado caso. Nessa hipótese, os tribunais voltam ao método primitivo, em que o juiz formulava a regra que, em seguida, aplicava. É o ‘sistema da formulação judicial do Direito’ (TORNAGHI, 1989, p. 36).” O ordenamento jurídico “não admite lacunas; impõe aplicação de comandos normativos em concreto, quando elas porventura parecerem configuradas. É um sistema completo”². Cuida-se de equidade social, em que “a tarefa integradora ou de colmatação de lacunas é *criadora*, no sentido de criar como explícito algo já implícito no sistema jurídico, estabelecendo-se uma norma individual relativa à hipótese não regulamentada, submetida à apreciação do Judiciário” (DINIZ, 1998, p. 43).

Acham-se nos artigos 1º e 4º do Código Civil da Suíça de 10 de dezembro de 1907 a equidade social e a individual não confusas:

“Art. 1 (*application de la loi*). ¹ *La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l’esprit de l’une de ses dispositions.* ² *A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur.* ³ *Il s’inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.*”

e

“Art. 4 (*pouvoir d’appréciation du juge*). *Le juge applique les règles du droit et de l’équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d’appréciation ou qu’elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs.*” – “O art. 4º (*equidade individual*) manda que o juiz leve em conta as circunstâncias do caso concreto. O art. 1º (*equidade social*) ordena que, na falta de norma reguladora, o juiz aplique a que ele próprio formularia se fosse legislador” (TORNAGHI, 1989, p. 43).

2. Surge expressamente prevista em legislação brasileira a equidade pelo inciso 37 do artigo 113 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934: “Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade”:

“O Código Civil de 1916, no art. 7º da Introdução, dela não cogitara, se bem que, no direito anterior, certos critérios interpretativos chegassem aos mesmos resultados. O Código de Processo Civil de 1939, art. 114, inseriu a referência: ‘Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador’”(MIRANDA, 1997, p. 375).

O artigo 114 do Código de Processo Civil de 1939

“não dizia quando o juiz é autorizado a decidir por equidade. Portanto, para que o art. 114, que à equidade aludia, incidisse, era preciso que al-

guma lei dissesse: ‘resolvendo por equidade o juiz’, ou ‘de acordo com os princípios de equidade’, ‘decidirá equidosa-mente’. Sem isso, não cabia invocar-se o art. 114 (cf. 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 27 de abril de 1951, *R.R.*, 139, 131)”(MIRANDA, 1997, p. 379).

Proclamam respectivamente os artigos 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (decreto-lei 4.657/42) e 126 (redação pela lei 5.925/73) do Código de Processo Civil de 1973 que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” e “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.” Continua o 127 desse Código de Processo Civil: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei” – “Temos agora o texto de 1973, em que se alude à lei, qualquer que seja, que preveja os casos (‘nos casos previstos em lei’, art. 127)”(MIRANDA, 1997, p. 379). (v.g. artigo 1.109 do Código de Processo Civil de 1973: “O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna”).

3. O mandado de injunção é “instrumento de proteção” e “ferramenta forjadora de direitos”(TORNAGHI, 1989, p. 35), pois “alarga o campo da jurisdição de equidade” e “abre a porta para a renovação e o ajustamento do Direito a novas realidades sociais”³. Manifesta-se então por tríplice função social: “possibilita a solução de casos concretos para cuja regulamentação não há norma de lei”, “apressa a longa caminhada que o Direito teria que percorrer até chegar à formulação legislativa” e “evita as soluções revolucionárias”(TORNAGHI, 1989, p. 45).

Devem ser, em primeiro lugar atendidos o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (RUSCHEL, 1989, p. 42) e o 126 do Código de Processo Civil de 1973, os quais estatuem a preferência de que, não sendo descoberta “a norma para preencher a lacuna mediante o procedimento analógico⁴, recorre-se aos costumes⁵, e, se estes forem insuficientes, aos princípios gerais de direito⁶ e à equidade (DINIZ, 1998, p. 43). Pela “regra da total vinculação à lei” (artigo 127 do Código de Processo Civil de 1973)

“estaria vedado ao juiz decidir por equidade. Mas persistiria o dever de julgar, não como se legislador fosse, mas recorrendo à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito. Tal dever jurídico, agora, decorre de comando da própria Constituição que, ao instituir o mandado de injunção quis, declaradamente, remediar a inércia do legislador, confiando ao Judiciário o poder de supri-la (art. 5º, LXXI, Constituição)”(BORJA, 1989, p. 44):

reassume hierárquico grau constitucional

“o que já antes se admitia no processo judiciário civil e o atual Código sem dúvida mantém em seu artigo 126 (no caso de lacuna da lei) e no 127 (recurso à equidade). O juiz não pode eximir-se de decidir; tem de resolver a questão. Como também indica o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, deve recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito; enfim, dispor como lhe pareça de equidade. Em outras palavras, cabe-lhe criar a norma para resolver o caso. Ou, como vem do direito anterior, aplicar ‘a norma que estabeleceria se fosse legislador’ (artigo 114 do Código de Processo Civil de 1939)” (DUARTE, 1991, p. 132).

A jurisdição em mandado de injunção não é de imediata equidade. Caso esta porém se faça imperativo, cuida-se de equidade pelo legislador qualificada constitucional (TORNAGHI, 1989, p. 44). Constitui

essa jurisdição de equidade, portanto, legítima função⁷.

Notas

¹ Tercio Sampaio Ferraz Junior, (2001, p. 244). André Franco, Montoro, (1997, p. 122): no capítulo X do livro V de *Ética a nicômaco*, Aristóteles definiu a *επιεικεια* “uma adaptação da lei quando ela é deficiente por causa de sua universalidade”. Essa palavra grega é instrumento dos restantes sentidos: “conveniência”, “moderação”; “doçura”, “bondade” (PEREIRA, 1984, p. 210).

² Marcelo Duarte (1991, p. 132). Tercio Sampaio Ferraz Junior (2001, p. 215): “Historicamente, o problema das lacunas surge como questão teórica desde o momento em que a idéia de sistema impõe-se à concepção do ordenamento. Ela é, portanto, fruto da Era Moderna, da centralização e do monopólio da violência nas mãos do Estado e, conseqüentemente, do domínio sistemático da produção de normas, bem como da onipresença do legislador em relação a todos os comportamentos socialmente possíveis”. Maria Helena Diniz (*Compêndio...* 1997, p. 437 e *Lei de...*, 1997, p. 99-100): “Autores há que, ao examinarem a problemática das lacunas jurídicas, a consideram uma questão processual, uma vez que só surgem por ocasião da aplicação de normas a determinado caso para o qual não há, real ou aparentemente, norma específica”.

³ Hélio Tornaghi (1989, p. 41). “a instituição constitucional do mandado de injunção alarga o âmbito da atividade jurisdicional, porque, por ele, a Constituição autoriza o juiz decidir por equidade, o que significa determinar que ele aplique a lei como se fosse legislador” (SILVA apud CATHARINO, 1990, p. 72).

⁴ “Para integrar a lacuna, o juiz recorre, preliminarmente, à *analogia*, que consiste em aplicar, a um caso não contemplado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado” (DINIZ, *Compêndio*, 1997, p. 446 e *Lei de introdução*, 1997, p. 110). “Há autores” “que costumam distinguir *analogia legis* de *analogia juris*. A *analogia legis* consiste na aplicação de uma norma existente, destinada a reger caso semelhante ao previsto. E a *juris* estriba-se num conjunto de normas, para extrair elementos que possibilitem sua aplicabilidade ao caso concreto não contemplado, mas similar” (*Compêndio...*, p. 450-451 e *Lei de introdução*, 1997, p. 113-114).

⁵ “consoante o “art. 4º da atual Lei de Introdução, situa-se o costume imediatamente abaixo da

lei, pois o magistrado só poderá recorrer a ele quando se esgotarem todas as potencialidades legais para preencher a lacuna” (DINIZ, *Compêndio*, p. 455 e *Lei de introdução*, p. 118): “A grande maioria dos juristas, entre os quais citamos Storn, Windscheid, Gierke, Clóvis Beviláqua, Vicente Ráo, Washington de Barros Monteiro, sustenta que o costume jurídico é formado por dois elementos necessários: o uso e a convicção jurídica, sendo portanto a norma jurídica que deriva da longa prática uniforme, constante, pública e geral de determinado ato com a convicção de sua necessidade jurídica” (*Lei de introdução*, 1997, p. 119).

⁶ “Quando a analogia e o costume falham no preenchimento da lacuna, o magistrado supre a deficiência da ordem jurídica, adotando *princípios gerais de direito*, que” “são cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico”(DINIZ, *Compêndio*, 1997, p. 456 e *Lei...*, 1997, p. 123). “Esses princípios que servem de base para preencher lacunas não podem opor-se às disposições do ordenamento jurídico, pois devem fundar-se na natureza do sistema jurídico, que deve apresentar-se como um ‘organismo’ lógico, capaz de conter uma solução segura para o caso duvidoso. Com isso se evita que o emprego dos princípios seja arbitrário ou conforme as aspirações, valores ou interesses do órgão judicante” (Idem, *Compêndio...*, p. 457 e *Lei...*, p. 124).

⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 819: “*função*” “ação própria ou natural dum órgão, aparelho ou máquina”. *Michaelis – moderno dicionário da língua portuguesa*. Disponível em: [http://www.uol.com.br/bibliot/dicionar/](http://www.uol.com.br/bibliot/dicionar/:): “*função*” “ação natural e própria de qualquer coisa”. FERREIRA, Gilberto. Mandado de injunção. *Jurisprudência Brasileira*. n. 161, p. 49, jan./mar. 1991: o Judiciário “estará exercendo a sua mais lúdima função de aplicar o direito”.

Bibliografia

- BORJA, Célio. O mandamento de injunção e o habeas data. *Forense*, v. 306, p. 44, abr./jun. 1989.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Lei de Introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Norma constitucional e seus efeitos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

- DUARTE, Marcelo. Mandado de injunção. *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, n. 110, p. 132, abr./jun. 1991.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 2.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 24. ed. São Paulo: RT, 1997.
- PEREIRA, Isidro. *Dicionário grego-português e português-grego*. 6. ed. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1984.
- RUSCHEL, Ruy Ruben. Contornos constitucionais do mandado de injunção. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 45, p. 42, mar. 1989.
- SILVA, José Afonso da. *Mandado de injunção e 'habeas data'*. São Paulo: RT, 1989. p. 45. Apud CATHARINO, José Martins. Mandado de injunção coletivo: cabimento, natureza, finalidade e alcance da sentença injuntiva. *Repertório IOB de jurisprudência, trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 4, 2. p. 72, 2. quinzena fev. 1990.
- TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. *Revista de processo*, São Paulo, n. 56, p. 41, out./dez. 1989.

A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana

Marcos André Couto Santos

Sumário

Introdução – delimitação do tema, importância, divisões e metodologia. 1. O ser humano, a sua complexidade, a regulamentação de suas relações pelo direito e as crises. 2. As perspectivas de análise do direito: necessidade de reconstrução. 3. A busca de um conteúdo para o direito: tentativa de delimitação. 4. Por uma nova perspectiva de análise para o direito e sua teoria geral: a preservação da dignidade da pessoa humana. 5. A aplicação da perspectiva de uma Teoria Geral do Direito para preservação da dignidade da pessoa humana: uma visão concreta. 6. Conclusão.

Introdução – delimitação do tema, importância, divisões e metodologia

Interessante notar, prefacialmente, existirem discussões dentro do direito que, até a presente data, ainda não obtiveram uma pacificação e harmonização por parte do entendimento doutrinário e jusfilosófico.

Essas questões dizem respeito ao próprio fundamento do direito e sua relação com o homem em todos os seus níveis. Podem-se relatar aqui as fundamentais indagações na forma de perguntas: 1) O direito é ciência? 2) O direito somente é norma? 3) As fontes do direito são apenas as decorrentes do Estado? 4) Direito e poder se confundem? 5) O que é a justiça? 6) O que é dar efetividade às normas jurídicas? 7) O direito é conservador ou transformador da realidade social?

Marcos André Couto Santos é Procurador Federal. Professor Auxiliar de Direito do Trabalho da FAFIRE/PE. Mestrando em Direito Público pela UFPE.

8) No direito, deve prevalecer a forma ou o conteúdo?

Como se atesta, as questões levantadas são extremamente relevantes e denotam a necessidade da construção de uma Teoria Geral do Direito que realmente delinear o fenômeno jurídico em toda a sua pujança, delimitando-o em seus caracteres fundamentais de forma a que se tenha uma perspectiva formal e um conteúdo seguros ao direito para que este possa atender às suas finalidades precípuas.

Nesse ponto, a Teoria Geral do Direito ainda é incipiente, caso comparada com outras searas do conhecimento humano como a física, a matemática, a biologia, entre outros, restando, por incrível que pareça, ainda a discussão se o direito é ou não uma ciência, como ressaltado acima!

Ora, se ainda não se tem nem plena segurança do caráter científico do direito, resta complexa a tarefa de delimitar uma Teoria Geral do Direito que pressupõe método, conceitos, institutos, harmonização e sistematização para organizar o conhecimento existente sobre o fenômeno jurídico.

Realmente, a importância da Filosofia neste ponto é fulcral. É a filosofia que vai tentar demonstrar as alternativas e detalhar o conteúdo da “Ciência do Direito” e da sua Teoria Geral. A filosofia vai auxiliar na busca dos caminhos que responderão a questões essenciais para o direito que podem ser resumidas em cinco grandes indagações: 1) O que é o direito? 2) O que deve ser o direito? 3) O que pode vir a ser o direito? 4) O que virá a ser o direito? 5) Para que serviu, serve e servirá o direito?

Essas indagações dizem respeito à tentativa de dar um conteúdo material para o fenômeno jurídico, com a determinação de sua finalidade, da sua ontologia e dos rumos que o direito deve seguir para realizar-se em toda a sua plenitude.

O presente trabalho está inserido nesse contexto, buscando fazer uma crítica da forma como se pensou e vem-se pensando o direito enquanto produto cultural humano,

tentando delinear uma Teoria Geral do Direito renovada que atenda às finalidades e anseios específicos do ser humano.

Perceber-se-á nos capítulos seguintes a necessidade de determinar o papel do direito perante a humanidade, e principalmente os questionamentos acerca do conteúdo desse direito. Ressaltar-se-á a necessidade de um comprometimento de todos, para que o direito possa adquirir uma aplicação efetiva rumo à proteção da dignidade da pessoa humana em todos os seus âmbitos.

Este ensaio científico encontra-se dividido em cinco capítulos, objetivando-se; ao final, delinear novos rumos para o entendimento, o estudo e o desenvolvimento de uma Teoria Geral do Direito renovada que tenha como base real a proteção da chamada dignidade do ser humano.

No primeiro capítulo, analisa-se o ser humano em toda a sua força e complexidade, asseverando a necessidade de formas de controle social, como o direito, para manutenção da harmonia social, atestando-se a existência de crises de valor e da crise no direito que se vive na atualidade. Nesse capítulo, busca-se atestar que o homem realmente precisa do direito para manter a paz, harmonia social, possibilitando o progresso da humanidade, e que as crises existem para o próprio desenvolvimento e contínuo aperfeiçoamento humano.

Depois, no segundo capítulo, destacam-se, de forma breve, as principais perspectivas de análise do fenômeno jurídico desenvolvidas pelo homem e que ainda têm reflexos na atualidade, destacando as conhecidas posições formalistas, sociologistas, empiristas, normativas, entre outras, que procuram determinar a forma como o direito deve ser produzido, analisado, aplicado, entendido, pensado e estudado. Nesse ponto, vai ficar demonstrada a necessidade de uma reconstrução da perspectiva de análise do fenômeno jurídico, asseverando as novas teorias que tentam superar as visões reducionistas e parciais que tentam delimitar o direito como fenômeno cultural humano.

Na seqüência, no terceiro capítulo, tenta-se demonstrar a necessidade de se buscar um conteúdo para o direito, delimitando sua finalidade, a fim de se poder construir uma Teoria Geral do Direito dotada de cientificidade. Nessa parte do trabalho, restará atestado que, atualmente, o conteúdo do direito, em todas as formas de sua manifestação, deve estar comprometido com a preservação da dignidade da pessoa humana (direitos humanos, fundamentais, garantia plena da pessoa em toda sua integralidade).

Depois, no quarto capítulo, procura-se destacar a forma como a Teoria Geral do Direito deve delimitar e destacar o conteúdo do fenômeno jurídico, atestando sempre a necessidade de que todos os conceitos, institutos e teorias desenvolvidas devem ter base e fundamento na proteção plena da dignidade da pessoa humana. Aqui, ver-se-á, de forma breve, a participação da sociedade, a forma como se deve destacar a proteção do ser humano pelo direito e a maneira como o direito deve ser acessível a todos.

Por fim, no quinto capítulo, destaca-se a necessidade de um comprometimento de toda a sociedade com esse novo tipo de direito dentro da remodelação de sua Teoria Geral, demonstrando-se que a efetividade/concretização/aplicabilidade do conteúdo normativo do direito não depende só do Estado, mas de toda a comunidade que tem a responsabilidade de aceitar o encargo de criar um ambiente social inclusivo para todos os seres humanos, em respeito pleno à sua dignidade.

A importância do estudo, que ora se apresenta, consiste em tentar estabelecer uma reflexão multidisciplinar, mudando um pouco a forma de pensar o direito que, tradicionalmente, é tão formal e distante, demonstrando poder o direito servir como uma ciência baseada em uma Teoria Geral que venha a dar ao homem mais “humanização” em suas relações sociais, criando laços de solidariedade e de proteção real aos semelhantes.

Ressalte-se, por fim, que se o trabalho ora apresentado for considerado uma crítica utópica em sentido pejorativo ou um sonho, prefiro ser um sonhador do que passar a vida sem tentar contribuir para melhoria do que está posto, principalmente porque triste é aquele que não sonha por um mundo melhor e mais humano. Prefiro, enfim, demonstrar que o suposto sonho pode vir a tornar-se realidade com base em dados concretos de ciência, do que me omitir e escrever linhas de defesa de algo arcaico e primitivo como o direito infelizmente ainda se mostra na atualidade.

1. O ser humano, a sua complexidade, a regulamentação de suas relações pelo direito e as crises

O ser humano, dentro de sua racionalidade, criou um mundo só seu, chamado de mundo cultural na expressão de Carlos Cósio. Esse mundo cultural é formado por interesses, objetivos, sentimentos e vontades que só um ser que tem consciência de sua existência, como o homem, possui.

Na vida em coletividade, o homem construiu esse mundo diferenciado da natureza, vivenciando uma multiplicidade de sentimentos dentro de sua evidente complexidade de “animal superior”.

Percebeu o ser humano que “a união faz a força”, surgindo nesse ponto o sentimento de solidariedade. Mas também se conscientizou, desde as épocas remotas, do fato de que, explorando outro ser humano, irá ter mais vantagens, viver melhor, ser mais rico, poderoso e vigoroso, conquistando posições e firmando-se até como “líder”, seja econômico, político, religioso, etc; diante e dentro da coletividade.

O ser humano, nesses termos, é esse misto de sentimentos, de dubiedades, em síntese: um intrincado ser espiritual dotado de amor e de ódio! Tal fato é percebido, de forma clara, analisando a história da humanidade, na qual se relatam momentos de pura reflexão espiritual com a tentativa de disse-

minação de ideais de solidariedade, mas também momentos de competição que conduziram a guerras, mortes e seqüelas que ficaram registrados e foram causados pelo ser humano ao longo dos tempos.

De forma simplória, traça-se o esboço acima para demonstrar que os homens (seres humanos) precisam desenvolver formas de controle social sobre os demais homens (seres humanos), a fim de que se viabilizem o convívio social e a produção de riquezas para atingir o bem comum.

Prefacialmente, e de uma forma rudimentar nas sociedades “primitivas”, estabeleceram-se as “verdades” religiosas, o respeito à “moral eterna” advinda de crenças dos grupos humanos que davam apoio e base a certa segurança no convívio social existente, possibilitando a manutenção do grupo e não a sua destruição por brigas e supostas disputas. Havia, assim, o respeito às divindades (religião), aos usos, aos costumes, à moral, tudo no início misturado, formando padrões de normas éticas não-diferenciadas. Nessa esteira, surge posteriormente o direito, mas ainda mesclado à religião, aos costumes, à moral, sendo algo assim não-diferenciado.

A diferenciação do direito das demais normas éticas é um fenômeno moderno que estabelece padrões de conduta coercíveis, impostas pelo ente estatal em benefício, supostamente, de toda a coletividade¹.

Claro que todas as normas éticas, como moral, religião, direito, principalmente em épocas primitivas, eram impostas por uma minoria que dominava e controlava essas fontes normativas, seja por serem “enviados dos deuses”, “profetas”, “pajés”, seja por serem os “próprios deuses” (faraós, monarcas absolutos), ou seja por serem “representantes da vontade do povo” (parlamentares, governantes).

O direito moderno passou a se basear em critérios próprios, elencados na chamada dogmática jurídica, auto-reproduzindo-se nas sociedades mais desenvolvidas com base em valores estabelecidos ao longo da história, visando precipuamente à manuten-

ção da paz, segurança, ordem e harmonia social – tudo isso consubstanciado na vaga palavra: Justiça.

Aparece o direito, para a maioria dos juristas, como um fenômeno de poder, uma forma de controle social, um modo de estabelecer regras que devem ser seguidas obrigatoriamente por todos da sociedade sem análise do seu conteúdo moral, por exemplo, destacando a nota prefacial de conferência de estabilidade às relações sociais diante da previsibilidade de aplicação de sanções pelo descumprimento das regras/normas.

O direito passou, assim, dentro das sociedades modernas, a ter um papel fundamental na garantia da estabilidade social, tornando viável o convívio humano em sociedades altamente complexas, nas quais existem milhões de seres humanos desejosos de bens, valores e pretensões cada dia mais diferenciados.

Entretanto, as crenças humanas, as ideologias, os valores humanos, ao longo da história, sofreram imensas mutações e questionamentos. Quantas civilizações, filosofias, teorias perderam sua validade ou foram desconsideradas em face do suposto progresso da humanidade. Nesse ponto, insere-se uma característica natural, que é a tendência do homem a vivenciar crises, no mais das vezes, provocadas por ele mesmo dentro de sua perspectiva e forma de ser insaciável, de querer continuamente mudar.

Ressalte-se que as crises não são negativas, ao contrário, denotam o suposto desenvolvimento de novas idéias e de novos fundamentos de justificação do poder.

A história, nesse ponto, é riquíssima em exemplos, já que delineia a própria análise das crises, a superação das mesmas e a formação de novas sociedades/doutrinas/filosofias. Observem-se as quedas dos Impérios do Oriente (Egito, Mesopotâmia) na época das civilizações antigas; a criação do Império Romano e sua derrocada frente ao cristianismo; as Idades Média e Moderna com o poderio da Igreja Católica e as críti-

cas formuladas pelos luteranos calvinistas, que conduziram ao fim dos Estados Monárquicos e à efetivação do Estado Contemporâneo, baseado em Cartas Fundamentais e na proteção dos direitos humanos.

Tais crises e quedas de regime, com a formulação de novas doutrinas/filosofias, formas de controle estatal, são próprias da evolução e busca de maior realização dos próprios seres humanos.

Hoje, existem fatores variados que questionam, todavia, a legitimidade desse direito e das normas jurídicas como um todo, procurando demonstrar a inoperância do sistema jurídico para atender aos reclamos sociais e manter a estabilidade jurídico-social. Bem ressalta David Wilson de Abreu Pardo a complexificação adquirida pelas sociedades atuais em desconexão com as normas do ordenamento jurídico. Veja-se a análise na órbita da crise constitucional:

“Neste sentido, devemos levar em consideração vários fatores: a questão do pluralismo social, que perturba decisivamente a função de unidade e integração da lei constitucional; o problema da criação de ordens jurídicas supranacionais, tornando a constituição um anacronismo; ainda o fenômeno da personalização do poder (legitimidade pessoal – e não constitucional); o mito da revolução através da lei, que aponta para a diminuição da força ordenadora da constituição perante a meta da revolução e, finalmente, a progressiva ideologização das constituições, ameaçando convertê-las em ‘programas partidários’. Teríamos, como resultados desses sintomas, a perda do sentimento constitucional e da cedência da força normativa da constituição ante a normalidade social” (1999, p. 116).

Outro exemplo de crise é a conhecida decepção provocada pela inefetividade do direito diante da suposta decadência do constitucionalismo social. A figura da Constituição Dirigente, que conduziria suposta-

mente à efetivação/concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais, não vem apresentando o resultado esperado por falta de atuação efetiva do grupo social, gerando uma crise evidente de perda de legitimidade dos sistemas jurídicos atuais. Essa crítica é feita de forma surpreendente pelo próprio fundador da tese da Constituição Dirigente, J.J. Gomes Canotilho:

“As constituições dirigentes, entendidas como constituições programático-estatais, não padecem apenas de um pecado original – o da má utopia do sujeito projectante, como dissemos; elas ergueram o Estado a ‘homem de direcção’ exclusiva ou quase exclusiva da sociedade e converteram o direito em instrumento funcional dessa direcção. Deste modo, o Estado e o direito são ambos arrastados para a crise da política regulativa. Por outro lado, erguer o Estado a ‘homem de direcção’ implica o desconhecimento do alto grau de diferenciação da estatalidade pluralistamente organizada. Por outro lado, confiar ao direito o encargo de regular – e de regular autoritária e intervencionisticamente – equivale a desconhecer outras formas de direcção política que vão desde modelos regulativos típicos da subsidiariedade (...)” (1996, p. 9).

Assevera o autor referido que a crise da Constituição Dirigente (constitucionalismo social) ocorre porque o ente estatal não pode ser responsável pela concretização de todos os direitos sociais, econômicos e culturais, etc..., deve-se fundar o pacto constitucional na cooperação efetiva de todos na busca da densificação das normas e valores constitucionais essenciais. Bem fala o autor sobre essa teoria da constituição moralmente reflexiva com a necessidade de participação ativa de toda a sociedade:

“Nesta perspectiva, certas formas já apontadas de ‘eficácia reflexiva’ ou de ‘direcção 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. Além disso, devem considerar-se superadas as formas totalizantes e planificadoras globais abrindo o caminho para ações e experiências locais (princípio da relevância) e dando guarida à diversidade cultural (princípio da tolerância) “(1996, p. 16-17).

Passa, dentro dessa crise no direito, a ocorrer, então, a busca incessante por um novo paradigma que informe as normas jurídicas e o fenômeno jurídico como um todo, viabilizando a realização das expectativas populares, concretizando os enunciados normativos postos nas Cartas Fundamentais e no ordenamento jurídico como um todo, garantindo a preservação da ordem e segurança com a paz social, buscando criar uma Teoria Geral do Direito renovada. De forma até certo ponto dramática, conclui David Wilson de Abreu Pardo:

“De fato, não se desconhece a profunda fragmentação da realidade social. Esse é um ponto a ser considerado na crítica pós-moderna: a hipercomplexificação do mundo em que vivemos (...) Dessa forma, um novo conceito jurídico de Constituição que apreenda aquela tensão referida se faz necessário. Ao mesmo tempo em que se faz presente a força normativa da legalidade dos poderes públicos, o estatuto daí resultante deve se abrir a um diálogo com as regras extra-legais do meio societário. Como diz Canotilho, não se trata da dissolução da constituição formal na velha ‘constituição real’, nos ‘fatos políticos’”(1999, p. 121).

Como se atestou, o ser humano ao longo da história viveu e continua vivendo crises e tenta superá-las, a fim de estabelecer melhores condições de vida com maior harmonia social.

Nesse momento, conforme deveras salientado, vive-se no direito uma dessas enormes crises, fruto principalmente de uma inaptidão efetiva de concretização de direitos fundamentais, sociais, econômicos. Essa crise urge por uma superação que, salvo melhor juízo, só será obtida pelo estabelecimento de um novo pacto social e pela implementação de uma Teoria Geral do Direito baseada em dados de ciência (cf. LAFER, 1998).

Dentro desse contexto, perceber-se-á quão difícil é dar garantia e proteção a valores, direitos e preservar o próprio ser humano. O próprio conteúdo do direito e sua estrutura dogmático-positivista vêm sendo questionados, criticados e postos em xeque. O direito oficial, salvo melhor juízo, parece não conseguir dar respostas sociais efetivas aos problemas postos, acabando por surgir movimentos alternativos que questionam a própria legitimidade do sistema jurídico-político vigente, tentando estabelecer novos paradigmas de atuação, de conteúdo e de valor para o direito.

Essa crise jurídica está envolvida com a criação de um ambiente supostamente de globalização econômica, de pluralismo social e de avanço das idéias filosóficas, mas também de exclusão social, pobreza, marginalização, ignorância e tirania. Tal embate de valores positivos e negativos acaba por fragilizar a democracia, devendo o ser humano aprender a necessidade da solidariedade social com atuação conjunta do ente estatal e da sociedade organizada para dar oportunidade aos menos assistidos, fazendo prevalecerem e se realizarem os direitos fundamentais para garantia da dignidade da pessoa humana. Habermans mostra que é melhor cultivar a solidariedade humana:

“Para quebrar as correntes de uma universalidade falsa, meramente presumida, de princípios universalistas criados seletivamente e aplicados de maneira sensível ao contexto, sempre se precisou, e se precisa até hoje, de movimentos sociais e de lutas políticas no sentido de aprender das experiên-

cias dolorosas e dos sofrimentos irreparáveis dos humilhados e ultrajados e dos mortos, que ninguém pode ser excluído em nome do universalismo moral nem as classes subprivilegiadas nem as nações exploradas nem as mulheres tornadas domésticas nem as minorias marginalizadas. Quem exclui o outro, que lhe permanece um estranho, em nome do universalismo, trai sua própria idéia. O universalismo do respeito igual em relação a todos e da solidariedade com tudo o que tenha semblante humano se comprova apenas na libertação radical de histórias individuais e de formas particulares de vida” (JÜRGEN HABERMANS apud PORFÍRIO; FERNANDES, 1998, p. 65-84).

Enfim, o ser humano em sua complexidade é formado por sentimentos cambiantes que se externam no plano do amor e do ódio, que podem conduzi-lo a belas atitudes de solidariedade, mas também podem gerar guerras e destruições massiças. Nesse contexto, para frear os ímpetos dos seres humanos, tornando possível o convívio social, surgem as formas de controle, como é o direito. Esse direito, baseado em normas e regras coercíveis na modernidade, encontra-se em crise, por já não atender aos anseios do homem, necessitando de urgente reformulação em toda sua contextura e na sua Teoria Geral, principalmente na busca de um conteúdo específico, para manter a ordem, a estabilidade, protegendo o ser humano em toda a sua magnitude.

2. As perspectivas de análise do direito: necessidade de reconstrução

Na análise acima destacada, percebe-se que o modelo do direito atualmente vigente na sociedade contemporânea está em crise. A seguir, procura-se demonstrar de forma sintética como o fenômeno jurídico foi pensado ao longo da história da humanidade, com base em alguns expoentes do pensamento jurídico.

As doutrinas que vão merecer breve análise para os fins deste trabalho são: as teorias formalistas; as teorias decisionistas; as teorias sociológicas; as teorias alternativistas; as teorias interpretativas. A seguir discorrer-se-á brevemente sobre cada uma.

Inicialmente, quando se está criticando o direito moderno, deve-se levar em conta que a análise a ser empreendida começa a partir da Revolução Francesa, quando ocorreu a laicização do Estado, separando-se de modo cabal – pelo menos formalmente – o direito da religião e das demais ordens éticas.

Nesse contexto, destacam-se primeiro as teorias formalistas do direito. Essas teorias formalistas têm em Hans Kelsen seu maior expoente. Esse autor defende que o importante para o direito é ter uma teoria geral que permita saber como as normas jurídicas são produzidas, criadas e aplicadas, não importando, pelo menos para a Teoria Pura do Direito, a questão do conteúdo da norma posta.

Como se vê, a Teoria Pura consiste numa tentativa de dar cientificidade ao direito, delimitando de forma sistematizada e com metodologia própria o modo como as normas e os ordenamentos jurídicos são constituídos e se desenvolvem. É uma teoria que foge ao aspecto do valor, tendo um conteúdo eminentemente formalista, apegado à tentativa de dotar o direito de uma clara autonomia enquanto Ciência Pura. Bem claro é Kelsen ao asseverar a pureza de sua teoria normativo-formalista:

“A ‘pureza’ de uma teoria do Direito em que se propõe uma análise estrutural de ordens jurídicas positivas consiste em nada mais que eliminar de sua esfera problemas que exijam um método diferente do que é adequado ao seu problema específico. O postulado da pureza é a exigência indispensável de evitar o sincretismo de métodos, um postulado que a jurisprudência tradicional não respeita ou não respeita suficientemente” (1998, p. 291).

Assevere-se que Kelsen não defendia a ausência de conteúdo para as normas jurí-

dicas, mas dizia que o problema do conteúdo refoge à Teoria Pura do Direito, sendo a Justiça e os valores imanentes às normas problema afeito a outras áreas do conhecimento².

A crítica é que a Teoria Pura do Direito apresenta-se formalista e não delimita um conteúdo específico para o direito, apenas se preocupando com a norma enquanto enunciado que precisa ser informada para ser produzida, criada, ter vigência, validade e eficácia.

De forma ainda mais radical, tem-se as chamadas teorias decisionistas, nas quais o expoente sem dúvida foi Carl Schmitt na análise que fez na órbita do direito constitucional.

Defende Carl Schmitt que o direito e o poder estão umbilicalmente ligados, sendo o conteúdo da Constituição uma decisão política que prevalece, fazendo-se norma.

Para o autor, não existem valores a se protegerem de forma utópica, mas sim a necessidade de asseverar que as normas jurídicas são decisões políticas e assim devem ser tratadas. Comentando o teor da Constituição, destaca Schmitt:

“La Constitución no es, pues, cosa absoluta, por cuanto que no surge de sí misma. Tampoco vale por virtud de su justicia normativa o por virtud de su cerrada sistemática. No se da a sí misma, sino que es dada por una unidad política concreta. Al hablar, es tal vez posible decir que una Constitución se establece por sí misma sin que la rareza de esta expresión choque en seguida. Pero que una Constitución se dé a sí misma es un absurdo manifesto. La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da. Toda especie de normación jurídica, y también la normación constitucional, presupone una tal voluntad como existente” (1982, p. 46).

Leva, nesses termos, ao extremo Schmitt a idéia de direito vinculado ao poder, tornando o próprio direito apenas uma forma de manifestação das forças dominantes sem

maiores condicionamentos, nem tampouco autonomia própria.

A crítica é que essa teoria também é formalista, afetando a própria autonomia que se almeja emprestar ao direito, que é reduzido ao fenômeno político como uma das formas de sua expressão; não tendo, assim, princípios próprios mais elevados, nem tampouco autonomia para realizar um plexo de valores diferenciado.

Também, tem-se a visão das teorias sociológicas do direito, que têm como um importante representante no Brasil o Prof. Cláudio Souto, desenvolvendo uma teoria social do direito que almeja determinar um conteúdo científico-social ao fenômeno jurídico (direito).

As teorias sociológicas procuram mostrar o direito como uma forma de controle social que visa a proteger os valores sociais fundamentais humanos, destacando que o direito não é só a lei/norma, mas também é o conteúdo social subjacente que será regulado.

Cláudio Souto destaca que a análise juspositivista do direito com base em teorias normativas é reducionista, não dotando de cientificidade o direito. Segundo defende, o certo seria perceber o contexto social das relações humanas e delas inferir-se, com base em dados empíricos de ciência, o conteúdo do direito e das normas jurídicas que merecem proteção por terem sustentáculo social.

Estabelece o autor que o direito deverá preservar e plasmar um sentimento de agradabilidade entre os seres humanos, efetivando uma esfera de segurança e paz social, na qual os conflitos serão resolvidos de forma cabal pela análise do contexto social subjacente em toda sua plenitude fática com auxílio de dados concretos de ciência. Veja-se a lição do autor:

“Como o direito é forma e conteúdo ao mesmo tempo, e inseparavelmente, se se lhe quer atribuir o máximo possível de segurança cognitiva, é preciso informá-lo de lógica em sua forma, e de ciência substantiva em seu conteúdo. E quanto mais rigorosa seja

a ciência substantiva que informe o jurídico, maior, evidentemente, a segurança cognitiva deste”³.

A crítica é que essas teorias procuram ver o fato social como o fundamento do direito, procurando reduzi-lo à interpretação dos fatos sociais concretos, incorrendo no mesmo erro acima delineado de serem reducionistas e parciais. Isso porque essas teorias sociológicas não asseveram o conteúdo do direito que não seja a interpretação dos fatos sociais para a resolução de conflitos subjacentes, tornando o direito muito mais um capítulo da sociologia do que propriamente a ciência autônoma com seus métodos e realidades próprias.

Ainda, tem-se as teorias alternativas do direito ou, como mais popularmente são conhecidas, as teorias do direito alternativo.

As teorias do direito alternativo buscam mostrar que o direito não se restringe ao direito oficial, ou seja, ao direito estatal, que há o direito das favelas, das minorias, que há um direito diferente do meramente estatal.

Tentam demonstrar que esse direito de base mais empírica, e ligado supostamente a uma realidade social de periferia, é mais efetivo e realizável do que o direito oficial, tendo mais legitimidade para proteção da coletividade, devendo ser reconhecido e amparado pelo direito oficial.

Além dessa visão do direito alternativo, há outros pensadores que tencionam demonstrar que o direito alternativo é aquele direito atual, estando mais ligado aos problemas humanos recentes, seria ainda o direito das lutas sociais, devendo prevalecer essa realidade contra as normas estatais cristalizadas em Códigos de dezenas ou até centenas de anos atrás que não tem mais sustentáculo axiológico, nem fático nas relações humanas subjacentes.

A lição de Roberto Lyra Filho nesse sentido é pujante ao analisar a perspectiva de uma Justiça Social:

“Justiça é Justiça Social, antes de tudo: é atualização dos princípios condutores, emergindo nas lutas so-

ciais, para levar à criação duma sociedade, em que cessem a exploração e opressão do homem pelo homem; e o Direito não é mais, nem menos, do que a expressão daqueles princípios supremos, enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdade. Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que define nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas. À injustiça, que um sistema institua e procure garantir, opõe-se o desmentido da Justiça Social conscientizada; às normas, em que aquele sistema verta os interesses de classes e grupos dominadores, opõem-se outras normas e instituições jurídicas, oriundas de classes e grupos dominados, e também vigem, e se propagam, e tentam substituir os padrões dominantes de convivência, impostos pelo controle social ilegítimo; isto é, tentam generalizar-se, rompendo os diques da opressão estrutural. As duas elaborações entrecruzam-se, atrimam-se, acomodam-se momentaneamente e afinal chegam a novos momentos de ruptura, integrando e movimentando a dialética do Direito. Uma ordenação se nega para que outra a substitua no itinerário libertador. O Direito, em resumo, se apresenta como positividade da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas sociais e formula os princípios supremos da Justiça Social que nelas se desvenda” (1992).

A base do pensamento dos alternativistas, enfim, reside exatamente no fato de o direito oficial não conseguir se realizar, não resolvendo problemas humanos fundamentais, restando patente o seu caráter conservador de direito posto por uma minoria do-

minante em contraste com a realidade subjacente.

Essas críticas realmente têm procedência em sua generalidade. Só que se deve perguntar o que os alternativistas pretendem: o fim do direito estatal? O fim da interpretação atrelada a normas aprovadas pelos parlamentares dentro de um regime democrático? Qual o conteúdo do novo direito a ser criado? Quais os limites a esse novo direito alternativo?

Realmente, não define o movimento do direito alternativo o conteúdo do novo direito que querem construir e efetivar, não delimitam um método para criação, modificação e até modernização do direito a ser implantado em lugar do direito oficial. A teoria do direito alternativo perde assim substância, sendo passível de causar maiores danos com a insegurança jurídica e a quebra do equilíbrio das relações humano-sociais.

A crítica ao direito oficial e à dogmática jurídica deve ser feita, mas de forma temperada, até porque é nesse modelo de direito que restam ao menos formalmente garantidos os princípios éticos e valores fundamentais do ser humano na atualidade. Bem ressalta João Maurício Adeodato:

“(…) Aí a contribuição ética do positivismo, tal como definido aqui: como não há uma justiça evidente em si mesma, nós próprios é que temos de tomar em nossas costas o fardo de dizer, de pôr (daí positivismo) o direito. Foi o que mudou: o direito continua axiológico como inevitavelmente o é, mas seu valor não está pré-fixado por qualquer instância a ele anterior ou superior. Ele não é imposto pela infalibilidade do Papa ou da Santa Madre Igreja, nem é fixado a partir desta ou daquela concepção que alguém tenha de ‘justiça’ ou de ‘razão’. (...) A ética inerente a um positivismo moderno, parece-nos, não é aquela que, por admitir qualquer conteúdo, presta-se, por exemplo, a justificar a imposição compulsória de padrões

homogêneos de comportamento a toda a comunidade. Por recusar parâmetros de conduta legítimos ‘em si mesmos’, o positivismo coaduna-se mais facilmente com uma ética genericamente cética, compreensiva, disposta a tolerar posturas diversas, desde que não se pretendam estender a todos a todo custo” (1997, p. 272).

Por fim, tem-se o que chamamos de teorias interpretativas. Essas teorias têm a base de discussão na linguagem, no valor da retórica, no direito enquanto palco de debates e discussões para resolução dos conflitos postos.

A visão dessas teorias é que a norma/lei seria apenas um dos referenciais para aferir o conteúdo do fenômeno jurídico, e também para resolução dos conflitos sociais subjacentes. Esses conflitos só seriam resolvidos por meio da interpretação, com base na aplicação da norma jurídica em integração ao fato social conflituoso a ser sanado.

Essas teorias interpretativas da linguagem procuram destacar que não existe a tradicional subsunção na qual se analisa o fato, aplica-se a norma, atingindo-se uma conclusão (fato – norma – conclusão). Isso é algo que não ocorre - defendem - na esfera complexificada das relações humanas.

Tal fato deve-se à enorme gama de variáveis existentes na solução de um conflito que conduz à necessidade de adotar métodos de interpretação e de visualização do direito diversos dos tradicionalmente conhecidos.

Aí, passa-se a defender a chamada tópicica, que tem representante maior em Theodor Viehweg, na qual a análise do direito não reside no estudo da norma ou dos valores sociais que merecem proteção. Mas, sim, o direito vai-se concretizar e realizar, adquirindo conteúdo, quando se está diante de um problema sócio-econômico-político-jurídico concreto que merece solução a fim de evitar conflito maior dentro do seio da sociedade. Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1994, p. 523) ressalta:

“Na mesma linha de pensamento, o jusfilósofo Theodor Viehweg

(1974), ao versar o tema, entende a argumentação jurídica como uma forma típica de raciocínio. O raciocínio jurídico, para ele, tem um sentido argumentativo: raciocinar, juridicamente, é uma forma de argumentar. Argumentar significa, num sentido lato, fornecer motivos e razões dentro de uma forma específica. Captando o pensamento jurídico na sua operacionalidade, Viehweg (1974) assinala, pois, que a decisão jurídica aparece, neste sentido, como uma discussão racional, isto é, como um operar racional do discurso, cujo terreno imediato é um problema ou um conjunto deles. O pensamento jurídico de onde emerge a decisão deve ser, assim, entendido basicamente como ‘discussão de problemas’⁴.

Como se vê, essas renovadas teorias da interpretação do direito vêm que a concretização do direito ocorrerá com a análise do problema posto, aplicando-se *topois* (lugares comuns): valores condensados e perspectivas previamente adotadas do que é legal e justo, para resolução de forma integrada do conflito existente (problema).

Não interessa tanto a norma que se vai aplicar, o que importa para essa linha de pensamento tão em voga atualmente é conseguir manejar os *topois* sobre o problema posto, visando a encontrar a solução jurídica mais razoável para pacificação do conflito social.

Nesses termos, não haveria padrões de solução uniformes e generalizados dos conflitos, como gostariam os formalistas, nem tampouco valores sociais plenos e universais que merecessem guarida, como já destacaram os sociologistas, não sendo também o direito uma mera decisão de cunho político, nem tampouco necessário adotar direitos alternativos para atingir a solução justa para o caso concreto. Ao contrário, defendem que as soluções dos conflitos são diferenciadas para cada situação concreta a ser analisada, dentro das peculiaridades e den-

tro das características que merecem proteção. A solução a ser atingida para o conflito será fruto de uma reflexão acerca do problema por meio da aplicação de técnicas argumentativas, que tenderão a atingir a solução mais equânime, ponderável, proporcional e razoável diante do problema posto.

A crítica feita a essas teorias interpretativas, baseadas na tópica/retórica e na concretização, é que essas apenas renovaram o entendimento do fenômeno jurídico, mas não delimitaram o conteúdo do direito, não definindo uma Teoria Geral de cunho material para o mesmo. Apenas, aceitam essas teorias interpretativas a complexidade social e não reduzem o direito a meras regras subsuntivas na solução dos problemas concretos, mas mesmo assim mostram-se insuficientes para atender à necessidade da delimitação de um conteúdo e de uma Teoria Geral plausível para o fenômeno jurídico.

Enfim, dentro da breve visão acima delineada, pode-se perceber que não devemos adotar uma visão de reduzir o direito à norma jurídica, ou ao fato social, ou a uma mera decisão de cunho político, ou então excluir a aplicação do direito oficial em benefício de um suposto direito alternativo, nem tampouco pode-se aferir o direito apenas pela análise dos problemas concretos em face das técnicas da tópica/retórica utilizadas.

As visões do direito com base somente em norma, fato social, problema, poder, estatalidade, são todas formais, sem se conseguir aferir um conteúdo para o direito. Esse conteúdo é algo necessário de ser determinado, aferindo-se a finalidade do direito na realidade humana atual, a fim de se tornar possível a construção de uma Teoria Geral do Direito com cunho efetivamente científico e embasado.

3. A busca de um conteúdo para o direito: tentativa de delimitação

A busca de um conteúdo para o direito é algo assente na história da humanidade. Para os fins deste trabalho, não cabe uma

análise filosófica do tema, até porque se prefere dar ao direito um conteúdo de cunho prático que venha a fazer com que ele cumpra a sua finalidade precípua.

Nesse sentido, a primeira questão que se coloca é estabelecer qual a finalidade do direito para tentar localizar um conteúdo específico para o fenômeno jurídico. Essa questão já foi deveras analisada no capítulo 1 deste trabalho, quando se destacou que a finalidade do direito é servir como uma forma de controle social que estabeleça segurança às relações sociais subjacentes, garantindo as expectativas e protegendo os valores fundamentais plasmados em uma sociedade.

Então, em síntese, a finalidade do direito, dentro da primeira análise feita, é uma visão conservadora do direito ligado ao controle social, preservador das relações jurídicas subjacentes, garantidor do *status quo* vigente. Ou seja, a finalidade basilar, como acima delineado, seria a de preservação do valor: *segurança*. A segurança no direito pode ser entendida, na lição clássica de Dalmo de Abreu Dallari, como: “entre as principais necessidades e aspirações humanas encontra-se a segurança jurídica. Não há pessoa, grupo social, entidade pública ou privada, que não tenha necessidade de segurança jurídica, para atingir seus objetivos e até mesmo para sobreviver” (1980, p. 26).

Essa idéia de segurança existe tanto na esfera pública quanto privada. Na esfera pública, serve a segurança jurídica a governantes e governados na preservação das expectativas, evitando opressão e tirania. Já, na esfera privada, a regulamentação dos negócios é apoiada no valor segurança, servindo este para manter a estabilidade, disciplinando as relações jurídicas humanas em sua contextura usual (cf. FANTONI JÚNIOR, 1997, p. 14).

Nelson Saldanha, dentro dessa linha, vê o direito em sua teoria como um mantenedor da ordem, sendo os valores jurídicos atrelados à idéia de segurança, inserido num contexto histórico determinado de cada povo. Veja-se a lição do autor:

“O direito, tanto quanto a política, concerne a comportamentos, a valores e a moldes institucionais. Em ambos há ‘princípios’ (posto que há valores) e ocorrem relações entre um plano geral e casos particulares. Ocorre a necessidade de compreender, aplicando noções específicas, e portanto a necessidade de uma hermenêutica, que só pode ser suficiente – tanto no caso do direito como no da política – se tem em mira o todo, isto é, a ordem vigente” (1992, p. 148. Ver também 1998).

Entretanto, essa finalidade do direito, enquanto ordem mantenedora da segurança, é parcial e incompleta, integrando principalmente os interesses dominantes de uma sociedade ao refletir muito mais uma visão político-econômico-jurídica da elite dominante.

Para fazer o contra-ponto, outra finalidade do direito pode ser vista dentro de um contexto revolucionário, de ruptura de estruturas, de estabelecimento de um novo patamar de valores dentro de um grupo social. O direito aqui seria uma via para alteração da situação de dominação, servindo de meio integrador dentro do contexto sócio-político-jurídico subjacente.

A finalidade do direito no plano revolucionário apoiar-se-á mais no valor: *justiça social*, baseado em princípios como a igualdade material e a idéia de proteção e garantia aos hipossuficientes. Aqui, ter-se-á o direito como alterador do *status quo* vigente, estabelecendo oportunidades e criando mecanismos de modificação da realidade social subjacente.

Miguel Reale defende ser a Justiça identificada como o bem comum de todos os seres humanos dentro de uma perspectiva ético-jurídico-espiritual. Vejam-se as conclusões do jusfilósofo:

“A Justiça que, como se vê, não é senão a expressão unitária e integrante dos valores todos da convivência, pressupõe o valor transcendental da

pessoa humana, e representa, por sua vez, o pressuposto de toda a ordem jurídica. Essa compreensão histórico-social da Justiça leva-nos a identificá-la como o bem comum, dando, porém, a este termo sentido diverso do que lhe conferem os que atentam mais para os elementos da ‘estrutura’, de forma abstrata e estática, sem reconhecerem que o bem comum só pode ser concebido, concretamente, como um processo incessante de composição de valorações e de interesses, tendo como base ou fulcro o valor condicionante da liberdade espiritual, a pessoa como fonte constitutiva da experiência ético-jurídica” (1994, p. 272).

A realização da Justiça seria, nesse ponto, a finalidade basilar do direito. Entretanto, faltaria a essa perspectiva a delimitação do que seria justo ou injusto com base em critérios reais para evitar um vazio ontológico para o direito, conduzindo a posições radicais e fluidas de imposição de normas e valores muitas vezes antidemocráticos e totalitários.

Deve-se asseverar que questionar qual a finalidade do direito de forma excludente é algo precipitado e demagógico. O direito não pode ser visto só como estratificador de uma situação político-social consolidada (*segurança*), nem tampouco é capaz de alterar a total contextura social existente com base em seu suposto pendor revolucionário para realização de uma idéia de justiça sem conteúdo material evidente (*justiça social*).

O direito tem de buscar a sua finalidade na realização da proteção e segurança dos anseios, bens, valores humanos existentes, garantindo a segurança tão apregoada pelos conservadores, mas também permitindo a abertura normativa para influir e influenciar sobre os fatos, criando a possibilidade de inclusão e melhoria da qualidade de vida dos seres humanos em geral.

Enfim, a finalidade do direito é dar segurança, proteção, paz social ao homem no convívio com os seus semelhantes (aspecto

formal), mas também possibilitar a atuação revolucionária das normas jurídicas para alterar a contextura social, preservando e garantindo a dignidade da pessoa humana, como restará evidenciado nos itens posteriores.

Atestada a finalidade de conservação/revolução do direito para garantia do ser humano e de sua interação social mais completa, parte-se ao questionamento do conteúdo que deve possuir o direito plasmado em suas normas, princípios, regras, preceitos.

Realmente, poder-se-ia questionar que o direito tem um conteúdo dependente de cada sociedade em que é realizado, sendo esse conteúdo baseado em valores sociais que merecem proteção diante de cada momento histórico e dentro de cada grupo humano especificamente (cf. SALDANHA, 1988, p. 71–82).

Essa visão histórica de cunho empirista, se prevalecesse, tiraria todo o fundamento da discussão ora delineada, já que serviria para defender o caráter relativo do direito diante do fato de não se estabelecer um conteúdo fixo e determinável ao direito de forma universal.

Não se quer ingressar, no presente trabalho, na polêmica da existência ou não de valores no plano ideal (Nicolai Hartmann) ou apenas no plano concreto-histórico (Nietzsche), mas deve-se ressaltar que o relativismo de valores do fenômeno jurídico é algo perigoso, podendo servir para deixar um imenso vazio onto-axiológico para o direito, inviabilizando a construção de uma Teoria Geral com base científica delimitável dentro de uma esfera necessária de análise do seu conteúdo.

Por isso, inobstante não rejeitar as discussões acima referidas, entendo que se deve buscar um conteúdo para o direito que vá além do aspecto histórico-valorativo de cada povo/civilização, adquirindo na atualidade o foro de universalidade.

O conteúdo a ser dado ao direito será definido com base na análise da experiência subjacente⁵ dentro do contexto humano

atual, ressaltando também dever a Teoria Geral do Direito e o fenômeno jurídico aplicados à realidade ter um embasamento numa ética do bem em benefício de todos, dando-se dessa forma um conteúdo específico ao direito. Eros Roberto Grau é claro nesse sentido:

“ Não pretendo, no apelo à ética que do meu texto se depreende, substituir esses valores formais por uma ética que projete, e represente, as particularidades de determinados agrupamentos de indivíduos. E, como inexistente uma ética universal, estou convencido de que a universalidade da lei e os procedimentos legais – embora sempre relativizados em sua aplicação, como eu mesmo anteriormente observei – são conquistas da humanidade das quais não se pode impunemente abrir mão (...) Por isso mesmo, a eticização do direito pela qual se clama apenas poderá ser realizada, no presente, mediante a adição de conteúdos às formas jurídicas, o que importa desenvolvam os juristas não uma atividade exclusivamente técnica e significa atuem segundo uma ética na lei (não acima da lei)” (1988, p. 78).

Defendo que o conteúdo a ser dado ao direito está presente na proteção integral do ser humano, que é vista atualmente como a garantia dos direitos fundamentais/humanos, e num segundo momento de forma mais ampla dentro da garantia da própria dignidade do ser humano.

Assim sendo, o direito deve ter o seu conteúdo voltado à proteção do ser humano, sendo elaborada uma teoria substancial dos direitos humanos/fundamentais. Os direitos humanos/fundamentais merecem uma proteção em toda sua contextura, em especial garantindo, em último plano, a plena dignidade do ser humano, que será objeto de análise no capítulo seguinte.

Deve-se, pois, delinear uma Teoria Geral do Direito com base nos direitos humanos/fundamentais de forma substancial,

pois esse deve ser o conteúdo precípua do direito e de toda a sua dogmática, filosofia e sociologia.

Atualmente, uma das teorias mais completas sobre os direitos fundamentais foi construída por Robert Alexy, referência obrigatória nessa temática⁶.

O objetivo de Alexy, em sua teoria, é esclarecer o conteúdo jurídico-positivo dos direitos fundamentais, estabelecendo os seus caracteres de forma integrativa dentro de uma visão substancial, baseado em três perspectivas: analítica, empírica e normativa.

Ressalta, nesses termos, Willis Santiago Guerra Filho a intenção de Alexy em elaborar uma teoria jurídica que leve em consideração as múltiplas perspectivas do direito:

“ A concepção epistemológica da dogmática jurídica que se defende pode ser denominada de ‘inclusiva’ (Guerra Filho, ARSP, 1989), por propugnar que se leve em conta uma multiplicidade de perspectivas de estudo do direito, quando da elaboração de respostas aos problemas colocados, às quais se possa associar o atributo da cientificidade compatível com o caráter prático desses problemas e, por via de consequência, também da ciência que deles se ocupe” (1995, p. 46- 47).

De forma sistemática, Alexy, dentro de sua teoria, tem a dimensão analítica servindo para criar um sistema conceitual que permita, com clareza, o estudo do objeto enfocado. Também, tem a sua teoria uma dimensão empírica em que se analisa primeiro o direito positivo e depois se busca construir a aplicação da argumentação jurídica no plano da ordem normativa real. E, por fim, tem-se a dimensão normativa, fazendo alusão, nessa ordem, a uma crítica do material de direito positivo em que se incluem os discursos do legislador, operadores jurídicos e aplicadores da norma.

Alexy afirma que o estudo das 3 dimensões é essencial para a ciência do direito, a fim de se dar uma feição de cientificidade à teoria dos direitos fundamentais dentro de

um âmbito pluridimensional. Veja-se a síntese do autor:

“Frente a las três dimensiones, el carácter de la ciencia del derecho como disciplina práctica resulta ser un principio unificante si la ciencia del derecho há de cumplir racionalmente su tarea práctica, tiene entonces que vincular recíprocamente las tres dimensiones. Tiene que ser una disciplina integrativa pluridimensional: la vinculación de las tres dimensiones es condición necesaria de la racionalidad de la ciencia del derecho como disciplina práctica” (1997, p. 33).

Na teoria de Alexy, ele procura pontualizar de forma crítica a essência desses direitos fundamentais, tentando delimitá-los e respondendo a importantes questões, tais como:

“ (...) Em toda a parte onde direitos fundamentais existirem colocam-se os mesmos ou semelhantes problemas. Apenas para mencionar alguns: que diferenças estruturais existem entre direitos de defesa liberais, direitos à proteção, direitos fundamentais sociais e direitos de cooperação política? Quem é o destinatário, quem é o titular de direitos fundamentais? Sob quais pressupostos formais e materiais direitos fundamentais podem ser limitados? Com que intensidade pode um Tribunal Constitucional controlar o legislador sem que sejam violados o princípio democrático e o princípio da separação de poderes?” (1999, p. 67).

O esforço de Alexy, que no âmbito deste trabalho não cabe analisar por refugir ao nosso objeto central do estudo, é formar uma teoria de cunho material, multifacetada e objetiva que destaque a correta dimensão dos direitos fundamentais, conduzindo à sua plena proteção e evitando também o engessamento de certos direitos ditos nominalmente fundamentais mas que nada têm de realmente fundamentais para o homem (1998).

A teorização de Alexy serve claramente para delimitar o conteúdo do direito como sendo a proteção integral da pessoa humana dentro da perspectiva por ele criada, de-

lineando-se claramente as dimensões analítica, empírica e normativa na explicação do conteúdo do direito por meio da análise dos direitos fundamentais. Tem-se, assim, na Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy a tentativa de aferir com mais precisão, dentro do arcabouço dos direitos fundamentais e conseqüentemente, o conteúdo do direito enquanto fenômeno social positivado.

Além dessa teoria de Alexy, que busca explicar o teor dos direitos fundamentais, é também interessante notar a Teoria do Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli. Esse autor defende que o direito tem de ser informado por conteúdos substanciais, quais sejam: os direitos fundamentais, mercedores de serem garantidos e realizados de uma forma efetiva pelo direito e pelo Estado.

O direito, assim, só seria realmente vigente e efetivo quando conseguisse realizar e implementar os direitos fundamentais, garantindo-os de forma plena. Veja-se a tese do autor:

“El garantismo, en sentido filosófico-político, consiste esencialmente en esta fundamentación hétero-poyética del derecho, separado de la moral en los diversos significados de esta tesis que se han desarrollado en el apartado 15. Precisamente, consiste, por una parte, en la negación de un valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y del poder sólo por ser efectivo y en la prioridad axiológica respecto a ambos del punto de visto ético-político o externo, virtualmente orientado a sua crítica y transformación; por outra, en la concepción utilitarista e instrumentalista del estado, dirigido unicamente al fin de la satisfacción de expectativas o derechos fundamentales” (cf. FERRAJOLI, 1998, p. 884).

Para Luigi Ferrajoli, a validade intrínseca do direito, indo além de uma postura formal, estaria vinculada à realização e garantia dos direitos fundamentais num plano de conteúdo material essencial ao direito dentro de uma perspectiva ética. Observe-se:

“ A tal procedimento de validade, eminentemente formalista, acrescen-

ta um dado que constitui exatamente o elemento substancial do universo político. Neste sentido, a validade traz em si também elementos de conteúdo, materiais, como fundamento da norma. Esses elementos seriam os direitos fundamentais. Essa idéia resgata uma perspectiva de inserir valores materialmente estabelecidos no seio do ordenamento jurídico, fazendo um resgate da ‘ética material dos valores’ de Max Scheler. Ferrajoli afirma que o conceito de validade em Kelsen, por conseguinte, é equivocado, pois uma norma seria válida se não estivesse de acordo com os direitos fundamentais elencados na Constituição” (cf. MAIA, 2000, p. 96-97).

Assim, percebe-se que o garantismo de Ferrajoli busca acoplar ao direito vínculos substanciais representados pelos direitos fundamentais que devem ser realizados e efetivos para e por todos, ressaltando a necessidade de implementação desses direitos fundamentais, amparando os mais frágeis e excluídos, construindo uma democracia substancial e não meramente formal.

Assevera e estabelece ainda Ferrajoli que formas, institutos, normas, conceitos e valores jurídicos claros podem servir para efetivar certos direitos fundamentais de imediato, devendo o Poder Público fazer atuar as regras jurídicas nesse sentido:

“Pero esto sólo quiere decir que existe una divergencia abismal entre norma y realidad, que debe ser colmada o cuando menos reducida en cuando fuente de legitimación no sólo política sino también jurídica de nuestros ordenamientos. (...) En segundo lugar, la tesis de la no susceptibilidad de tutela judicial de estos derechos resulta desmentida por la experiencia jurídica más reciente, que por distintas vías (medidas urgentes, acciones reparatorias y similares) há visto ampliarse sus formas de protección jurisdiccional, en particular en lo que se refiere al derecho a la salud, a la seguridad social y a una retribución justa. En tercer lugar, más

allá de su jusiciabilidad, estos derechos tienen el valor de principios informadores del sistema jurídico ampliamente utilizados en la solución de las controversias por la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales. Sobre todo, en fin, no hay duda de que muy bien podrían elaborarse nuevas técnicas de garantía. Nada impediría, por ejemplo, que constitucionalmente se establecieran cuotas mínimas de presupuesto asignadas a los diversos capítulos de gastos sociales, haciendose así posible el control de constitucionalidad de las leyes de financiación estatal. Como nada impediría, al menos en una perspectiva técnico-jurídica, la introducción de garantías de derecho internacional, como la publicación de un código penal interaccional y la creación de la correspondiente jurisdicción sobre crímenes contra la humanidad(...)” ([s.d.], p. 64).

Mesmo destacando tais teses, Ferrajoli não estabelece um conteúdo para os direitos fundamentais, ainda que dentro de sua teoria supostamente democrática tencione proteção e efetividade dos mesmos por meio do seu garantismo⁷.

Deve-se ressaltar, entretanto, que a teoria do garantismo é importante, podendo servir como base de proteção aos direitos fundamentais, dando efetividade ao conteúdo do direito, mesmo sem determinar o teor das normas consideradas de direitos fundamentais de forma objetiva e substancial.

Nesses termos, o garantismo de Ferrajoli, por possuir um teor formalista, não destaca o conteúdo dos direitos fundamentais; não contribuindo assim, *data venia*, para delimitação do conteúdo do direito nos termos em que nos propomos.

Resta evidente, pelas análises acima empreendidas, por meio das teorias de Alexy dos direitos fundamentais e de Ferrajoli do garantismo, que se tencionou sistematizar, pela *primeira*, com critérios de cientificidade, os caracteres de uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais e, pela *segunda*, demonstrar a necessidade da garantia latente desses direi-

tos por meio do Estado e da sociedade para efetivação de uma democracia substancial.

Entretanto, essas teorias sistematizadas e garantistas ainda não atingiram o ideal de delimitar o conteúdo, a essência dos direitos fundamentais que merecem proteção, acabando, *data venia*, por se tornarem apenas alternativas formais para o entendimento dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, para alcançar um conteúdo do direito no plano dos direitos fundamentais, entendemos que se deve analisar a idéia da plenitude da garantia da dignidade da pessoa humana, o que se tenta delinear no item seguinte deste trabalho.

*4. Por uma nova perspectiva de análise para o direito e sua Teoria Geral: a preservação da dignidade da pessoa humana*⁸

O conteúdo e a delimitação de uma Teoria Geral do Direito dotada de cientificidade tem de se apoiar, como acima referido, na garantia e realização dos direitos humanos/fundamentais em toda a sua contextura, a fim de atingir as finalidades de segurança (conservação) e justiça (evolução) no seio social.

Entretanto, restou evidenciada a dificuldade de saber o teor do conteúdo dos direitos fundamentais, estando claro que ainda não se conseguiu realmente delimitar o âmbito material desses preceitos, não se podendo aferir com precisão, conseqüentemente, o conteúdo do direito enquanto fenômeno social subjacente.

Tal dificuldade se deve à enorme crise de valores por que o homem vem passando, perdendo sua perspectiva de ser ético para dar força a uma postura humana automatizada e ausente de um mais elevado conteúdo “moral-ético-espiritual-humano” nas suas relações sociais. Tal fato é bem ressaltado por Tércio Sampaio Ferraz ao analisar a obra de Hannah Arendt:

“ O último estágio de uma sociedade de operários, que é uma sociedade de detentores de empregos, re-

quer de seus membros um funcionamento puramente automático, como se a vida individual realmente houvesse sido afogada no processo vital da espécie e a única decisão ativa exigida do indivíduo fosse, por assim dizer, se deixar levar, abandonar a sua individualidade, e aquiescer num tipo funcional de conduta entorpecida e tranqüilizante. Para o mundo jurídico, o advento da sociedade do *animal laborans* significa, assim, a contingência de todo e qualquer direito, que não apenas é posto por decisão, mas vale em virtude de decisões, não importa quais, isto é, na concepção do *animal laborans*, criou-se a possibilidade de manipulação das estruturas contraditórias, sem que a contradição afetasse a função normativa (...) A filosofia do *animal laborans* deste modo assegura ao direito, enquanto objeto de consumo, uma enorme disponibilidade de conteúdos. Tudo é possível de ser normado e para uma enorme disponibilidade de endereçados, pois o direito não depende mais do status, do saber, do sentir de cada um, das diferenças de cada um, da personalidade de cada um” (apud FIORATI, 1999, p. 57).

O homem, na atualidade, tem sua “condição humana” ética pouco desenvolvida dentro de um mundo comum engessado e desvalorizado. Para evitar a tirania e um novo holocausto nessa crise ética, devem-se delinear direitos humanos a merecer proteção como patrimônio simbólico do ser humano na sua busca de superação do seu modo individualista e egoísta de ser. Essa perspectiva é vista por Jete Fiorati na análise da obra de Hannah Arendt:

“Apesar do esgarçamento do mundo comum, é necessário que se tenha algum padrão mínimo a orientar a conduta individual, mesmo que seja na sociedade dos ‘homens que laboram’, uma vez que, se assim não for, partiremos para o isolamento.

Modernamente, com a perda desse mundo comum, somente as leis terminam por descrever uma conduta mínima, conduta essa que muitas vezes se antepõe aos desejos mais íntimos de cada um de nós. Ocorre que, como as leis não representam mais os desvalorizados valores da comunidade, mas sim prescrições derivadas do poder que podem mudar a qualquer hora, podemos opinar sobre sua validade a qualquer momento. Portanto, ainda temos que procurar algum critério para fundar as condutas em sociedade para evitar que elas se transformem em condutas próprias da vida na selva. Entre eles, critérios de respeito ao homem, mesmo sendo ele o *animal laborans* que deve ter seu direito à vida, à liberdade, à saúde, ao labor do qual provê a sua subsistência e alimento expressos em regras escritas ou costumeiras, regras essas que se inserem na categoria dos *Direitos do Homem*, que podem preencher a função de definir uma condição humana mínima ao homem como forma de um patrimônio simbólico fundante de um mundo esgarçado” (1999, p. 60).

Mesmo atestando-se essas dificuldades e crises de valor com lastro no pensamento de Hannah Arendt, defendo que os direitos fundamentais devem ter como conteúdo básico a preservação da dignidade da pessoa humana em sua integralidade e em todos os seus níveis, construindo-se uma Teoria Geral do Direito de base protecionista à dignidade do ser humano, como sua finalidade onto-axiológica específica.

Necessário se faz realmente a criação, interpretação, aplicação, elaboração dos conceitos e desenvolvimento dos institutos jurídicos, tudo isso formando uma Teoria Geral do Direito de cunho substancial real e finalidade específica delineada na referida proteção integral da pessoa humana.

Essa renovada Teoria Geral do Direito daria uma perspectiva não apenas repro-

ductiva de valores já postos, mas também construtiva, produtora, ampliadora das conquistas sociais e normativas para preservação da dignidade da pessoa humana.

Nesse ponto, o comprometido com a plena realização fático-empírica e também normativo-legal do direito seria realizado tanto pelo Estado, quanto pela sociedade, restabelecendo-se um pacto renovado de compromissos de preservação da dignidade da pessoa humana, diminuindo as desigualdades, reduzindo conflitos, superando a miséria em todos os seus níveis e conduzindo a uma pacificação, harmonia e também revolução social sem igual, com base em normas de conteúdo material evidente de proteção e desenvolvimento humano integral. Nesse sentido, concordamos com a lição de José Afonso da Silva, que assevera a necessidade premente da garantia da dignidade da pessoa humana:

“Não basta, porém, a liberdade formalmente reconhecida, pois a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência, existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica. É de lembrar que constitui um desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas desigualdades, uma ordem econômica em que inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome, inúmeras crianças vivem na inanição, a ponto de milhares delas morrerem em tenra idade” (1998, p. 93).

A preservação da dignidade da pessoa humana refoge ao tipo de sociedade, de ideologia, de organização político-social em que vive. É um valor humano dotado de universalidade que deve ser desenvolvido, protegido e aplicado por uma Teoria Geral do Direito comprometida com a proteção integral do ser humano. A lição de Paulo Bonavides conclui acertadamente nesse sentido que:

“ (...) Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os di-

reitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua firmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (...) A nova universalidade (dos direitos humanos) procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele País, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade” (1990/1991, p. 10 - 12).

Deve-se asseverar, assim, que a preservação da dignidade humana, como conteúdo do direito delineado em todos os seus termos por uma Teoria Geral renovada, denota a necessidade de participação de todos, demonstrando que, além dos direitos, há, evidentemente, deveres de todos para com todos que merecem ser respeitados, garantidos, cobrados e preservados⁹.

A sociedade, o Estado, todos vão determinar o conteúdo do direito que visará preservar a dignidade da pessoa humana em toda a sua complexidade, tornando essa proteção real, harmônica e pacífica, permeando toda a convivência social com base em ideários de inclusão social e não de exclusão, permitindo a realização normativa das leis e normas em toda sua pujança em benefício de toda a humanidade.

Deve-se observar, entretanto, que a proteção da dignidade da pessoa humana não pode atingir um conteúdo e sofrer uma interpretação que venha a restringir o próprio progresso humano e a sua evolução necessária. A proteção da dignidade da pessoa humana deve ser feita sempre em contato

com a realidade, visualizando os anseios do grupo e os interesses a serem protegidos, permitindo o delineamento científico do seu conteúdo. Esse papel de vital importância deve ser desempenhado pela Teoria Geral do Direito de forma substancial, sofrendo a influência da contextura social e humana em que o fenômeno jurídico está inserido¹⁰.

Bem destaca João Maurício Adeodato que no direito há sempre conflitos que devem ser resolvidos e a forma de resolução pode variar, tornando insubsistente argumentos que procurem delimitar verdades de cunho imodificável:

“É certo que o direito se vai constituindo à medida que as opções conflitivas vão sendo decididas. Por isso mesmo, não é possível fixar critérios gerais que tornem determinadas alternativas preferíveis a outras porque o *direito é assim* ou assado. Daí não se poder afirmar que o direito legítimo pressupõe esta ou aquela forma de governo, este ou aquele regime econômico, embora se possam descrever os efeitos de determinada estratégia política ou econômica para obtenção de legitimação. Isso porque os argumentos jurídicos não se apresentam unicamente como silogismos mas incluem argumentos estratégicos, erísticos” (1996, p. 215).

Mesmo assim não se pode negar a busca de um conteúdo axiológico para o direito que sirva para manter, dar substantividade ao fenômeno jurídico, garantindo e protegendo o ser humano em sua integralidade na manutenção da harmonia social. João Maurício Adeodato também não dispensa tal entendimento:

“ (...) A importância existencial do conteúdo axiológico do direito, fundamental para o jurista e para o cidadão, não encontra, contudo, guarida na descrição ontológica. As duas dimensões não devem ser confundidas: de um lado a *descritiva* – cujo vetor aponta para o passado, para o efetivo

a *posteriori* -, de outro, a dimensão *constitutiva* (prescritiva) do direito, realidade *in fieri* sobre a qual posições apriorísticas e ideológicas irão influenciar, na medida em que o conteúdo do direito, também inevitável, é feito pelo homem e pela comunidade a partir dele constituída” (1996, p. 210).

Destacando que o conteúdo do direito e a base da sua Teoria Geral devem ser a proteção e garantia da dignidade da pessoa humana, vem o questionamento central: o que se deve entender por dignidade da pessoa humana?

Esse é que vai ser, como acima referido, o papel da Teoria Geral do Direito, delineando e estabelecendo os contornos da dignidade da pessoa humana. Entendo como fundamental, na preservação da dignidade da pessoa humana, a realização plena da igualdade em sentido material, ou seja, a igualdade de oportunidades para que todos os seres humanos possam desenvolver suas potencialidades de forma harmônica e coerente, a partir das aptidões pessoais e afinidades.

A importância de preservação da dignidade da pessoa humana, com a garantia, conseqüentemente, dos valores associativos, conduzirá a uma grande estabilidade e harmonia social, acabando por realizar, de forma efetiva, as finalidades precípua do direito, garantindo a felicidade humana em sua integralidade. Bem assevera José Afonso da Silva:

“Em conclusão, a dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e humaniza” (1998, p. 46).

Ressalte-se, todavia, que o ser humano, em sua complexidade, em seus desejos sem-

pre renovados e cada vez mais variados/multifacetados, vai adquirindo ao longo do tempo novas necessidades, novos desejos, procurando, como sói acontecer com um ser racional, aumentar seu nível de satisfação, ampliando a exigência de mais bens, serviços e outras exigências. Bem destaca Walter Claudius Rothenburg:

“Do caráter inexaurível dos direitos fundamentais, cujo número pode sempre crescer, surge a preocupação com uma ‘inflação’ de direitos fundamentais. A rotulagem das mais diversas situações como direitos fundamentais e o fato de que a enunciação normativa de direitos fundamentais dificilmente consegue fazer-se acompanhar de garantias eficientes, acarretam um ineficácia e, por conseguinte, um desprestígio desses direitos, tendente à sua banalização. É preciso ter sempre em conta a ‘reserva do possível’, vale dizer, a capacidade real de implementação de condições de sucesso dos direitos fundamentais, sob pena de se beirar a utopia (...) Contudo, a realização efetiva dos direitos fundamentais será um inesgotável tarefa a cumprir, um constante processo da democracia, um estímulo ao envide de esforços; por mais que se avance no asseguramento dos direitos fundamentais, haverá um novo estágio a galgar, rumo à excelência. Por isso, a parcimônia e o realismo com que se devem traduzir normativamente os direitos fundamentais não deve elidir uma dimensão prospectiva nem esmorecer a contínua luta de reconhecimento de novos direitos” (2000, p. 151. Ver também FERREIRA FILHO, 1998, p. 1-10).

Nesses casos, cabe também à Teoria Geral do Direito e à ética construir um pensamento coletivo mais humanista, de bases espirituais (não moralistas) que permitam ver a humanidade como um conjunto que deve viver em paz e coerência, trabalhando

todos juntos para o progresso constante, dentro de uma visão ética elevada, afastando o consumismo e arrogância tão presentes no ser humano.

Como se atesta, pela análise acima desenvolvida, o conteúdo do direito estaria na preservação dos direitos fundamentais/humanos na perspectiva da garantia plena da dignidade da pessoa humana. A Teoria Geral do Direito, nesses termos, teria um caráter de cientificidade ao procurar, em associação com outras ciências, como a sociologia, economia, botânica, entre outras, desenvolver normas jurídicas e um ordenamento jurídico baseados em políticas públicas que visassem sem dúvida a garantir a plena realização do ser humano.

Tal perspectiva de uma Teoria Geral do Direito integral e material, para proteção dos direitos humanos/fundamentais por meio da garantia da dignidade da pessoa humana, não é uma utopia no sentido pejorativo. Mas, sim uma utopia enquanto forma nova e futura de pensar e realizar o direito numa órbita de maior humanidade (humanismo); sendo, pois, uma utopia concreta que se implantará na realidade. A observação de Daniela Samaniego é clara e correta neste sentido:

“O pensamento utópico funciona como uma espécie de libertação das amarras que prendem o Direito aos aspectos legais. Através da utopia, busca-se não o que diz a letra da lei, mas, sobretudo, o que é justo. E lei e justiça não são palavras sinônimas, muito menos Direito e Lei. Essa distinção é proveniente, justamente, do pensamento utópico, que desvinculou o Direito da lei, proclamando que antes de tudo o Direito é justiça! Através do Direito, conforme o pensamento utópico, busca-se uma sociedade mais justa, fraterna, igualitária, onde os direitos das chamadas minorias (como as mulheres, os negros e os homossexuais, por exemplo) serão respeitados, um direito escrito pelo povo e em res-

peito, essencialmente, à dignidade da pessoa humana! (...) Podemos dizer, dessa forma, que a função da utopia é a de provocar um movimento social, em busca de um novo Direito, um ‘Direito Justo’, livre de amarras pré estabelecidas; um direito que busca a igualdade entre os povos, a fraternidade e, acima de tudo, a paz social; um direito que renasce a cada dia, de acordo com as novas aspirações humanas, porque o homem é um ser dinâmico, de forma que, se o direito é criado exclusivamente em prol do ser humano, não poder ser estático, pois isso acarretaria uma contradição” (2001, on-line).

Aqui, a Teoria Geral do Direito ganharia em substantividade, e o direito se construiria não com base em teses formais ou materiais de cunho parcial, mas sim com o objetivo e finalidade precípua de proteção do homem em sua contextura global, que deve ser seu objetivo essencial.

Missão complexa de uma Teoria Geral do Direito renovada, sendo uma utopia concreta e realizável, que exige o comprometimento de toda a contextura social, mas que pode conduzir à elaboração de um conteúdo do direito a ser implantado em benefício de todos os seres humanos e não de apenas uma minoria.

Parte-se, agora, para a tentativa da aplicação dessa renovada Teoria Geral do Direito proposta, fazendo certas digressões sobre sua aplicação prática e chegando ao final às conclusões do presente trabalho.

5. A aplicação da perspectiva de uma Teoria Geral do Direito para preservação da dignidade da pessoa humana: uma visão concreta

Note-se que o ser humano desenvolveu, ao longo de sua história, um alto grau de domínio no campo das ciências ditas naturais. Ou seja, enorme foi o desenvolvimento da física, química, matemática, construíram-

se submarinos, aviões, foguetes, tornou-se possível clonar seres vivos, foram descobertos remédios poderosos para combater doenças antes ditas incuráveis.

Inobstante todo esse progresso técnico-científico, o homem não evoluiu tanto no aspecto humanístico, em especial na esfera da ética e no plano espiritual. Mesmo que se considere que não tem fundamento tal opinião, deve-se asseverar que o homem ainda tem em seu ser muito do egoísmo primitivo, não sendo, muitas vezes, guiado por um padrão mental de harmonia social mais elevado¹¹.

Nesse ponto é que reside a dificuldade de aplicação de uma Teoria Geral do Direito renovada com base em conteúdos de valor que buscam preservar a dignidade da pessoa humana. Isso porque essa preservação da dignidade humana exige sacrifícios de todos, participação do grupo que tem de possuir um espírito de solidariedade e estar imbuído de um interesse comum de implantação da igualdade material entre todos.

Tal perspectiva vai contra toda uma postura humana retratada ao longo da história, que é marcada muito mais por valores desassociativos do que de associação numa perspectiva sociológica.

O desafio acaba por residir em realizar essa exata superação, conseguindo tornar o homem tão evoluído espiritual e eticamente, quanto conseguiu progredir no plano técnico-científico em sentido estrito.

É necessária a formalização de um “novo pacto social” continuamente renovado, que aceite as diferenças dentro de uma sociedade pluralista e proteja com efetividade a dignidade da pessoa humana. Esta é a lição de Celso Lafer:

“Um Estado que se sobrepõe a uma sociedade pluralista pode sobreviver somente sob a condição de que o pacto social seja continuamente renovado e legitimado. É por isto que, por exemplo, a renovação dos contratos coletivos de trabalho é um momento dramático na vida de um Estado in-

dustrial moderno. É também por essa razão que o acordo dos partidos, em regimes pluripartidários, tanto no parlamentarismo quanto no presidencialismo, é igualmente algo decisivo para a sobrevivência do Estado e para a sua governabilidade” (LAFER, 1998, p. 72-73).

O direito e sua Teoria Geral têm, então, esse papel de auxiliar na transformação e no estabelecimento desse “novo pacto social”, ao incluir nas leis, normas, regras, preceitos e princípios normativos a idéia de implantação e garantia permanente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se que o comprometimento para com a proteção da dignidade da pessoa humana tem de partir de toda a coletividade, não se aguardando a mera iniciativa estatal. A criação e o desenvolvimento de uma Teoria Geral do Direito substancial é algo que deve engrandecer a própria essência humana, em especial no seu plano espiritual. A efetivação dessa garantia da própria realização humana é feita com base na atuação comum de todo o grupo.

Nesse aspecto, o legislador deve estar comprometido com a elaboração de leis que protejam e garantam, em máximo grau, a efetividade da dignidade da pessoa humana com base nos anseios coletivos e nas possibilidades concretas de cada grupo, difundindo, por meio das normas jurídicas, o valor e a necessidade da preservação dessa dignidade humana.

Já os governantes devem guiar suas políticas públicas para o campo social, preservando os direitos fundamentais em seu grau máximo e delineando a proteção aos mais débeis como o projeto político fundamental a ser realizado. Esse tipo de política pública de cunho social é emancipadora, diminuindo problemas ligados à saúde pública, à falta de emprego, à violência (segurança pública), porque conduz à redução da miséria, imprimindo uma visão nova da atuação governamental.

Os juízes, por seu turno, no seu labor diário de solução dos conflitos concretos que se lhes apresentam para solução, devem considerar aspectos de hermenêutica jurídica que garantam plenamente a dignidade da pessoa humana, superando interpretações reducionistas e acomodadas de um direito oficial muitas vezes desatualizado no tempo e protetor, na realidade, somente de minorias privilegiadas.

Luigi Ferrajoli bem ressalta que o Estado e os juízes têm responsabilidade com a garantia dos direitos fundamentais. Assevera nesse sentido o autor:

“En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean –o precisamente porque son– poderes de mayoría. Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría (...)” ([s.d.], p. 26).

Já os juristas, em sentido amplo: grandes jurisconsultos, operadores do direito de diversos níveis, estudiosos e estudantes do direito, têm o compromisso de desenvolver uma teoria jurídica (Teoria Geral do Direito) subsistente que construa institutos, conceitos, definições, sistemas que preservem e garantam, com base em uma efetividade real, os direitos fundamentais, protegendo plenamente a dignidade da pessoa humana.

A criação de uma Teoria Geral do Direito comprometida com a preservação da dignidade da pessoa humana de forma efetiva demanda, também, a formação de um novo tipo de jurista e operador do direito, muito mais voltado para o delineamento de um direito comprometido com o homem, baseado em valores éticos, espirituais e humanísticos (humanitários) elevados, que se preo-

cupe com a solução das crises postas, objetivando a criação de contexto humano de estabilidade e justiça social. Claras as palavras de Fábio Konder Comparato nesse sentido:

“Na direta linha dessa revolução prospectiva, o papel que incumbe aos juristas não é, apenas, a melhor compreensão do direito vigente, no preciso sentido etimológico do adjetivo, isto é, do direito que existe como componente vivo da realidade social, mas também a produção das instituições jurídicas do futuro, aptas a harmonizar o comportamento humano em meio à radical mudança de valores, a que acima me referi. A maior parte dos institutos jurídicos que herdamos, desde o patrimônio original romano, foram, com efeito, criados no âmbito de uma civilização agrária e não-democrática, anteriores portanto às revoluções industrial e política do século XVIII. (...) Ora, essa suprema razão justificativa do comportamento humano é e continua sendo a dignidade transcendental do homem, acima das variações históricas de valores. Os avanços técnico-científicos no tratamento da vida e na manipulação da genética humana, a que fiz referência no início, não nos devem fazer olvidar que a definição da pessoa humana não é meramente biológica, mas sim cultural. Como bem assinalou Kant, nos Fundamentos de uma Metafísica dos Costumes, o homem é o único ser que vive como um fim em si mesmo e não como meio para uso de uma outra vontade. Aí está o primeiro princípio de toda ética e de todo direito” (1995, p. 282-283).

Conclui o autor referido falando sobre a ética e a necessidade de valorização do ser humano como compromissos dos juristas, operadores do direito e governantes. Veja-se:

“Na verdade, a grande crise de valores deste final de século só encontrará solução quando os governantes

passarem a guiar a sua competência técnica pelo valor da justiça social, que representa a objetivação do amor comunitário. Não é ocioso, de resto, lembrar que a solidariedade – o valor que inspirou a última geração dos direitos humanos, no decorrer deste século – foi corretamente denominada fraternidade pelos revolucionários de 1789. (...) Mas, obviamente, essa sintonia com os grandes valores sociais supõe, de parte dos que nos governam, uma dupla sensibilidade ética. De um lado, a compreensão dos limites essenciais da condição humana, na firme rejeição daquela *hubris*, ou ausência de medida, que a sabedoria grega sempre considerou como a matriz da tragédia. De outro lado, um sentimento de compaixão universal, a simpatia na exata acepção etimológica da palavra, ou seja, a capacidade de sofrer com os fracos, os pobres e os humilhados do mundo inteiro. (...) É somente assim que os juristas contemporâneos, resgatando afinal todas as fraquezas e prevaricações passadas, poderão ser tidos e louvados como servidores da humanidade” (1995, p. 283).

Além desse comprometimento dos juristas com uma nova Teoria Geral do Direito, o povo em geral deve ser educado para desempenhar efetivamente sua cidadania, cobrando do Estado, mas também realizando e colaborando de forma cabal para que os direitos fundamentais sejam respeitados e realizados em toda a sua contextura para a garantia da dignidade de todos os seres humanos.

Essa tese de participação popular no direito deve ir além do mero direito de votar e ser votado. A cidadania tem de ser construída para preservação da dignidade da pessoa humana, participando o povo da interpretação das normas jurídicas e de sua aplicação/proteção dentro de uma sociedade aberta e democrática.

Peter Häberle, constitucionalista alemão, é defensor dessa participação da comuni-

dade na interpretação da Constituição, já que o povo, segundo o autor, é o verdadeiro intérprete da vontade da nação, sendo tal ampliação dos intérpretes da Constituição a base da democracia. Veja-se a lição de Häberle:

“A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes no sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes do seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!)” (1997, p. 30).

Note-se que o comprometimento do povo para preservação do direito, e o seu respeito às normas postas, deve ser imbuído nessa novel perspectiva como um valor próprio da coletividade, utilizando-se, muito além da aplicação de supostas sanções formais por descumprimento de normas, a tese da persuasão para que toda coletividade acredite na necessidade evidente e substancial da proteção da pessoa humana em sua integralidade. Celso Lafer bem destaca:

“ (...) A sanção, no entanto, não é o único argumento para a observância

da norma, pois o destinatário a cumprirá com mais efetividade se acreditar que ela é boa, justa e oportuna. É isto que explica, em matéria de Direito, a relevância de não limitar a análise da linguagem à semântica de validade ou invalidade das prescrições em função das normas formais de reconhecimento do *quid sit juris*, mas nela incluir, através da pragmática, a dimensão da persuasão, que abrange a justificação da observância da norma” (1998, p. 60).

Realmente, a efetividade do direito só existirá quando os seus valores estiverem incrustados na base ético-axiológica do ser humano e na consciência cabal da importância e necessidade de sua proteção.

Destaca-se ainda que, além da interpretação e vivência do direito, o povo tem o compromisso de defender o direito e a dignidade humana, seja por meio de movimentos populares, da atuação da sociedade civil organizada, fazendo pressão e desenvolvendo materialmente a cidadania, podendo até mesmo – dentro de um contexto renovado – insurgir-se contra a ordem vigente por meio do uso do direito à resistência e à revolução contra opressões¹².

O direito e sua Teoria Geral devem, assim, aproximar-se do povo, sendo conhecido do povo e servindo para proteção efetiva desse povo. O povo deve ser o intérprete maior das normas, devendo os juízes e governantes externarem os anseios populares com base numa filtragem ética do conteúdo dos anseios externados com base nessa Teoria Geral do Direito renovada e delineada em um novo compromisso estabelecido entre todos os atores sociais (pacto social), rumo a uma plena proteção da dignidade da pessoa humana.

6. Conclusão

A construção dessa Teoria Geral do Direito mais humana e menos formal, mais ligada à realidade de um conteúdo pragmáti-

co/concreto que é a proteção e realização integral da dignidade humana, é o futuro do direito, devendo ser criada com base em laços fortes de ética social, com a redefinição do pacto social almejado dentro de cada Estado Democrático de Direito e também dentro da nova órbita internacional que ora se vislumbra com muita força, tornando os problemas dos seres humanos problemas universais, que merecem solução.

Reprise-se que efetivar um conteúdo para o direito baseado na preservação da dignidade da pessoa humana, fugindo às teses formalistas e materialistas de cunho reducionista, não é algo utópico no sentido pejorativo, precisando apenas os doutrinadores do direito recriarem seus pensamentos/teorias, refletindo sobre o direito, sua finalidade, seus objetivos e sua razão de ser, destacando o que é, o que deve ser e para que serve o direito.

Os problemas ontológicos, axiológicos e epistemológicos, em especial na esfera hermenêutica e de aplicação do direito, devem permitir o resgate de uma perspectiva de solução ética, dando conteúdo ao direito. Isso porque é reconhecido, principalmente em relação à hermenêutica, em função de que hoje, mais do que nunca, compreender deixa de aparecer como um simples modo de conhecer para tornar-se uma maneira de ser e de relacionar-se com os seres e com o ser e, ainda, em decorrência da categoria crítica da dialética da participação. As questões éticas são demandadas por parte do intérprete e aplicador do direito, que deve assumir uma postura axiológica determinada para a construção, proteção e preservação da dignidade da pessoa humana, como conteúdo precípua (cf. SCHIER, 1997, p. 38 – 59).

A formação do profissional do direito para atender e compreender essa Teoria Geral do Direito renovada deve ser multidisciplinar, buscando observar o ser humano em toda sua complexidade e crises dentro de uma perspectiva integral de proteção à dignidade humana nos âmbitos psicológicos, sociológicos, afetivos, etc. Bem clara é

a visão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho nesse sentido:

“Este (a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais), com efeito, se estende desde as considerações sobre a natureza humana até as minudências da técnica jurídica. Envolve, por isso, a necessidade de um tratamento interdisciplinar. Justifica até que o tema seja objeto nos cursos jurídicos de uma disciplina à parte. E nesse sentido até um argumento ‘político’ se pode invocar: trata-se do valor cívico-educativo da matéria que está no cerne da tradição da democracia de derivação liberal” (1996, p. 9-10).

A luta por esse direito renovado, que se apóie na dignidade da pessoa humana, é uma luta do homem, da sociedade, do Estado, de todos os seres humanos. E só com a luta no plano das idéias e fático – sem almejar violência – mas com o objetivo de quebrar preconceitos e arcaísmos é que se conseguirá criar uma sociedade mais fraterna e um direito “justo” para a plena proteção da dignidade da pessoa humana. A perspectiva de Rudolf Von Ihering é esta:

“Sem luta não há direito, como sem trabalho não há propriedade.(...) À máxima: ganharás o pão com o suor do teu rosto, corresponde com tanta mais verdade estoutra: só na luta encontrarás o teu direito. (...) Desde o momento em que o direito renuncie a apoiar-se na luta, abandona-se a si próprio, porque bem se lhe podem aplicar estas palavras do poeta:

“Tal é a conclusão aceite atualmente: Só deve merecer a liberdade e a vida ... Quem para as conservar luta constantemente” (1995, p. 87- 88).

Nessa esteia, espera-se ao final deste trabalho ter externado a necessidade de uma reflexão crítica quanto ao direito, rumo à preservação da dignidade da pessoa humana, extraíndo-se que a preservação dessa dignidade do ser humano é o valor maior que merece garantia, sendo o próprio con-

teúdo, a própria razão de ser e de existir do direito nesse novo milênio, enquanto ordem ética de cunho conservativo e transformador no sentido de diminuição contínua das desigualdades materiais e formais existentes.

Que venham então os novos doutrinadores para construir uma Teoria Geral do Direito substancial, utilizando-se de critérios científicos multidisciplinares, entendendo e respeitando o homem em toda a sua complexidade, sem reducionismos, asseverando a necessidade concreta de preservação e realização da finalidade última do direito que é preservar a dignidade de todos de uma forma integral e materialmente plena.

Que os conceitos jurídicos tradicionais sejam remodelados; que se estabeleça um novo pacto social; que o direito seja garante e motivador de mais inclusões sociais, rumo ao fim da miséria; que a Teoria Geral do Direito torne as normas jurídicas populares e de conhecimento de todos que devem lutar pela sua garantia e preservação; que o Estado, a comunidade e todos os homens, mulheres e crianças (*seres humanos*) consigam ver no direito uma fonte de proteção, garantia e paz para suas expectativas e de realização de suas necessidades e da sua própria felicidade de uma forma efetiva e real com sustentáculo numa ética social da tolerância, da aceitação, da harmonia e da solidariedade. Oxalá o espírito e a vontade humana permitam a criação desse direito renovado e dessa Teoria Geral do Direito de cunho substancial tão almejada...

Notas

¹ Sobre o direito moderno em uma perspectiva crítica da dogmática jurídica, ver João Maurício Adeodato (1997, p. 255-274).

² Kelsen não exclui a possibilidade do estudo da justiça e dos valores no direito, asseverando apenas que tal análise é feita por outras ciências que existem para tanto. Veja-se: “O Direito pode ser objetivo de diversas ciências; a Teoria Pura do Direito nunca pretendeu ser a única ciência do Direito possível ou legítima. A sociologia do Direito e a história do Direito são outras. Elas, juntamente com

a análise estrutural do Direito, são necessárias para uma compreensão completa do fenômeno complexo do Direito. Dizer que não pode existir uma teoria pura do Direito, porque uma análise estrutural do Direito restrita ao problema específico não é suficiente para uma compreensão completa do Direito, equivale a dizer que uma ciência da lógica não pode existir porque uma compreensão completa do fenômeno psíquico do pensamento não é possível sem a psicologia, 1998, p. 291-292).

³ (cf. SOUTO, 1992, p. 90). Ainda, Cláudio e Solange Souto asseveram que só uma interação social positiva entre os seres humanos é que viabilizaria um direito real: “Assim, o tipo ideal de um macrosistema social de maior abrangência, no sentido da favorabilidade ao direito, seria aquele em que houvesse um máximo de semelhança objetiva e subjetiva entre todos os seus interagentes e em que fossem todos esses interagentes socializados na idéia da semelhança essencial entre todos os homens. Desse modo, o sistema macrogrupal apresentaria o máximo de estabilidade e de abertura à mudança em seu equilíbrio” (SOUTO; 1981, p. 133).

⁴ Também, sobre a importância do pensamento tópico para o direito, veja-se a lição de Paulo Bonavides: “A tópica é o tronco de uma grande árvore que se esgalha em distintas direções e que já produziu admiráveis frutos, sobretudo quando reconciliou, mediante fundamentação dialética mais persuasiva, o direito legislado com a realidade positiva e circundante, criando pelas vias retóricas, argumentativas e consensuais, atadas a essa realidade, uma concepção muito mais rica e fecunda, muito mais aderente à práxis e às subjacências sociais do que as próprias direções antecedentes do sociologismo jurídico tradicional. Nesse ponto, já se pode dizer que a tópica ultrapassa, a um tempo, o sociologismo no Direito, o formalismo normativista e o jusnaturalismo, bem como a concepção sistêmica e dedutivista, de cunho meramente formal, com antecedências clássicas no pantectismo e na jurisprudência dos conceitos” (1993, p. 454-456).

⁵ Sobre a renovação da análise da experiência jurídico-social como fenômeno do direito, ver Miguel Reale (1992).

⁶ Entre as obras de Alexy, pode-se destacar: *Derecho y razón práctica, Teoría de los derechos fundamentales*. Entre os artigos/palestras proferidos no Brasil, veja-se: Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático e Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional na *Revista de Direito Administrativo*.

⁷ Inobstante falar tanto em democracia substancial, não discrimina os valores fundamentais a serem resguardados e garantidos de forma posi-

va. Nesse sentido, a crítica de Alexandre da Maia: “Em virtude de tal vazio ontológico, cremos que uma teoria comprometida com os ideais democráticos, como a do Prof. Ferrajoli, sem uma fixação de conteúdo, como bem os colocam Cláudio Souto e João Maurício Adeodato, pode ser manipulada por ideologias totalmente distintas do ideal do autor, haja vista que regimes autoritários podem traçar uma idéia do que, para os seus interesses, seria fundamental; logo, quais seriam os direitos fundamentais para a manutenção do *status quo* contrário a ideais democráticos? Logo, cada um, a seu bel-prazer, poderia fixar o conteúdo dos direitos fundamentais a partir de vários pontos de partida distintos, e, na maioria das vezes, opostos, muito embora todas as formas – democráticas ou não – de compreender a essência dos direitos fundamentais estariam legitimadas pela teoria de Ferrajoli. (...) Seria muito desagradável ver uma teoria gerada a partir de ideais não-democráticos ser manipulada por ideologias distintas, que se utilizam de uma forma peculiar de inserção do seu discurso no meio social” (2000, p. 99).

⁸ Sobre uma análise histórica do conteúdo do valor dignidade da pessoa humana, ver João Baptista Herkenhoff (1994, p. 137-141).

⁹ Nesse sentido, a lição de Eduardo Silva Costa: “Deveres, a Constituição os explicita e impõe na direção regular certa, para tornar o destinatário deles o seu sujeito passivo. Esse destinatário de deveres é o Poder Político individualizado no Estado, a expressão principal da potestade política. A par dele, ou, se se preferir, no próximo dele, posto que com carga bem menor de deveres, o Poder econômico. Poder-se-ia mencionar ainda o Poder da sociedade, mas esse, de certo modo, é intangível, não se corporifica tão forte como as espécies anteriormente referidas” (1999, p. 52).

¹⁰ Interessante ver, por exemplo, a lição de Robert Alexy, que afirma poderem os direitos fundamentais adquirir um caráter antidemocrático, já que, de certa forma, restringem a liberdade de atuação do homem: “Direitos fundamentais são democráticos, por isso, porque eles, com a garantia dos direitos de liberdade e igualdade, asseguram o desenvolvimento e existência de pessoas que, em geral, são capazes de manter o processo democrático na vida e porque eles, com a garantia da liberdade de opinião, imprensa, radiodifusão, reunião e associação, assim como com o direito eleitoral e com outras liberdades políticas, asseguram as condições funcionais do processo democrático. Ademocráticos são os direitos fundamentais, pelo contrário, porque eles desconfiam do processo democrático. Com a vinculação do legislador, eles subtraem da maioria parlamentarmente legitimada poderes de decisão. Em muitos Estados este jogo deve ser boservado: a oposição perde primeiro no processo

democrático e ganha, então, diante do tribunal constitucional”.

¹¹ Tal fato pode ser atestado nas obras de Hannah Arendt, quando teoriza sobre o ser humano em sua complexidade e diversidade, para tanto ver: Hannah Arendt (1987). Ver também João Maurício Leitão Adeodato (1989) e Celso Lafer (1998).

¹² Sobre a questão desobediência civil, o direito à resistência e à revolução, ver Maria Garcia (1994).

Bibliografia

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência: através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Modernidade e direito. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, Recife, v.2, n. 6, p. 255-274, out. dez. 1997.

_____. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, v. 217, p. 67-77, jul./set. 1999.

_____. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

_____. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamar, 2. ed. 1998.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARENDR, Hannah. *A condição humana*. São Paulo: Universitária, 1987

BONAVIDES, Paulo. A nova universalidade dos direitos fundamentais. *Nomos*, Fortaleza, v. 9-10, n. 1-2, p. 1-13, jan./dez. 1990-1991.

_____. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 4, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. Papel do jurista num mundo em crise de valores. *Revista dos Tribunais*, ano 84, v. 713, p. 277-283, mar. 1995.

COSTA, Eduardo Silva. Os deveres e a constituição. *Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 7, n. 29, p. 48-65, out. dez. 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

FANTONI JÚNIOR, Neyton. Segurança jurídica e interpretação constitucional. *Revista Jurídica*, ano 45, n. 238, p. 13-22, ago. 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998.

_____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, [s.d].

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FILHO, Manoel Gonçalves. Os direitos fundamentais: problemas jurídicos, particularmente em face da constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, v. 202, p. 1-10, jan./mar. 1996.

FIORATI, Jete Jane. Os direitos do homem e a condição humana no pensamento de Hannah Arendt. *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 142, p. 53-64, abr./jun. 1999.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais: teoria e realidade normativa. *Revista dos Tribunais*, ano 84, v. 713, p. 45-52, mar. 1995.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

IHHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de João de Vasconcelos. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1994, v.1.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1992. (Primeiros Passos).
- MAIA, Alexandre da. *Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- PARDO, David Wilson de Abreu. Caminhos do constitucionalismo no ocidente: modernidade, pós-modernidade e atualidade do direito constitucional. *Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano, 7, n. 28, p. 107-127, jul./set., 1999.
- PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas; FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Valores em conflito na constituição. *Revista do Advogado, Associação dos advogados de São Paulo*, n. 53, p. 65-84, out. 1998.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 8, n. 30, p. 146-158, jan./mar. 2000.
- SALDANHA, Nelson. As constantes axiológicas da cultura e da experiência jurídica brasileiras. *Anuário do Mestrado em Direito*, Recife, n. 4, p. 71-82, jan./dez. 1988.
- _____. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- _____. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- SAMANIEGO, Daniela Paes Moreira. *Direitos humanos como utopia*. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/dhutopi.html>. Acesso em: 10 fev. 2001.
- SCHIER, Paulo Ricardo. A hermenêutica constitucional: instrumento para implementação de uma nova dogmática jurídica. *Revista dos Tribunais*, ano 86, v. 741, p. 38-59, jul. 1997.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982.
- SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.
- SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito: uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: livros Técnicos e Científicos, 1981.

Propriedade industrial: espécie de propriedade imaterial

Maria Antonieta Lynch de Moraes

Sumário

1. Introdução: Direito Civil Patrimonial e a *res imateriae*. 2. Propriedade Imaterial: Direito Autoral e Direito Industrial. 3. Direito Industrial. 4. Peculiaridades do Direito Industrial. 5. Propriedade Imaterial e repressão a concorrência desleal. 6. Bens da Propriedade Industrial. 6.1. Invento. 6.2. Modelo de utilidade – pequena invenção. 6.3. Desenho *industrial*. 6.4. Sinais distintivos – marcas.

1. Introdução: Direito Civil Patrimonial e a res imateria

O Direito Civil Patrimonial¹ regula situações de conteúdo econômico, susceptíveis de avaliação pecuniária. De forma oposta, ao direito civil não patrimonial – direito civil pessoal² – estão afetas situações que não são mensuráveis pecuniariamente (CORDEIRO, 1993, p. 12). Naquele, encontramos um ramo denominado Direito das Coisas³, que é o conjunto de normas ao qual submetem-se as relações jurídicas que se estabelecem entre as pessoas e os bens⁴.

O nosso interesse no momento recai nesses direitos subjetivos de natureza patrimonial, conhecidos como direitos de propriedade⁵.

Analisando juridicamente o conceito de propriedade, interessante é tecer considerações acerca da natureza do bem que é objeto desse direito, posto que raramente nos afastamos da idéia da materialidade deste.

Portanto, relevante é mencionar que alguns direitos de propriedade têm por objeto

Maria Antonieta Lynch de Moraes é Mestre e Doutoranda em Direito Privado pela UFPE.

coisas corpóreas ou bens imateriais, significando que a realidade dos direitos de propriedade independe da existência física do objeto⁶ tutelado.

O estudo do vínculo entre uma pessoa e um bem corpóreo cabe principalmente ao direito das coisas. Já o estudo do vínculo entre uma pessoa e um bem incorpóreo não se restringe ao direito das coisas, ramo do direito civil, podendo estender-se ao direito comercial, não deixando, entretanto, o caráter de direito de propriedade.

A propriedade dos bens incorpóreos é regida por regras específicas, constituindo o direito da propriedade imaterial ou intelectual. As regras referentes à matéria não devem ser aplicáveis às coisas corpóreas, tendo em vista as divergências existentes na natureza dos bens tutelados.

A qualificação imaterial do direito de propriedade, em sentido lato, refere-se a toda espécie de propriedade que se origine ou provenha de qualquer concepção ou produto da inteligência, para exprimir o conjunto de direitos, que competem ao intelectual (escritor, artista ou inventor) como autor da obra imaginada, elaborada ou inventada (SILVA, 1978, p. 1244).

São, portanto, objetos do direito de propriedade imaterial todas as obras do espírito, todas as obras intelectuais quer no domínio das letras, das artes, das ciências, quer no das indústrias.

2. Propriedade Imaterial: Direito Autoral e Direito Industrial

Os direitos imateriais⁷ classificam-se conforme se manifestam no domínio das artes e das ciências ou no campo das indústrias, revestidas de caráter econômico (CERQUEIRA, 1930, p. 24). Assim, tanto numa área como na outra, temos por objeto as produções da inteligência e do engenho humano, exteriorizadas de várias formas.

A proteção a esses bens imateriais deu origem a ramos específicos dentro do Direito Privado, visando bem proteger as concep-

ções produzidas pelo cérebro do criador, compreendendo a propriedade industrial e o direito autoral.

As concepções oriundas do engenho humano, que são objeto das tutelas aqui analisadas, podem ser consideradas e agrupadas da seguinte forma:

– as criações artísticas englobam as obras literárias, escritas ou orais; as obras musicais, cantadas ou instrumentadas; e as obras estéticas bidimensionais (pinturas, litografias, fotografias) ou tridimensionais (esculturas e obras de arquitetura). São criações do espírito por qualquer modo exteriorizadas;

– as concepções científicas são, por essência, as descobertas nos diversos campos da Física, da Química, da Biologia, da Astronomia etc; (DI BLASI; GARCIA; MENDES, 1997, p. 16);

– as criações técnicas referem-se às invenções, tendo, portanto, aplicação do engenho humano na atividade de produção.

Assim, temos que a Propriedade Imaterial abrange, no domínio das artes e das ciências, os direitos relativos às produções literária, científica e artística, bem como, no campo industrial e comercial, os direitos que têm por objeto as invenções, os desenhos industriais, as marcas, o nome comercial, as indicações geográficas, os segredos de fábrica, os dados proprietários e a repressão à concorrência desleal (LOBO, 1997, p. 19).

A Propriedade Imaterial é o gênero do qual são espécies o direito industrial⁸ e o direito autoral⁹ ou *copyright*¹⁰.

Normalmente, o estudo deste último é reservado à doutrina de direito civil, não cuidando dele os comercialistas¹¹.

A Propriedade Industrial é, portanto, uma espécie de propriedade imaterial (FURTADO, 1996, p. 25).

O Direito Industrial¹² é um episódio da propriedade imaterial que trata dos bens incorpóreos aplicáveis à indústria. Aborda assuntos referentes às invenções; aos desenhos industriais; às marcas; à repressão às

falsas indicações geográficas e demais indicações; e a repressão à concorrência desleal.

3. *Direito Industrial*

O adjetivo industrial deriva de indústria, palavra que não qualifica perfeitamente o objeto desse ramo do Direito, pois Indústria em sua acepção mais ampla designa todo o trabalho humano, no qual poderíamos inserir a agricultura, a indústria em sentido restrito e o comércio.

Assim, qualificando o Direito como Industrial, teríamos uma abrangência maior do que o objeto que realmente lhe é atribuído. Se, contudo, analisarmos a expressão indústria em sentido restrito, designando apenas as manufaturas e indústrias fabris, estaríamos excluindo de seu campo de incidência as marcas, o nome, as normas de concorrência desleal, assuntos que a doutrina considera pertencentes ao Direito Industrial.

Como vemos, a expressão não deve ser entendida sob uma análise léxica, sob pena de compreender mais, ou menos, que o verdadeiro objeto do direito industrial.

A denominação foi adotada e consagrada pelo uso, pois, nos primórdios, as relações que a princípio constituíram o objeto do direito industrial diziam respeito a indústrias fabris e manufaturas (CERQUEIRA, 1930, p. 10).

Segundo João da Gama Cerqueira, Propriedade Industrial pode ser definida como o conjunto dos institutos jurídicos que visam garantir os direitos de autor¹³ sobre as produções intelectuais do domínio da indústria e assegurar a lealdade da concorrência comercial e industrial (1946, p. 73).

O Direito Industrial é a soma de direitos que incidem sobre as concepções ou produções da inteligência, trazidas à indústria para sua exploração ou proveito econômico de quem as imaginou ou inventou. Desse modo, as invenções entendem-se propriedades imateriais, como as marcas de comércio entendem-se propriedades comerciais. De-

signam, assim, as relações jurídicas que vinculam os inventos a seus autores. E as marcas também são propriedades industriais, pois que delas resultam direitos próprios e particulares para o industrial, que conseguiu os respectivos registros (SILVA, 1978, p. 1244).

4. *Peculiaridades do Direito Industrial*

O Direito Industrial apresenta características próprias que o diferenciam dos outros ramos do Direito.

Inicialmente os comentários incidem sobre o objeto desse Direito, pois se percebe que a tutela não recai numa coisa singular nem num nome determinado, mas o que se protege é um processo de criação de uma obra, o descobrimento de um processo, o uso exclusivo de um nome, a exploração de um invento, a idéia que tornou possível a utilização de uma coisa ou a aparência especial de um objeto. A proteção não se limita à forma exterior, mas abrange a idéia inventiva.

Outra observação interessante refere-se ao caráter temporal do direito de propriedade industrial, pois, diferentemente da propriedade em geral, a extensão da tutela no âmbito industrial é limitada no tempo, variando de acordo com a natureza do bem protegido (marca ou invento)¹⁴.

Além da existência limitada, o direito industrial impõe deveres ao titular, como, por exemplo, a obrigação de explorar a patente ou utilizar a marca sob pena de perder o direito.

Quanto à origem, temos que o direito de propriedade industrial, ou seja, o privilégio concedido pelo Estado decorre de um ato administrativo efetuado perante um órgão estatal competente, ou seja, depende da expedição da carta patente ou do certificado de registro. No âmbito autoral, o direito de exploração econômica surge no ato da composição, e não de um ato concessivo, não tendo assim o registro caráter constitutivo, mas servindo como prova da anterioridade da criação.

5. *Propriedade Industrial e repressão à concorrência desleal*

A repressão à concorrência desleal é um ponto específico disposto no próprio texto da Lei da Propriedade Industrial¹⁵ e objetiva reprimir ou atacar frontalmente os atos de concorrência contrários aos usos éticos e honrados em matéria de indústria e comércio, protegendo, entre outros, os direitos relativos à propriedade industrial.

A ligação entre a propriedade industrial e a concorrência desleal é notória, não devendo, portanto, tratar-se do assunto de maneira isolada. A repressão à concorrência desleal, segundo Gama Cerqueira (1946, p. 83), é princípio da propriedade industrial. De fato um dos meios de garantir o direito do autor é por meio da repressão aos atos que configuram atitudes desonestas e ilícitas. Ainda Gama Cerqueira afirma que a propriedade industrial constitui a concretização da repressão à concorrência desleal, pois, sem dúvida, uma vez que se realiza¹⁶ o direito, pressupõe-se que foram de fato coibidos os abusos indesejados (atos de concorrência).

Diante dessa necessidade, o Estado intervém e regulamenta a matéria dispondo acerca dos meios e recursos cabíveis contra os atos de competidores (terceiros que não possuem o privilégio) que infrinjam os usos honrados e lícitos, coibindo os abusos da liberdade individual, como no caso a propriedade privada, para manter a livre concorrência dentro de limites naturais.

Exemplificando, podemos afirmar que a repressão incide contra situações nas quais ocorre a utilização indevida e ilegal de uma patente ou de uma marca, ou quanto a atos que induzam a confundir o público em relação a produtos e atividades industriais, comerciais ou de serviços de um competidor, ou contra as falsas alegações que tendam a promover o descrédito da empresa, do produto ou da sua atividade e que induzam o público consumidor a erros quanto às características do produto e aos meios de produção, entre outras.

Sintetizando, temos que a repressão à concorrência desleal é um capítulo da propriedade industrial.

Assim, a LPI, em seu título sobre crimes contra a propriedade industrial, tipifica condutas de concorrência desleal, tentando proteger os empresários e conseqüentemente o consumidor. As sanções civis, porém, encontram-se na demanda de perdas e danos.

6. *Bens da Propriedade Industrial*

Os bens que integram o direito industrial são bens imateriais que interessam à empresa e conseqüentemente ao empresário, devido ao caráter pecuniário que adquirem.

Podemos inseri-los em dois grupos bem definidos, que são: as criações intelectuais e os sinais distintivos.

As primeiras – criações intelectuais – são os inventos, os modelos de utilidade e os desenhos industriais.

No segundo grupo, temos os sinais distintivos, que individualizam o empresário e compreendem as marcas, o título de estabelecimento, a insígnia, os sinais e expressões de propaganda, entre outros.

6.1. *Invento*

Dos bens tutelados diretamente pela Lei da Propriedade Industrial, a invenção é a única que não recebeu definição legal. O legislador, não tendo nos fornecido um conceito, utilizou-se do critério de exclusão para apresentar o bem protegido. Dessa maneira, elencou uma lista de manifestações do intelecto que não se consideram abrangidas no conceito.

A invenção não se confunde com a simples descoberta. O invento, é a criação de coisa antes inexistente e desconhecida, diferentemente da descoberta, que traz à luz coisa já existente, mas até então desconhecida.

Gama Cerqueira bem explica as diferenças comentando: “a invenção, de um modo geral, consiste na criação de uma coisa até então inexistente; a descoberta é a revela-

ção de coisa existente na natureza” (1946, p. 242).

Inventar é criar algo novo, é aplicar princípios científicos conhecidos de maneira inovadora, que tenham utilidade industrial.

O invento se reveste de características próprias, tais como a novidade, a atividade inventiva e a aplicação industrial. O invento é protegido pelo Estado, por meio de um privilégio específico chamado patente¹⁷.

A invenção, pelo seu significado e repercussão nos negócios, é objeto de especial atenção pela lei, assegurando-se ao seu inventor o direito de obter patente, isto é, o privilégio oficial que lhe garanta a propriedade e o uso exclusivo do invento. Sem o registro, a invenção perde a sua exclusividade, caindo no domínio público, implicando isso perda, pelo inventor, da sua comercialização ou industrialização exclusiva.

6.2. Modelo de utilidade – pequena invenção

O modelo de utilidade é outro bem passível de ser objeto de patenteamento. É toda e qualquer inovação introduzida em objeto conhecido, de uso prático suscetível de aplicação industrial, com novo formato de que resultam melhores condições de utilização, fabricação ou eficiência. Não há, propriamente, invenção, mas acréscimo na utilidade de alguma ferramenta, instrumento de trabalho ou utensílio, pela ação da novidade parcial que lhe agrega.

É um aperfeiçoamento da invenção, ou seja, um aperfeiçoamento em algo que já existia.

O modelo de utilidade é chamado também de pequena invenção e goza de proteção autônoma em relação à da invenção cuja utilidade foi melhorada.

Distingue-se da invenção propriamente dita, por faltar-lhe o requisito básico daquela – criação de coisa nova e inexistente.

Para se caracterizar como modelo de utilidade, o aperfeiçoamento deve representar um avanço tecnológico engenhoso, oriundo da atividade inventiva de seu criador, sem ser, contudo, inédito.

6.3. Desenho industrial (design)

O desenho industrial é um bem imaterial que constitui um meio de expressão da criatividade do homem e que se materializa por meio de uma forma ou pela disposição de linhas e cores de um objeto suscetível de utilização industrial. Assim, verifica-se que desenho industrial confere uma configuração ornamental nova e específica ao produto, corporificando combinações originais, tornando o objeto inconfundível pelo consumidor (DI BLASI; GARCIA; MENDES, 1997, p. 27). Visa, portanto, caracterizar de maneira própria individualizadora o produto no que se refere aos aspectos externos.

O desenho industrial¹⁸ não atinge a utilidade ou funcionalidade do objeto, mas o reveste de um aspecto diferente, resultando numa configuração visual distinta.

A sua propriedade é obtida mediante registro a ser requerido perante o INPI.

6.4. Sinais distintivos – marcas

Dentro dos sinais distintivos, aquele que mais recebeu proteção foi a marca. Podemos conceituá-la como o designativo que identifica e individualiza¹⁹ produtos e serviços, diferenciando-os de outros do mesmo gênero.

Para João da Gama Cerqueira, “marca é qualquer sinal distintivo que, aposto facultativamente aos produtos e artigos das indústrias em geral, serve para identificar sua origem e procedência ou para distingui-la de outros idênticos ou similares” (1930, p. 41).

Não se confunde com outros designativos presentes na empresa, assim como o nome empresarial, que identifica o empresário e o título de estabelecimento que se refere ao local do exercício da atividade econômica. Entretanto, essa diferenciação diz respeito à função identificadora de cada sinal distintivo, posto que as palavras utilizadas na formação de cada individualizador poderão coincidir. Não é difícil deparar-se com empresas que utilizam uma mesma palavra-chave na composição do nome

comercial, do título de estabelecimento e da marca de seus produtos ou serviços.

Notas

¹ Classificação utilizada por Antonio Menezes Cordeiro (1993, p. 12).

² Ao falar em direito civil pessoal, como direito civil não patrimonial, é necessário ter cuidado para não se confundir com o direito pessoal ou obrigacional.

³ Segundo Clóvis Beviláquia, “é o complexo das normas reguladoras das relações jurídicas referentes aos bens corpóreos e ao direito autoral” (1942, p. 7).

⁴ Bens “são valores considerados pelo homem como extensão de seu poder físico e espiritual. Abrangendo não só coisas corpóreas ou incorpóreas suscetíveis de valor pecuniário como também a honra, vida, saúde, notoriedade, intelectual, competência científica, artísticas e literária, etc.” (DINIZ, 1998, p. 402).

⁵ De maneira simples, podemos considerar que propriedade é o poder irrestrito de uma pessoa sobre um bem determinado, corpóreo ou incorpóreo. Opinião diferente é a de Orlando Gomes, que entende que a propriedade incorpórea não pode ser assimilada à propriedade, sendo uma quase propriedade. Assim, afirma que o objeto não pode ser senão um bem corpóreo (1994, p. 99). Maria Helena Diniz entende que não se justifica restringir o objeto dos direitos reais aos bens corpóreos (móveis e imóveis), uma vez que há coisas imateriais de caráter patrimonial que são suscetíveis de constituírem um objeto jurídico, como as produções do espírito no domínio das letras, artes, ciências e indústria, e que são uma forma especial de propriedade (1997, p. 23). Seguindo a mesma orientação, o legislador do Código Civil Brasileiro, nos artigos 649 a 673, colocou a propriedade artística, literária e científica como parte integrante do direito das coisas, tendo sido, posteriormente, revogada a parte pela Lei nº 5.988/73 e esta pela Lei nº 9.610/98, que regula atualmente as questões pertinentes aos chamados Direitos Autorais. A Propriedade Industrial também não foi esquecida, figurando expressamente sua proteção no artigo 5º da Carta Magna em que determina que a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como a proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresa e a outros sinais distintivos.

⁶ Nesse sentido é a opinião de Pontes de Miranda, que ainda esclarece a relação existente entre os direitos sobre coisas incorpóreas e os direitos de personalidade elecando: “os juristas que ainda in-

cluem nos direitos de personalidade os direitos sobre coisas incorpóreas eram vítimas de rudimentar análise dos fatos. Nos direitos de personalidade, o objeto não é separado da pessoa do titular. O direito autoral de personalidade é bem diferente do direito patrimonial do autor e mais ainda do direito de propriedade dos exemplares ou da edição da obra” (2000, p. 294).

⁷ Direitos imateriais ou intelectuais.

⁸ Direito Industrial ou Propriedade Industrial.

⁹ O direito autoral visa proteger as criações do espírito (literária, científica ou artísticas) expressas por qualquer suporte tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, protegendo os interesses do autor, e sucessores, em relação às obras criadas. O direito autoral destacou-se do direito das coisas e do Código Civil, passando a constituir uma especialidade, um direito civil especial. A nossa lei civil, após muita discussão, firmou-se no entendimento de que se trata de um direito de propriedade, assegurado pela Constituição Federal, no artigo 5º, XXVII, XXVIII e XXIX. A lei que regula a matéria é a Lei Federal nº 9.610/98, tendo revogado as Leis 5.998/73 e 4.944/66. O direito do autor tem uma estrutura fundada numa concepção dualista, compreendendo direitos morais (personalidade) e direitos pecuniários. A proteção autoral engloba dois aspectos, quais sejam, o moral e o material (patrimonial). O primeiro constitui a emanção da personalidade do autor, ou seja, é o direito que o autor tem sobre a obra, consistindo na prerrogativa de mantê-la intocada, mesmo após sua alienação. É sem dúvida a extensão do seu poder criativo e que jamais se desprenderá do seu nome, sendo inalienável e intransmissível. Os direitos morais do autor seriam: a) direito de personalidade ou paternidade; b) direito de nomeação; c) direito de divulgação; d) direito de ineditismo; e) direito de integridade; f) direito de modificação; g) direito de retirada ou arrependimento e h) direito de repúdio de projeto. Já o segundo aspecto, o patrimonial, consiste na exploração econômica da obra intelectual pelo autor ou por terceiros, sendo perfeitamente alienável e transmissível, portanto. A proteção econômica aos interesses do autor se encontra na exclusividade que lhe confere a lei de reproduzir a obra, ou seja, à retribuição material do trabalho intelectual e ao direito moral, que constitui emanção da personalidade do artista, que se situa acima dos interesses pecuniários e que consiste na prerrogativa de manter intocada a obra mesmo após a sua alienação.

¹⁰ A Lei 9.610/98, no seu artigo 7º, enumera as criações intelectuais que serão objeto da tutela desse dispositivo.

¹¹ A proteção liberada ao autor (obra literária, artística ou científica) pelo direito autoral e ao inventor (criações técnicas) pelo direito industrial di-

ferenciam-se. A tutela jurisdicional é diferente, porém a relação jurídica entre o sujeito e o objeto de direito é do mesmo tipo: o sujeito é o mesmo – o autor – e o objeto de tais direitos são os bens chamados imateriais.

¹² Propriedade Industrial ou Direito Industrial.

¹³ O autor considera sinônimos os termos Propriedade Intelectual, Imaterial e Direitos do Autor, englobando assim as produções literárias, científicas, artísticas e industriais (1946, p. 69).

¹⁴ A patente tem prazo de 20 anos para a invenção e 15 anos para o modelo de utilidade, contados do depósito do pedido de patente. O registro de desenho industrial tem o prazo de duração de 10 anos, contados da data do depósito, e pode ser prorrogável por até três períodos sucessivos de 5 anos cada (LPI, art. 108). O registro da marca tem duração de 10 anos, a partir da sua concessão (LPI, art. 133), prorrogável por períodos iguais e sucessivos de maneira ilimitada. A patente diferentemente não pode ser prorrogada, em hipótese alguma (LPI, art. 40).

¹⁵ Art. 2º, inciso V, da LPI.

¹⁶ Realizar o direito não é utilizado no sentido de obter a patente ou o certificado, mas de gozá-lo de forma plena.

¹⁷ Patente ou registro é um título de propriedade temporário outorgado pelo Estado, por força de lei, ao inventor/autor ou pessoas cujos direitos derivem do mesmo, para que esta ou estas excluam terceiros, sem sua prévia autorização, de atos relativos à matéria protegida, tais como fabricação, comercialização, importação, uso, venda, etc.

¹⁸ Esclarecedor é o exemplo citado por Fábio Ulhoa Coelho ao citar o caso da cadeira de braços que August Endell projetou em 1899, em Jungendstil (versão alemã do estilo *art nouveau*). Essa cadeira é diferente, é inconfundível, mas não tem mais utilidade do que qualquer outra cadeira. Todas servem ao mesmo propósito, o de sentar (2000, p. 132).

¹⁹ A finalidade desse sinal é marcar, é sinalizar. É o distintivo, o cunho, o carimbo, o registro, o grau, a categoria, o selo, o sinete, o nome, a palavra, o termo, a distinção, etc. Marca é tudo aquilo que tem condão de assinalar e distinguir os produtos e/ou serviços (SOARES, 2000, p. 14).

Bibliografia

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: introdução as pessoas: os bens*. Coimbra: Coimbra, 1997. v. 1.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1942. v. 3.

CERQUEIRA, João da Gama. *Privilégios de invenção e marcas de fábrica e de comércio*. São Paulo: Acadêmica Saraiva, 1930. v. 2.

_____. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1946. v. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

DI BLASI, Gabriel; GARCIA, Mário Soerensen; MENDES, Paulo Parente M. *A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 4.

_____. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3.

FERRIOL, Luís Puig I. et al. *Manual de derecho civil: introducción y derecho de la persona*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

LOBO, Thomaz Thedim. *Introdução à nova lei de propriedade industrial: Lei nº 9.279/96*. São Paulo: Atlas, 1997.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1997.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral: eficácia jurídica: determinações inexas e anexas: direitos, pretensão, ações*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves, São Paulo: Bookseller, 2000. t. 6.

_____. *Tratado de direito privado: exceções: direitos mutilados: exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções: prescrição*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 2000. t. 6.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Instituições de direito civil: posse, propriedade, direito reais de fruição, garantia e aquisição*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 4.

- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das coisas*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 5.
- SILVA, DE Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e a nova lei de propriedade industrial: lei nº 9.279, de 14.05.1996*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SOARES, José Carlos Tinoco. *Lei de patentes, marcas e direitos conexos: lei 9.279 - 14.05.1996*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Marcas vs. nome comercial: conflitos*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Propriedade intelectual de setores emergentes: de acordo com a lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996: nova lei de patentes*. São Paulo: Atlas, 1996.
- WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1973.

O direito do consumidor, o sistema financeiro e os cartões de crédito

João Henrique Pederiva

Sumário

1. Introdução. 2. O Direito do consumidor. 2.1. Antecedentes. 2.2. A lei De defesa do consumidor. 3. O sistema financeiro nacional. 4. Os cartões de crédito. 4.1. A visão tradicional. 4.2. A visão da obrigação como processo. 5. Conclusão.

1. Introdução

O presente trabalho tece considerações acerca da aplicabilidade do Direito do Consumidor ao sistema de cartões de crédito, passando pela carência de supervisão concernente a esse sistema. O substrato do texto repousa na legislação, na doutrina e na jurisprudência, com informações do Congresso Nacional ou da imprensa escrita, divulgadas pela Internet.

O desdobramento do conteúdo proposto inicia-se com o histórico das normas concernentes à defesa do consumidor. Segue-se a descrição dos atributos do sistema financeiro nacional relacionados ao cartão de crédito e a explanação acerca do sistema e do funcionamento dos cartões de crédito. A conclusão visa a conferir maior eficiência à tutela estatal voltada para a solução de conflitos entre os vários partícipes desse sistema.

João Henrique Pederiva é Consultor de Orçamentos do Senado Federal, ex-AFCE do TCDF, pós-graduado em Ciências Contábeis pela UnB e graduando em Direito pelo UniCEUB-DF.

2. O direito do consumidor

2.1. Antecedentes

A defesa do consumidor, no Brasil, foi marcada pela criação da Promotoria do Con-

sumidor paulista, em 1977. A legislação e a regulamentação, à época, eram deficientes sob muitos aspectos, mormente quanto à garantia de tutela específica, restando ao consumidor apenas a via administrativa para solução de eventuais conflitos. Ou seja, a solução dos conflitos intersubjetivos de interesses dependia do entendimento direito entre os interessados, ante a ausência de institutos jurídicos específicos e da aplicação das normas do Código Civil de 1916, cujo pressuposto reside na igualdade das partes contratantes.

O *consumo sustentável*, termo utilizado pela Resolução da Organização das Nações Unidas – ONU (*United Nations – UN*) nº A/RES/39/248, de 16 de abril de 1985¹, volta-se para o equilíbrio entre as necessidades ilimitadas do ser humano e a finitude dos recursos naturais não-renováveis. De um lado, essas necessidades são estimuladas e direcionadas pelos meios de comunicação de massa. De outro, o consumo de produtos e serviços pode e deve ser considerado uma atividade predatória dos recursos naturais. Assim, incumbe ao Governo estabelecer regimentos para o benefício ótimo dos recursos disponíveis, inclusive mediante a redução da assimetria informacional entre fornecedor e consumidor².

Com o advento da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que “disciplina a ação civil pública de *responsabilidade por danos causados* ao meio ambiente, *ao consumidor*, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências” (sem grifo no original), a proteção ao consumidor foi reforçada pelo alargamento das possibilidades de representação judicial ativa. Na defesa de interesses difusos ou coletivos, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais ao consumidor poderiam ser propostas, a partir daí, pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios, por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação constituída há pelo menos um ano e cujas

finalidades incluam a proteção ao consumidor³.

Nesse diapasão, o constituinte originário exigiu complementação da Lei Maior por meio de legislação infraconstitucional, sem prejuízo de assegurar alguns princípios de defesa da ordem jurídica. O art. 5º, inciso XXXII⁴, da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988 – CF/88, impôs ao Estado brasileiro promover a defesa do consumidor, na forma da lei. O art. 37 da Lei Maior, por sua vez, na forma conferida pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998⁵, determina seja observado pela Administração o princípio da eficiência, assim como a participação dos usuários na administração pública direta e indireta. Já o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT⁶ concede cento e vinte dias ao Congresso Nacional para a elaboração do código de defesa do consumidor.

No Brasil da década passada, prestigiou-se o instituto do código, representando um conjunto de normas gerais e supraordenadoras para regular a relação entre os agentes que participam da atividade do consumo, em detrimento de leis esparsas e de âmbito mais restrito⁷. A intervenção estatal justificava-se pela insuficiência dos mecanismos de mercado na solução pacífica dos conflitos de interesses entre os agentes que nele atuam. Para mitigar a vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor, o Poder Legislativo elaborou um sistema de normas jurídicas relativas ao consumo, cuja efetiva implementação, verificação da observância e aplicação individual e concreta cabe aos Poderes Executivo e Judiciário, conforme Pederiva (1998, p. 28):

“Assim, o Poder Legislativo discute, modifica e aprova o planejamento oriundo do Poder Executivo. Este realiza ou executa tal planejamento. O Poder Judiciário (assim como o Tribunal de Contas da União e o Ministério Público) audita e o Poder Legislativo controla, com o fito de aprimorar seu planejamento. Esse é um modelo sin-

gelo e ideal, mas que ajuda a compreender as responsabilidades administrativas das instituições e dos agentes públicos. Na verdade, todos os poderes executam parte dos planos e programas governamentais. Tanto é assim que todos partilham do mesmo orçamento, significando que todos são responsáveis pela consecução das políticas públicas”⁸.

Entre os princípios que devem ser observados pela ordem econômica, por força constitucional, encontra-se a defesa do consumidor. Segundo o art. 170 da Lei Maior, essa ordem visa a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social⁹. É, portanto, possível afirmar, com base nos termos constitucionais, que a defesa do consumidor respalda-se no ideal de justiça social e constitui meio hábil de atingir a existência digna e legítima, a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa. Não se olvide que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, entre outros, fundamentam o Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, consoante o art. 1º da CF/88. Ademais, os objetivos a serem perseguidos pela República, como a redução das desigualdades sociais e regionais, também se encontram discriminados na Lei Maior¹⁰.

2.2. A lei de defesa do consumidor

A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90 ou CDC), que “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”, estabelece o microssistema jurídico com fulcro na ciência consumista. Esse microssistema vincula-se a questões jurídicas de natureza constitucional, civil, penal, processual civil e penal e administrativa, considerando a vulnerabilidade do consumidor em face do fornecedor. Assim, diferentemente dos Códigos Civil e Penal, que cuidam de relações entre pessoas naturais e jurídicas tratadas como iguais, a lei dispensa tratamento desigual para partes em si-

tuações desproporcionais, visando ao equilíbrio da relação.

Note-se que, por questões regimentais, a tramitação dos códigos, no âmbito do Congresso Nacional, exige cuidados específicos, que não foram observados por ocasião do andamento do projeto de lei que resultou no CDC. Esse óbice foi superado sob o argumento de que a matéria contida no referido projeto de lei não correspondia à demanda constitucional. Em outras palavras, a denominação de código não lhe caberia. Todavia, quer pelo caráter sistêmico, quer pelo mandamento do ADCT, os autores do anteprojeto consideraram a Lei nº 8.078/90 um verdadeiro código¹¹.

O CDC, em seu primeiro artigo, estabelece o âmbito da aplicação da lei, bem como remete seu conteúdo àquele requerido pela Norma Fundamental. Sob o prisma subjetivo, isto é, dos sujeitos das imputações jurídicas, existem definições legais de consumidor e de fornecedor, respectivamente, nos arts. 2º e 3º do CDC. Os direitos básicos do consumidor, ou seja, a pretensão passível de tutela pelo Código, constam do art. 6º do Código. No art. 7º, explicita-se o compromisso das normas consumistas com o direito internacional, a atuação administrativa e a aplicação dos princípios gerais de direito, da analogia, dos costumes e da equidade. Vale transcrever os artigos mencionados, porquanto permeiam os demais dispositivos do Código:

“Art. 1º O presente Código estabelece *normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social*, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Art. 2º *Consumidor é toda pessoa física ou jurídica* que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. ...

Art. 3º *Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes*

despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º *Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.*

§ 2º *Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. ...*

Art. 6º *São direitos básicos do consumidor: ...*

II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

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

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for

ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; ...

X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Art. 7º Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. ...” (sem grifo no original).

O caráter de ordem pública e de interesse social das normas de proteção e defesa do consumidor, constantes do art. 1º do CDC, aponta para a sua inderrogabilidade pelas partes da relação de consumo, bem como para a aplicação imediata da disciplina concernente às cláusulas abusivas. Tanto as práticas quanto as cláusulas consideradas abusivas são nulas, segundo o Código¹². Justamente por versar sobre direitos indisponíveis, as normas de Direito Econômico têm incidência imediata nos tratos sucessivos ou de execução continuada¹³.

O Código prestigiou a noção econômica de consumidor ao considerá-lo como o destinatário final de bens e serviços. O pressuposto do conceito adotado pelo CDC é de que o agente econômico tem em vista atender a uma necessidade própria, em lugar de desenvolver outra atividade negocial. Tutela-se, por conseguinte, o consumidor não-profissional, percebido como hipossuficiente ou vulnerável, que arrisca submeter-se ao poder e às condições dos fornecedores de bens e serviços. Segundo os autores do anteprojeto, o modelo de microsistema jurídico da defesa do consumidor não se coaduna com a tese de que o CDC regula todo o mercado brasileiro, substituindo a tutela do Código Comercial ou Civil inclusive nas relações entre iguais¹⁴.

Há de ressaltar-se, no entanto, que a doutrina promotora de requisitos subjetivos

para a aplicação do CDC, embasada no conceito de microssistema próprio, vem sendo contestada. De um lado, a responsabilidade pela assunção dos riscos derivados dos contatos sociais massificados vem sendo atribuída àquele que colocou o bem ou serviço à disposição de outrem, conforme sugere o projeto do novo Código Civil¹⁵. De outro, há notícia de que os tribunais vêm concedendo a incidência de dispositivos do CDC em favor de partícipes de relações internas à cadeia produtiva¹⁶. Além disso, os termos de ajustamento de conduta, promovidos por órgãos do Poder Executivo, entre outros, limitam a autonomia das vontades contratantes e permitem delimitar tanto o objeto contratado quanto o comportamento considerado idôneo para as partes¹⁷.

3. O sistema financeiro nacional

A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964¹⁸, estrutura e regula o sistema financeiro nacional, composto pelo Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil, Banco do Brasil S/A, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e demais instituições financeiras¹⁹. Para os fins da Lei nº 4.595/64, considera-se instituição financeira qualquer pessoa natural ou jurídica que colete ou intermedie recursos próprios ou de terceiros, como atividade principal ou acessória, em caráter eventual ou permanente²⁰. No plano específico e concreto, todavia, a aplicação desse conceito não tem abarcado a supervisão da atividade de administração de cartões de crédito²¹. Não se olvide que o Banco Central constitui apenas uma entre as entidades supervisoras desse sistema. Nesse sentido, a atividade supervisora do sistema financeiro nacional é compartilhada entre o Banco Central, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP e a Secretaria de Previdência Complementar – SPC.

A explicação para tanto reside no sistema contratual que rege a atividade e na pri-

oridade relativamente baixa que o próprio Banco Central do Brasil concede a essa atividade, de modo semelhante à supervisão concernente à área de consórcios. Trata-se, é verdade, de atividades em que o custo operacional é elevado, por conta da grande dispersão dos contratos, embora a supervisão concernente aos sistemas de administradoras de consórcio esteja explicitada entre as entidades administradoras de recursos de terceiros²². Atente-se, ainda, que essa modalidade de supervisão ocorre na esfera administrativa, sujeitando-se, por conseguinte, à revisão judicial.

De toda a sorte, o constituinte de 1988 inseriu o capítulo pertinente ao sistema financeiro nacional no título que cuida da ordem econômica. Sujeita-se, portanto, o funcionamento desse sistema financeiro aos mesmos ditames já referidos, quais sejam, aos princípios gerais da atividade econômica, constantes do art. 170, sem esquecer os arts. 1º e 3º da CF/88. Vale, ademais, transcrever alguns dispositivos do artigo da Lei Maior reservado para a orientação das atividades do sistema financeiro:

“Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar que disporá, inclusive, sobre: ...

§ 3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar. ...”

Nos termos da CF/88, a Lei nº 4.595/64 foi recepcionada como lei complementar. Na primeira metade da década passada, o Supremo Tribunal Federal julgou pela inconstitucionalidade da regulamentação

parcial do § 3º do art. 192 da Constituição Federal. Em outros termos, além de ser inaplicável qualquer penalidade pelo excesso do limite constitucional, o Pretório Excelso entendeu que o dispositivo não é auto-aplicável²³. Há, segundo aquele entendimento, necessidade de editar uma única lei complementar que cuide de todos os assuntos relacionados ao artigo da Constituição Federal ora em apreço²⁴.

É provável que a nova lei complementar integre, explicitamente, a atividade de administração dos cartões de crédito às disposições concernentes ao sistema financeiro nacional. As características de pagamentos diferidos no tempo e o crescente volume de transações qualificam a importância do setor para a economia nacional. Como prelecionam Bonato e Moraes (1999, p. 185), ao comentar sobre o cartão de crédito:

“O crédito, na forma já salientada, constitui-se em flagrante ‘aluguel de dinheiro’, colocada a expressão exclusivamente para facilitar a abordagem do tema, pois é por intermédio da sua concessão ao consumidor que este terá condições de se transportar para uma situação de vida materialmente melhor, que ocorrerá quando tiver satisfeitas as suas necessidades pela aquisição de algo.

Assim, da mesma forma que um automóvel que é alugado e serve de transporte para o destino desejado, o crédito funciona com as mesmas características, motivo pelo qual *adotamos o entendimento de que a concessão de crédito é serviço executado pelas administradoras do negócio*” (sem grifo no original).

Dessa maneira, ainda que explicável, a ausência de supervisão das atividades de cartão de crédito pelas autoridades competentes para acompanharem o sistema financeiro nacional parece despropositada, em face da relevância econômica e social dessa atividade²⁵. Mas há outras conseqüências desse posicionamento.

A ausência das administradoras de cartão de crédito no rol das entidades financeiras faz incidir sobre elas a proibição de cobrança de juros capitalizados e superiores a um por cento ao mês²⁶. Tal limite foi expressamente afastado dos integrantes do sistema financeiro nacional por obra do Enunciado nº 596 da Súmula do Supremo Tribunal Federal – STF²⁷. Ademais, quando há empréstimo de dinheiro efetuado por meio de cartão de crédito, considera-se mutuante a própria administradora, sujeita aos limites da Lei de Usura²⁸. Já no parcelamento da obrigação principal, a contraparte é a pessoa integrante do sistema financeiro.

Outra possível explicação para o distanciamento do Banco Central do Brasil com respeito à atuação das administradoras de crédito pode ter relação com o conceito mais restrito de consumidor. Quem promove a intermediação bancária é a administradora de cartões de crédito. Dessa maneira, a maioria dos contatos sociais, base para o interesse jurídico, ocorrem entre a administradora e a financeira ou o banco²⁹. Haveria contato direto com o consumidor, posteriormente ao seu ingresso no sistema, tão-só no momento de parcelar o valor mensal devido, cujas relações estariam contratualmente determinadas antecipadamente.

Mas isso não elide a cogência das disposições legais do CDC, consideradas de ordem pública e de interesse social. Como negar que pode haver necessidade de reequilíbrio entre o consumidor que adere ao sistema e a financeira que sustenta seu crédito? Inobstante tais especulações, vale transcrever as seguintes conclusões de Timm (1998-1999):

“Primeiramente, pode-se dizer que o CDC aplica a alguns contratos de serviços celebrados entre bancos e clientes. Isso depende de se achar um consumidor como contratante de uma atividade ou operação bancária. *O consumidor é aquele que usa um serviço bancário com uma finalidade não profissional. Excepcionalmente, poder-se-á ex-*

pandir a proteção do CDC para atingir relações não estritamente de consumo em casos de extrema vulnerabilidade econômica do contratante dos serviços bancários, mas sempre com o cuidado de não tornar o que é um microsistema legislativo numa panacéia para todos os males. Então, quando uma pessoa natural abre uma conta bancária para que o mesmo guarde e remunere seu dinheiro, pagando as contas que indicar, configura-se uma relação de consumo. Essa contratação permite ao banco captar recursos financeiros e repassá-los a quem deles necessite. Essa é a relação de consumo bancário típica.

Em segundo lugar, a principal consequência da aplicação do CDC é a imposição de uma série de *deveres anexos à relação de consumo, independentemente da vontade das partes, e que integram o programa obrigacional para fins de adimplemento e responsabilidade civil.* Sem deixar de lado, naturalmente, toda a proteção contratual contra cláusulas abusivas e publicidade enganosa oferecida pelo CDC. Em consequência, o consumidor poderá processar o banco pelo descumprimento de qualquer desses deveres anexos catalogados no capítulo anterior e para anular cláusulas abusivas impostas em contratos de adesão” (sem grifo no original).

Tais considerações aplicam-se, sem dúvida, aos participantes do sistema de cartão de crédito, examinado a seguir.

4. Os cartões de crédito

Cumpre notar que *há duas formas de examinar o sistema do cartão de crédito.*

A primeira, tradicional, examina *cada um dos vínculos jurídicos estabelecidos* entre os participantes. Sob o prisma da responsabilidade subjetiva, existe tão-só responsabilidade contratual ou, no máximo, aquiliana, demandando prova da inobservância de algum dever jurídico àquele que se sentiu

lesado e busca o ressarcimento. Sob o manto da responsabilidade objetiva, existe uma relação interna entre os elementos da cadeia produtiva e o destinatário final dos produtos oferecidos. Perante o consumidor, amplia-se o pólo de legitimidade para buscar ressarcimento do dano moral ou patrimonial sofrido³⁰.

Já a segunda forma pressupõe *a obrigação como processo*, visualizando o sentido das relações com respeito ao seu objetivo último. Em lugar de fotografias estanques, visualizam-se cadeias inter-relacionadas de vínculos jurídicos tendentes a um determinado fim. Todos os vínculos estabelecidos são instrumentais e pressupõem a consecução da finalidade estipulada. Impera a boa-fé, no sentido de que os compromissos assumidos devem adequar-se, dinamicamente, às necessidades de alcançar o objetivo último³¹. Há que se aferir o comportamento dos agentes com respeito à consecução dos objetivos antecipadamente postos, visando à satisfação dos interesses de todos os participantes.

4.1. A visão tradicional

Martins (1976, p. 13-14) ressalta os objetivos comerciais do cartão de crédito, ao estimular a atividade consumidora de bens e serviços:

“A fim de melhor atender às necessidades do mercado consumidor, tornando mais simples as transações comerciais e, assim, abrindo caminhos para uma ampla realização de negócios, os comerciantes não se cansam de procurar novos meios para desenvolver as suas atividades, numa maior procura de lucros. Por outro lado, mesmo entidades que não são comerciantes propriamente ditos, mas realizam operações de natureza comercial, procurando colaborar para um mais fácil atendimento da coletividade, vêm, repetidamente, ensaiando novos métodos de aproximação de vendedores e compradores, auxiliando

do, de modo positivo, as operações mercantis.

Tal é o que acontece com a utilização dos *cartões de crédito* – instrumento resultante de uma nova técnica utilizada inicialmente pelos próprios comerciantes e posteriormente por bancos e empresas intermediárias, com a finalidade precípua de facilitar vendas de bens ou prestações de serviços, possibilitando para o consumidor um pagamento diferido do ato da compra para momento posterior, ao mesmo tempo em que o vendedor fica garantido quanto ao recebimento da venda ou do serviço prestado.

Esse aspecto puramente econômico foi, na realidade, o que mais preocupou os emitentes e os usuários dos cartões de crédito, desde o seu aparecimento até a utilização, em larga escala, nos dias atuais. Democratizando o uso do crédito, a curto ou médio prazo, evitando o desembolso imediato do dinheiro, por parte do adquirente, para o pagamento dos bens ou serviços, visam os cartões de crédito, sobretudo, a tornar mais avultadas as operações comerciais, oferecendo vantagens, de um certo modo ilusórias, ao consumidor, mas resolvendo, inegavelmente, pequenos problemas para os que necessitam, no momento, de um bem ou de um serviço dispondo apenas de dinheiro, para atender a essas necessidades, em um futuro próximo. Há, na verdade, apenas um retardamento do desembolso; mas esse retardamento dá oportunidade a que, de imediato, sejam feitas aquisições, o que, psicologicamente, predispõe o consumidor a não esperar para o instante em que conte com a disponibilidade de numerário para a aquisição do bem ou serviço que deseja ou de que necessita”³².

A lição de Martins (1976, p. 16) continua atual, quanto à aparência dos cartões de crédito

e seus atributos, com exceção da tarja magnética neles atualmente inclusa. Note-se que a forma de utilização descrita abaixo vem perdendo relevância, em face da autorização em tempo real, mediante o uso de terminal específico e consulta telefônica à administradora do cartão. Ademais, a assinatura manual vem sendo acompanhada pelo uso de senha, chave ou assinatura eletrônica, utilizada no momento da autorização:

“Materialmente, o cartão de crédito é um retângulo de plástico, trazendo impresso, em relevo, o nome da entidade emissora, o prazo de vencimento de sua utilização, o nome do portador, o número de filiação deste ao sistema emissor dos cartões, em código, bem como, numa parte especial, a assinatura autógrafo do portador e às vezes uma fotografia do mesmo. Assemelha-se, assim, a um cartão de identificação, e na realidade o é, para personificar o usuário a quem foi concedido; diverge, entretanto, dos demais documentos de identidade porque, ao ser usado, o cartão deve ser apresentado ao vendedor e sua parte em relevo impressa na fatura especial que o vendedor extrairá. Além dessa impressão, necessária se torna, para a regularidade da fatura como instrumento de prova e reconhecimento da dívida do usuário, a assinatura deste, que deve ser idêntica à assinatura constante do cartão”³³.

Pessoal e intransferível, essas duas características merecem, contudo, algumas considerações. Quanto à intransferibilidade, esse é um princípio imperioso nos cartões de crédito; assim, em alguns casos, de acordo com o teor do contrato entre o emitente e o portador, pode este solicitar ao emitente a emissão de cartões a pessoas que designar, ficando as despesas de aquisição feitas por essas pessoas por conta do solicitante. Há, na

verdade, emissões de outros cartões, mas cada cartão permanece intransferível; o que ocorre é que essas segundas pessoas beneficiadas não têm contrato firmado com o emitente, resultando o seu uso do cartão do contrato do usuário original. Não poderiam, na verdade, os cartões ser usados por outras pessoas, ainda mesmo que ascendentes ou descendentes do titular, pois isso poderia dar margem a abusos e o controle nas compras se faz justamente pelo uso individual do portador”.

Com os registros das operações, a administradora de cartões de crédito pode elaborar sofisticados cadastros de consumidores. Uma das utilidades, é, definido o perfil de cada usuário, antecipar os bens consumidos e estimular o aumento da sua disponibilidade. Outro uso dessas informações para a administradora consiste em delimitar áreas de uso do cartão, restringindo o risco de uso não autorizado. Atente-se que tais aperfeiçoamentos dirigem-se, precipuamente, àquela finalidade já descrita de aumentar o volume e a qualidade das relações de consumo³⁴.

Para Martins (1976, p. 45-46), existem três tipos de cartões de crédito:

“Assim, num primeiro grupo, poderemos classificar as empresas que fornecem cartões de credenciamento aos seus próprios clientes. Num segundo grupo, classificaremos as empresas que, servindo de intermediárias entre compradores e fornecedores, dispõem apenas dos seus próprios recursos, não recorrendo a instituições financeiras para a conclusão de suas operações. Finalmente, num terceiro grupo, estão as empresas bancárias ou mistas (formadas pela associação de empresas bancárias e não-bancárias), em que as contas dos clientes junto aos fornecedores, no momento da liquidação, são satisfeitas pelos bancos ou a essas transferidas pelo organis-

mo emissor dos cartões. Diga-se de passagem que, *em regra, os bancos não fazem diretamente essas operações de liquidação, contentemente sendo por eles criada uma entidade que se encarrega de promover a liquidação das contas apresentadas pelos fornecedores, tratando essa entidade com os bancos. Aí haverá uma operação de crédito bancário, pois as empresas intermediárias, ao transferir as contas para os bancos, deles receberão dinheiro para liquidar as operações, para isso devendo os compradores ou titulares dos cartões pagar juros.*

Distinguem-se, assim, grosso modo, os cartões de crédito em *cartões de credenciamento* e *cartões de crédito propriamente ditos*, estes divididos em cartões emitidos por empresas não-bancárias e cartões de que participam empresas bancárias. Em qualquer dos casos, entretanto, *vários contratos são feitos entre as partes que interferem na utilização dos cartões, contratos esses que têm natureza diferente, como teremos a oportunidade de ver a seguir*” (sem grifo no original).

Dada a restrita circulação dos cartões de credenciamento e o fato de consistirem em relações bilaterais sinalagmáticas relativamente simples, não há interesse imediato em avançar no seu estudo. Vale ressaltar, todavia, que o risco do diferimento da contra-prestação é assumido pelo próprio fornecedor do bem ou serviço. No caso dos cartões de crédito propriamente ditos, objeto do presente estudo e cujos riscos de crédito transferem-se para ente especializado em administrá-lo, a abordagem contratualista tradicional confere destaque ao uso do cartão de crédito emitido por empresa não bancária. Cabe a palavra, novamente, a Martins (1976, p. 61-62):

“O interesse em se conhecer a organização e o funcionamento dessas empresas emissoras não-bancárias reside no fato de não apenas serem elas as precursoras desse novo méto-

do de negociação como também na circunstância de ser o funcionamento dos cartões de crédito bancários o mesmo dos não-bancários, se, por acaso, o portador do cartão não optar, na liquidação final do seu débito, por um financiamento do seu saldo devedor. Daí serem aplicáveis as normas dos cartões de crédito não-bancários aos cartões de crédito bancários, se o pagamento da dívida não for parcelado. Lógico é que a constituição dos dois sistemas tem características próprias; mas o funcionamento do mecanismo de utilização é semelhante, caso o portador não se queira valer da possibilidade, oferecida pelos cartões de crédito bancários, do escalonamento de sua dívida”.

Há, nesse contexto de visão tradicional e estanque dos vínculos jurídicos, pelo menos, três grupos de interesses bem distintos, acompanhados do mesmo número de relações fáticas e jurídicas. Tais relações são reguladas pelos termos contratuais, considerando que não há disposição legal expressa a propósito, no âmbito do Direito Privado, além daquelas relativas aos Códigos Comercial, Civil e de Defesa do Consumidor.

Faz-se oportuna a transcrição das operações entre os agentes, nas palavras de Bonatto e Moraes (1999, p. 185-186), incluindo o estabelecimento bancário ou financeiro, para elucidar as dúvidas e as certezas que cercam a abordagem tradicional dessas relações:

“... o contrato em questão, portanto, envolve relações entre vários sócios jurídicos que podem ser quatro pessoas, de um modo geral.

Com efeito, na primeira relação, a administradora A credencia o consumidor C, estando embutida nesta negociação uma assunção de dívida pela qual A se obriga a pagar para C determinada quantia que, originariamente, caberia a C pagar a outrem. Para tanto, C pagará a A uma determinada

quantia anual, correspondente à remuneração pelo serviço prestado de conceder o crédito e de pagar o seu eventual débito.

A segunda relação acontece quando o vendedor de produtos ou de serviços apanha a assinatura de C, ocasião em que se completa o contrato de compra e venda, pelo qual C recebe determinado ‘bem da vida’, atendendo às suas necessidades, e B recebe a promessa de que será pago por A. Nesta situação, A paga a B e se subroga dos direitos de crédito que B teria contra C, por ocasião da aquisição de produtos ou serviços.

É importante salientar que a relação direta entre A e C não é essencial no caso concreto específico, pois todo o mecanismo pode ser movimentado por um terceiro³⁵ que, por hipótese, tenha furtado cartão e venha a realizar aquisições em nome do consumidor³⁶.

Uma terceira relação comercial existe entre A e B, podendo ser qualificada de um contrato de prestação de serviços mútuos, no qual A facilita a B ter adquirido por C seus produtos ou serviços, pois o consumidor não necessitará se deslocar com quantias de vulto pelas ruas, bastando o porte de um mero cartão de plástico para executar o atendimento às suas necessidades.

...

Alguns autores identificam no relacionamento entre A e B a existência de mandato outorgado ao primeiro pelo último, pois, no caso de A não possuir dinheiro para saldar imediatamente o crédito de B, terá de socorrer-se de uma empresa financeira, surgindo uma quarta relação negocial.

Nesta quarta etapa, A presta um serviço a B e vai até o Banco D, em nome de B, pedir dinheiro. Normalmente, tal situação acontece quando B não deseja esperar 30 dias para re-

ceber de A, e como este não é uma financeira e não tem dinheiro imediato em caixa, precisa receber o aporte de numerário de D.

Deve ser salientado que A é remunerado por C, recebendo o valor correspondente à inscrição, além da anuidade. Também recebe de A um percentual sobre o total das vendas do cartão, diretamente de B, sendo que os encargos financeiros que eventualmente tenha o consumidor C de pagar serão repassados integralmente pelo agente financeiro, pois correspondem ao custo do dinheiro”.

Justifica-se, portanto, a afirmação de Figueiredo (2000, p. 31-32), atribuindo à administradora do sistema a responsabilidade pela elaboração e manutenção dos termos contratuais regentes das relações:

“... a administradora de cartão de crédito é quem controla economicamente todo o sistema, competindo-lhe selecionar seus titulares (consumidores), credenciar fornecedores e estabelecer as regras dos contratos que regerão todas as relações jurídicas entre as partes envolvidas. Em outras palavras, a administradora é quem define as regras do sistema, tanto para os estabelecimentos credenciados (fornecedores), titulares de cartões (consumidores) quanto para os demais integrantes. ... Na hipótese de os agentes financeiros ou bancos emitirem seus próprios cartões, esta atividade deverá ser autorizada pelo Conselho Monetário Nacional e a fiscalização será do Banco Central do Brasil, na forma do art. 10, incisos IX e X, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Por outro lado, na hipótese da associação do agente financeiro à administradora de cartão de crédito, esta atividade não terá necessidade de autorização para funcionamento e nem contará com a fiscalização do Banco Central do Brasil”³⁷ (sem grifo no original).

Com a nítida preocupação de situar as relações jurídicas de maneira estanque, destaca-se a lição de Santos (1997, p. 98-99):

“Enquanto numa compra e venda normal, o comprador está na posição de devedor perante o vendedor, na compra e venda efetivada por meio do cartão, o comprador (usuário do cartão) não é devedor do vendedor, e sim o emissor.

Essa modificação na relação jurídica entre comprador e vendedor deve-se ao próprio Sistema do Cartão de Crédito, onde, por meio de contratos – o contrato de adesão, firmado entre o emissor e o fornecedor filiado – as partes, participantes desse sistema, acordam que o pagamento das despesas efetuadas por meio do uso regular do cartão estará a cargo, exclusivamente, da emissora, ficando o usuário liberado perante o fornecedor, mas não da dívida, que deverá ser quitada junto ao emissor.

Diante de tais obrigações, a doutrina tem-se perquirido sobre a natureza jurídica dos referidos contratos.

Analisadas as várias hipóteses apresentadas para justificar a natureza jurídica do contrato de adesão ao sistema: a estipulação em favor de III, o mandato, a assunção de dívidas e a abertura de crédito, a mais aceita pela doutrina é que haveria uma abertura de crédito por parte da emissora, crédito este que deverá ser utilizado pelo usuário do cartão junto ao fornecedor, tornando-se o emissor o garantidor do usuário perante o fornecedor com quem contratou, pois assim se obrigou.

Ressalta-se que se deve fazer uma análise crítica desse entendimento, tendo em vista que a abertura de crédito ocorreria num momento posterior à formação do contrato; por ocasião do pagamento de dívida pelo emissor.

O contrato de adesão iniciaria não só uma abertura de crédito, mas, tam-

bém, uma prestação de serviços, caracterizada no benefício auferido pelo usuário de adquirir bens e serviços sem o pagamento imediato ao vendedor.

Quanto à natureza jurídica do contrato de filiação... Há várias prováveis hipóteses: a estipulação em favor de terceiros, a mobilização de dívidas, a sub-rogação convencional, a comissão mercantil, o mandato, a cessão de crédito, a assunção de dívidas e o negócio jurídico atípico.

Dentre as hipóteses apontadas, a que mais se enquadra é a de ser um negócio jurídico atípico, com predominância do instituto da assunção de dívidas, tendo em vista que a emissora assume responsabilidade da dívida contraída pelo usuário.

Ressalta-se, ainda, que este contrato encerra, também, uma prestação de serviços, pois a filiação ao sistema permite que o fornecedor aumente a sua clientela.

Por fim, no sistema do cartão de crédito não bancário, na relação entre o usuário-comprador e o fornecedor-devedor, sempre se estabelece um contrato de compra e venda ou prestação de serviços, aplicáveis às normas de direito usual, exceto no tocante ao pagamento das despesas, onde se adotarão as regras do sistema.

Essa operação comercial será considerada como à vista, na relação entre comprador-devedor, e a prazo, analisando-se o mecanismo de utilização do cartão de crédito³⁸.

É sintomática a ausência do quarto elemento – agente financeiro, sujeito à supervisão do Banco Central do Brasil – nessa análise conclusiva. Se a tentativa de caracterizar isoladamente os três vínculos já é laboriosa, o acréscimo do quarto tende a tornar o entendimento quase impossível. Mais do que a diversidade de situações que enseja, realça-se a natureza distinta do sistema em relação a cada um dos seus componen-

tes. Transparece, aí, a necessidade de se assumir outro enfoque para o exame da matéria, porquanto o resultado não corresponde à mera soma dos vínculos principais, isoladamente tomados.

4.2. A visão da obrigação como processo

Na visão de Branco (1998, p. 47), o cartão de crédito constitui fenômeno atípico, cujo esquema proposto deve ser aplicável ao todo:

“A possibilidade de ver o cartão de crédito como um sistema contratual passa pela apreciação jurídica de sua unidade, sem violentar a diversidade de relações que ele conforma e sem tirar a identidade própria (interdependência). Esta unidade parte da compreensão de que o cartão de crédito é constituído de uma combinação de contratos para um escopo unitário, contratos coligados com o mesmo objetivo.

O cartão de crédito é um negócio jurídico novo, complexo, atípico e não legislado”.

O sistema de cartão de crédito apresenta maior abertura para aplicação dos princípios gerais de direito e das regras de hermenêutica jurídica, inclusive por expressa autorização legal, insculpida nos arts. 4º, incisos II e VI, 6º, incisos V, VI, VII, VIII e X, 47 e 51, § 2º, do CDC (BONATTO; MORAES, 1999, p. 194-195). O objetivo precípuo da intervenção estatal é permitir o cumprimento do contrato sem excessiva onerosidade para qualquer das partes. Na dicção de Bonatto e Moraes (1999, p. 197):

“Na forma salientada, em contratos de adesão, nos quais se impõe o reconhecimento da flagrante vulnerabilidade do consumidor, muitas disposições não carecem de exclusão, mas de ajuste quanto ao seu conteúdo, atividade esta que, obviamente, pode ser exercida pelo Poder Judiciário, eis que sempre é obrigatória a prestação jurisdicional, desde que dela

resulte a correção de ilegalidades e de nulidade, nos termos do que determina a Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso XXXV”.

A necessidade de corrigir ilegalidades é particularmente visível quando entra em cena o quarto ângulo do sistema, isto é, o agente financeiro, nas palavras de Branco (1998, p. 103):

“Além das três relações essenciais, existe um quarto ângulo do sistema, que é estabelecido em função de uma instituição financeira, nos cartões bancários. É instrumentado pela origem na cláusula-mandato que o titular outorga à administradora para que, em seu nome, contrate um mútuo bancário, conta corrente ou crédito rotativo, quando o titular necessita de crédito ou pretende pagar parceladamente seus débitos.

Nessa relação, apesar de o elemento confiança ser próprio da ligação entre a administradora e o banco, será a primeira quem terá um mandato do titular com poderes para obrigá-lo perante o banco. Porém, quando a administradora aceita o mandato, está ela a prometer fato de terceiro, obrigando-se a fornecer crédito ao titular.

Em princípio, isso é extremamente vantajoso para o titular pela diminuição de suas atividades, mas, por outro lado, a sua possibilidade de defesa contra os co-contratantes são diminuídas, para não dizer remotas, em vista de que o mandato outorgado também permite à administradora emitir títulos de crédito em seu nome a favor do banco.

Dessa forma, sempre que o titular realizar despesas, automaticamente, a administradora será ressarcida dos valores pelo banco, que será o novo credor³⁹. *Naquela relação direta com o fornecedor, regulamentada como um contrato de consumo, o débito passará pela administradora até a instituição finance-*

*ra como uma dívida de valor, representada por título abstrato e autônomo, eliminando as possibilidades de oposição de exceções. Isso significa que, mesmo que o fornecedor seja inadimplente, total ou parcialmente, o titular será obrigado a pagar as despesas, sem possibilidades de exercer a faculdade do artigo 1.092 do Código Civil e sem poder opor qualquer exceção contra o executor. Se pretender fazer valer seus direitos, precisará ajuizar ação contra o fornecedor, para que cumpra corretamente ou pague perdas e danos, e, se seu título executado tiver valor excessivo, ajuizar ação de repetição de indébito contra a instituição financeira: uma verdadeira cláusula *solve et repete*.*

A cláusula *solve et repete* significa antecipação do reconhecimento da liquidez e certeza do *quantum* da dívida e a limitação do direito do devedor quanto à exatidão possível do débito, permitindo ação de repetição posterior ao pagamento.

O devedor assinou contrato com cláusula de que aceita, sem contestação, a liquidez e a certeza da dívida, com juros de mora, correção monetária, comissão e demais encargos do contrato calculados pelo banco, não podendo exigir processo especial de verificação.

Apesar desse tipo de cláusula não ter validade nos contratos bancários em geral, ela surge no cartão de crédito de forma natural, embora não seja explícita, principalmente quando há participação de uma instituição financeira, restringindo não só direitos materiais, mas possibilidades processuais de defesa.

A compreensão plena da perversão desse processo é essencial para que se discuta a validade de cláusulas-mandato e a participação de sujeitos intermediários nas relações econômico-jurídicas. Além disso, é importante compreender que a participação

indireta dos bancos, via empresas subsidiárias e associadas, constitui um artifício para evitar a fiscalização do Banco Central sobre esta atividade, que tem os riscos reduzidos, transferidos como custo aos consumidores”⁴⁰ (sem grifo no original).

O princípio da boa-fé imputa deveres de informação, lealdade e cooperação entre os contratantes. Ele tem o papel de proteger as situações de confiança não-registradas no contrato, mas passíveis de gerar danos indenizáveis, se não observadas⁴¹. O cumprimento dos deveres de informação e de cooperação objetiva garantir o restabelecimento da igualdade entre fornecedor e consumidor. O dever de lealdade transparece nas normas referentes à publicidade, cuja oferta vincula o ofertante, e no direito de reflexão e arrependimento. Esse direito aplica-se exclusivamente à aquisição, diferentemente do recebimento sem solicitação prévia de produto pelo correio ou em mãos, considerados amostras grátis⁴². A igualdade representa distribuição equitativa dos ônus, harmonizando-se com o pensamento de Branco (1998, p. 123):

“No caso específico do cartão de crédito, a incidência do princípio da boa-fé, agora positivado de forma inescusável no Código de Defesa do Consumidor, tem o papel de evitar a excessiva transferência de riscos gerada pela normatização da administradora”.

O arrolamento das possibilidades de o fornecedor agir sem a imprescindível boa-fé são inúmeras. Tanto que o próprio CDC optou por efetuar descrição exemplificativa. Nesse particular, parece mais profícuo remeter o leitor às obras da bibliografia ou à consulta jurisprudencial propriamente dita, haja vista o contínuo aperfeiçoamento e sofisticação dos contatos sociais e a possível divergência de entendimentos entre juízes e turmas do mesmo tribunal. Vale referir algumas situações consideradas prejudiciais às relações de consumo⁴³:

a) a cobrança de multas em valores superiores aos permitidos pelo art. 52, § 1º, do CDC;

b) o envio de cartões de crédito sem solicitação do consumidor;

c) a venda casada de produtos ou serviços;

d) a cobrança de valores não discriminados ou indevidos na fatura mensal do cartão de crédito, fruto de roubo, extravio e furto ou, ainda, de erro atribuível ao processamento de dados do sistema;

e) a inserção de cláusulas consideradas abusivas, como a cláusula-mandato, a equivalência do contrato e dos valores cobrados a título executivo extrajudicial para fins de cobrança judicial, a inoponibilidade de exceções aos valores cobrados e a possibilidade de alteração unilateral do contrato;

f) a transferência do risco do negócio e do ônus *probandi* ao consumidor;

g) a restrição do uso do cartão, no caso de o titular impugnar os extratos, pagando-os ou não.

Outro exemplo de como a dinâmica social impacta na apreciação da abusividade nas relações entre o consumidor e os demais participantes do sistema de cartão de crédito reside nas modificações introduzidas pelo Banco Central do Brasil no Sistema Brasileiro de Pagamentos, cujos delineamentos encontram-se na página da Internet daquela entidade⁴⁴. Interessa ressaltar que os pagamentos efetuados por meio do sistema financeiro nacional devem ocorrer em tempo real. Como, então, justificar a cláusula contratual que permite às administradoras cercar unilateralmente o uso do cartão pelo prazo de cinco dias após o pagamento? Tal cláusula, se não considerada abusiva até o momento, obviamente, passa a sê-lo, por força da liquidação em tempo real.

O reconhecimento e a quantificação do dano moral constitui outro exemplo da divergência de entendimentos que, por ora, afetam a segurança jurídica. Embora a jurisprudência venha aceitando acumulá-lo com os danos patrimoniais, mediante prova do dano e do nexos causal⁴⁵, há divergên-

cias sobre os critérios para a quantificação do seu valor.

Um importante passo no sentido do enquadramento da supervisão dos sistemas de cartão de crédito consiste na inclusão das respectivas administradoras no rol das instituições financeiras, para os fins da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que “dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências”⁴⁶. Mas isso ainda não representa o enquadramento desejável para a segurança jurídica dos negócios, em prol do interesse de todas as partes envolvidas⁴⁷.

5. Conclusão

Almeida (2000, p. 283) encerra sua obra sobre a proteção jurídica do consumidor alertando para a responsabilidade dos agentes privados na implantação efetiva dos direitos consumistas. Assim, é louvável a inclusão dessa disciplina nos currículos de graduação. Oportuniza-se, dessa forma, o exercício da teoria tridimensional do Direito propugnada por Miguel Reale.

Passados dez anos da edição do Código, é evidente, pelo estudo realizado, a necessidade de as administradoras de cartões de crédito submeterem-se a um regime de supervisão que considere as normas de ordem pública do CDC aos casos individuais. A carência de supervisão, nos moldes da exercida pelo Banco Central do Brasil sobre as entidades integrantes do sistema financeiro nacional, estimula o comportamento arbitrário e a inobservância das normas consumistas pelas administradoras. Tal supervisão poderia somar-se aos esforços desenvolvidos pelo Ministério da Justiça e pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, cujo escopo contempla, com maior afinco, as relações de consumo. Nesse sentido, aliás, vem sendo aperfeiçoada a atividade legiferante e judiciária, ao ampliar as disposições do CDC para relações que, originariamente, não eram tidas como sujeitas aos ditames do Código.

As medidas protetivas do CDC visam à segurança jurídica e à estabilidade da própria relação, mais do que defender uma das partes. Para tanto, deve ser considerado o conceito de risco. A assimetria informacional no negócio estabelecido, gerada pela diferença de conhecimento sobre as dificuldades previsíveis, torna imprescindível a atuação estatal, reequilibrando as partes e estabilizando os contatos sociais. Note-se que se trata de um sistema complexo e único, cujo epicentro reside na administradora de cartões de crédito. A administradora contrata com os demais fornecedores de bens e serviços, bem como estipula as cláusulas dos contratos de adesão. Ademais, a intermediação da administradora não-integrante do sistema financeiro nacional, quando se trata de cartões bancários, afasta a supervisão pelos agentes públicos competentes para traçar normas operacionais que permitam distribuição equânime dos riscos entre todos os partícipes do sistema.

Figurando legítima e desejável a ampliação dos negócios, com esteio na segurança jurídica, há que se considerar os prejuízos derivados da possibilidade de abusos institucionalizados por parte das administradoras. Antes de enumerar as situações em que ocorrem esses abusos, cumpre perquirir sobre a melhor forma de atender a harmonização dos interesses dos participantes do sistema, inclusive sob o ponto de vista das relações de consumo, e a compatibilização desses interesses com a necessidade de desenvolvimento sustentável, a observância dos princípios da ordem econômica e os objetivos fundamentais da República.

Trata-se de examinar, em cada caso concreto, o cumprimento do dever objetivo de boa-fé e do equilíbrio dinâmico ou balanceamento entre os deveres anexos ou secundários de fornecedores e consumidores, associados para o benefício mútuo e não para o de uma das partes do sistema. Para tanto, é imprescindível o esforço de todos os Poderes constituídos, no sentido de que a legislação, as práticas administrativas e os jul-

gados articulem posições conformes aos objetivos delineados pelo CDC e na Constituição brasileira.

Notas

¹ Orientações para a proteção do consumidor (*guidelines for consumer protection*). Disponível em <http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>. Acesso em 1 abr. 2001.

² A/RES/39/248: “B. *Promotion and protection of consumers’ economic interests* 13. Government policies should seek to enable consumers to obtain optimum benefit from their economic resources. They should also seek to achieve the goals of satisfactory production and performance standards, adequate distribution methods, fair business practices, informative marketing and effective protection against practices which could adversely affect the economic interests of consumers and the exercise of choice in the market-place. ... 21. *Governments should encourage all concerned to participate in the free flow of accurate information on all aspects of consumer products*” (sem grifo no original).

³ Lei nº 7.347/85: “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: ... II – ao consumidor; ... IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V – por infração da ordem econômica e da economia popular. ... Art. 5º A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: I – esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; II – inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. ... § 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. § 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas, nos termos deste artigo, habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes. § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. ...”. Note-se que, pela Medida Provisória nº 2.102-28, de 23.2.2001, o Poder Executivo Federal afastou a possibilidade de ação civil pública que veicule pretensões envolvendo tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional coletiva, isto é, cujos beneficiários possam ser individualmente determinados. Tal

medida provisória representa, s.m.j., grave precedente para a limitação objetiva da ação civil pública, podendo, se não expurgado do ordenamento pátrio, afetar outras matérias, como a defesa do consumidor.

⁴ CF/88: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ... XXII – a propriedade atenderá sua função social; ... XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; ... Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ... ”.

⁵ Que “modifica o regime e dispõe sobre princípios e norma da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências”.

⁶ ADCT: “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

⁷ Tanto foi bem recepcionado o CDC que praticamente não houve mudanças em seu texto. Pelo contrário, a tendência é aplicar seus enunciados à situação que, sob o ponto de vista daqueles que conceberam o anteprojeto, não comportaria relação de consumo. Essa amplitude maior das disposições de proteção ao consumidor pode ser observada tanto na jurisprudência quanto no Parecer do Relator do Projeto de Código Civil, Deputado Ricardo Fiúza. Assim, o art. 931 da Lei nº 10.406, de 10/01/2001, preconiza: “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”.

⁸ É possível visualizar as competências características dos três Poderes nas funções organizacionais – ou ciclo PDCA: *Plan, Do, Control* ou *Check e Audit* ou *Act* (planejamento, execução, controle ou verificação e auditoria ou atuação corretiva) – utilizadas no gerenciamento de rotina, conforme referido por Gil (1994, p. 52), Neiva Helena Ely e Ângela Alice Novelli Krause em *A busca da qualidade total no atendimento ao cliente da questão de referência*. Disponível em: http://www.biblioteca.ufrgs.br/arb/19_neiva.htm.

⁹ CF/88: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... V – defesa do consumidor; ... ”.

¹⁰ CF/88: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: ...”.

¹¹ Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin (apud GRINOVER et al., 1999, p. 9): “E, dessa forma, o Código foi votado com outra qualidade, transformando-se na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Mas, repita-se, não obstante a nova denominação, estamos, verdadeiramente, diante de um Código, seja pelo mandamento constitucional, seja pelo seu caráter sistemático. Tanto isso é certo que o Congresso Nacional sequer se deu ao trabalho de extirpar do corpo legal as menções ao vocábulo Código (arts. 1º, 7º, 28, 37, 44, 51 etc.)”.

¹² CDC: “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: ... Art. 40. O fornecedor de serviço será obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio discriminando o valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços. ... Art. 41. No caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços, os fornecedores deverão respeitar os limites oficiais sob pena de, não o fazendo, responderem pela restituição da quantia recebida em excesso, monetariamente atualizada, podendo o consumidor exigir, à sua escolha, o desfazimento do negócio, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. ... Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: ...”.

¹³ José Geraldo Brito Filomeno (apud GRINOVER et al., 1999, p. 25-26) traz à colação o voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no Recurso Especial nº 2.595-SP, donde se extrai a seguinte passagem: “Atento a essa qualidade das normas de Direito Econômico que se revestem do atributo de ordem pública, esta Corte vem prestigando a aplicação imediata de tais normas, atingindo contratos em curso. Confirmam-se, entre outros, os Recursos Especiais nºs 3, 29, 557, 602, 667, 692, 701, 815 e 819, nos quais a tese jurídica central é a da aplicação imediata de normas de Direito Econômico, cujo caráter de ordem pública afasta a alegação de direito adquirido”. Embora o ato jurídico tenha-se perfeccionado, a lei de ordem pública atinge a relação jurídica por via do suporte fático, que deve renovar-se. Dessa forma, afastam-se somente as consequências jurídicas dos suportes fáticos ainda não constituídos ao tempo do vigor da lei. Trata-se da prevalência da segunda parte do dito romanístico: *pacta sunt servanda, rebus sic stantibus*. O brocardo latino expressa que a observância compulsória dos pactos depende da manutenção das condições existentes ao tempo da constituição do vínculo: os pactos devem ser mantidos, observadas as condições objetivas do negócio.

¹⁴ Conforme BENJAMIN, Antônio Herman [sic] V. O conceito jurídico de consumidor. *RT*, n. 628, fev. 1988, p. 69-79, e FILOMENO, José Geraldo Brito, op. cit. p. 31.

¹⁵ Segundo o PARECER FINAL ÀS EMENDAS DO SENADO FEDERAL FEITAS AO PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 118, DE 1984, QUE INSTITUI O CÓDIGO CIVIL, do RELATOR-GERAL, DEPUTADO RICARDO FIUZA, p. 35: “Entretanto, o Projeto contrariando a tendência atual, abraçada por boa parte da doutrina brasileira (Alvino Lima, Aguiar Dias, Wilson Melo da Silva) de se ampliar as hipóteses de responsabilidade objetiva, privilegia a responsabilidade com culpa, repetindo o atual artigo 159, e apenas dedicando norma genérica à teoria do risco, definindo que haverá obrigação de reparar um dano, independentemente de culpa, desde que esteja previsto em lei, ou *quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem* (parágrafo único do artigo 929)”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Intranet/Comissao/default.asp>.

¹⁶ Segundo notícia a Gazeta Mercantil, Seção DF, de 7.3.2001, p. 4, em matérias denominadas *Lufthansa vai ressarcir seguradora e Justiça proíbe taxa em contrato de leasing*, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ vem aplicando as disposições do CDC até mesmo em relações típicas de cadeia produtiva, que seriam passíveis de regulação exclusiva pelos Códigos Comercial ou Civil, segundo a doutrina que pressupõe vulnerabilidade, hipossuficiência e o caráter não-comercial das relações tuteladas.

¹⁷ “Desde o ano passado [1999], vige um Termo de Ajustamento de Conduta realizado entre o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do MJ e a Associação Brasileira de Empresas de Cartões de Crédito e serviços – APECS, representando as administradoras de cartões de crédito do país. O Termo de Ajustamento de Conduta determinou que as administradoras adequassem as suas práticas comerciais a parâmetros estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Em 16 de novembro próximo passado, após denúncias de vários órgãos componentes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, incluindo o IDEC, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça aplicou multas em sete empresas administradoras de cartões de crédito, cada qual no valor correspondente a 250.000 UFIRs, tendo em vista o descumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta. ...”. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/acs/releases/2000/novembro/ajustamentoSDE.htm>.

¹⁸ Que “dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências”.

¹⁹ Lei nº 4.595/64: “Art.1º O Sistema Financeiro Nacional, estruturado e regulado pela presente Lei, será constituído: I – do Conselho Monetário Nacional; II – do Banco Central da República do Brasil; III – do Banco do Brasil S.A.; IV – do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico; V – das demais instituições financeiras públicas e privadas”.

²⁰ Lei nº 4.595/64: “Art. 17. *Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.* Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual”(sem grifo no original).

²¹ Como evidenciam o quadro elaborado pelo Banco Central do Brasil, que discrimina os componentes do sistema financeiro nacional (Disponível em: <http://www.bacen.gov.br/mPag.asp?perfil=1&cod=105&codP=53>. Acesso em 11 mar. 2001), e o seguinte texto, da mesma autoria, a propósito da atividade das administradoras de cartão de crédito: “O Banco Central não autoriza e nem fiscaliza essa empresa mas apenas as instituições financeiras e assemelhadas. As instituições financeiras, únicas que podem conceder financiamentos quando o usuário [sic] opta por não pagar total ou parcialmente a fatura mensal, estão subordinadas ao Banco Central. As operações realizadas pelas instituições financeiras, inclusive o financiamento aos usuários para o pagamento da fatura mensal, estão sujeitas à legislação própria e às normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central.”(Disponível em: <http://www.bacen.gov.br/mPag.asp?perfil=2&cod=203&codP=0>. Acesso em 11 mar. 2001). Para ficar evidente seu afastamento, o Banco Central acrescenta um aviso, no seu portal: “Reclamações sobre cartões de crédito deverão ser encaminhadas à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, ou às suas representações nos Estados (PROCON ou DECON)”.

²² “Por ser um negócio que envolve a captação de recursos da população, o Ministério da Fazenda desde o início regulamentou as atividades das administradoras de consórcio. Administradoras são as empresas prestadoras de serviços responsáveis pela formação e administração de grupos de consórcios. Desde março de 1991, o Banco Central é responsável pela autorização e fiscalização das administradoras de consórcio que operam no país, bem como pela normatização de suas operações”. Disponível em: <http://www.bacen.gov.br/mPag.asp?Perfil=2&cod=279&codP=0>.

²³ STF: “RE-224513 / RS RECURSO EXTRA-

ORDINÁRIO *Relator* Ministro Carlos Velloso *Publicação* DJ DATA-13-11-98 PP-00017 EMENT VOL-01931-07 PP-01346 *Julgamento* 22/6/1998 – Segunda Turma Ementa EMENTA: – CONSTITUCIONAL. JUROS REAIS. C.F., art. 192, § 3º I – O Supremo Tribunal Federal, julgando a ADIn nº 4-DF, decidiu que a norma inscrita no § 3º do art. 192 da Constituição não é de eficácia plena, condicionada a eficácia do citado dispositivo constitucional, § 3º do art. 192, à edição da Lei Complementar referida no *caput* do art. 192. II. – R.E. conhecido e provido. Observação Votação: Por maioria. Resultado: Conhecido e provido. Veja ADIN-04, RTJ-147/719. N.PP.:(19). Análise:(JBM). Revisão:(AAF). Inclusão: 2/12/98, (MLR). Partes RECTE.: BB ADMINISTRADORA DE *CARTÕES DE CRÉDITO S/A ADVDOS.*: NELSON BOGANZA JÚNIOR e OUTROS RECA-DO.: LUIS FERNANDO BUCCO BRUM”.

²⁴ Atente-se para a tramitação, no Congresso Nacional, da Proposta de Emenda Constitucional – PEC nº 21, de 1997, de autoria do Senador José Serra e outros, já aprovada no Senado Federal, renumerada para PEC nº 53, de 1999, ainda em exame na Câmara dos Deputados, que “ALTERA O INCISO V DO ARTIGO 163 E O ARTIGO 192 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E O *CAPUT* DO ARTIGO 52 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. ESTABELECEM-DO QUE LEI COMPLEMENTAR DISPORÁ SOBRE FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SOBRE O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, EM TODAS AS PARTES QUE O COMPÕEM, ABRANGENDO AS COOPERATIVAS DE CRÉDITO E A PARTICIPAÇÃO DO CAPITAL ESTRANGEIRO NAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS QUE O INTEGRAM; ALTERANDO A NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL”. (Disponível em: <http://www1.senado.gov.br/sicon/default.htm>). Tal proposição viabiliza a regulação do sistema financeiro nacional mediante leis complementares esparsas.

²⁵ (vide tabela a seguir)

²⁶ Decreto nº 22.626, de 7.4.1933, arts. 1º e 4º.

²⁷ STF, Enunciado nº 256: “As disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integrem o sistema financeiro nacional” (BRANCO, 1998, p. 81).

²⁸ Saques de dinheiro em terminais bancários – Banco 24 Horas, por exemplo.

²⁹ Albuquerque (1999, p. 21): “O Banco Central, com relação ao uso de cartões de crédito, não tem nenhuma interferência, seja regulamentando ou fiscalizando as administradoras de cartões de crédito, cabendo, portanto, ao Conselho Monetário Nacional impor limitações de prazos e operações por meio dos cartões de crédito, pois, ao mesmo,

²⁵ *Evolução de índices dos cartões de crédito, mês a mês*

1999	Nº de Cartões	Var. (+/-)	Nº de Transações	Var. (+/-)	Valor das Transações (R\$)	Var. (+/-)
Janeiro	22,1		65,8		3,5	
Fevereiro	22,2	0,45	56,2	(14,59)	3,2	(8,57)
Março	22,3	0,45	61,9	10,14	3,4	6,25
Abril	22,4	0,45	61,8	(0,16)	3,4	0,00
Maiο	22,4	0,00	67,7	9,55	3,8	11,76
Junho	22,4	0,00	64,7	(4,43)	3,6	(5,26)
Julho	22,5	0,45	66	2,01	3,6	0,00
Agosto	22,5	0,00	62,6	(5,15)	3,4	(5,56)
Setembro	22,5	0,00	58,9	(5,91)	3,2	(5,88)
Outubro	22,5	0,00	61,2	3,90	3,3	3,12
Novembro	22,8	1,33	62	1,31	3,3	0,00
Dezembro	23,6	3,51	81	30,65	3,9	18,18
Total	23,6		770		41,6	

Fonte: <http://www.abecs.org.br/indices1.htm>, em 01.04.2001.

fica atribuído a disciplinaçāo do crédito, sob todas as suas formas”. Mesmo sobre tal possibilidade, existem controvérsias, como atesta D’Amorim, Sheila (BC quer acompanhar juros de cartão: Intençāo esbarra em questōes legais, já que instituiçāo não tem ingerência sobre administradoras. *Gazeta Mercantil*, 24 jan. 2001, p. B-2). O curioso, nesse caso, é que o interesse movimenta-se em torno da limitaçāo da taxa de juros, atribuindo-se competência para tanto ao Conselho Monetário Nacional, e não da aplicaçāo do CDC, visando ao reequilíbrio entre as partes.

³⁰ Suponha-se, por exemplo, que o banco tenha deixado de repassar o pagamento da fatura, tempestivamente realizado, pelo valor total, à administradora do cartão de crédito. Se o erro foi do banco, é ele que deve pagar pelos eventuais prejuízos, mas, considerando a posiçāo dominante da cadeia produtiva, cabe demandar a administradora de cartões que, num segundo momento, pode buscar a compensaçāo.

³¹ Becker: “Ao integrar as obrigaçōes contratuais, o princípio da boa-fé objetiva cria deveres anexos ao principal, impondo a quem deve a prestaçāo que faça tudo quanto seja necessário – esteja isso expresso ou não no contrato – para assegurar ao co-contratante o resultado útil da prestaçāo, ou seja, fazer não apenas aquilo que prometeu, mas tudo aquilo que seja necessário para fazer chegar à contraparte o pleno resultado útil da prestaçāo devida. Assim,

o vendedor deve não só entregar a coisa com seus acessórios, como também evitar que se possa deteriorar ou perder, deve, em suma agir de tal modo que a coisa se mantenha íntegra e com plena utilidade para a outra parte” (sem grifo no original).

³² A característica da disponibilidade futura afasta o cartão de crédito do cheque, cujos fundos devem existir, ao tempo da emissāo. Veja-se, por exemplo, o seguinte acórdāo do STF: “RE-91766 / RJ RECURSO EXTRAORDINÁRIO *Relator* Ministro Rafael Mayer. *Publicaçāo* DJ DATA-8-5-81 PG-04118 EMENT VOL-01211-02 PG-00372. *Julgamento* 7/4/1981 – PRIMEIRA TURMA. Ementa RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISSÍDIO DE JURISPRUDÊNCIA (PROVA). MESMO QUE SE HOUVESSEM CUMPRIDO, NA PETIÇÃO DE RECURSO, AS EXIGÊNCIAS DE ANÁLISE COMPARATIVA DOS CASOS POSTOS EM CONFRONTO, NÃO HÁ COMO ASSIMILAR A UTILIZAÇĀO DO CARTÃO DE CRÉDITO AO INSTITUTO DO CHEQUE PARA CONFIGURAR SITUAÇÃO JURÍDICA IDÊNTICA OU ANÁLOGA À QUE FOI EXAMINADA PELO ACÓRDĀO RECORRIDO, FACE AOS PARADIGMAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. Observaçāo VOTAÇÃO UNÂNIME. RESULTADO NÃO CONHECIDO. ANO: 81 AUD: 8-5-81 Alteraçāo: 25/1/99, (MLR)”.

³³ Santos (1997, p. 23): “... retângulo de matéria plástica, colorida, medindo 85 mm por 54 mm, às

vezes provido de fitas magnéticas ou microchips, trazendo impresso, em relevo, o nome da entidade emissora, o prazo de vencimento de sua utilização, o nome do portador, o número de sua filiação, bem como, numa parte especial, a assinatura do portador”.

³⁴ Da mesma maneira que o aperfeiçoamento dos itens de segurança, como os freios, permite imprimir maior velocidade aos carros, as travas de segurança, impostas pelas administradoras, facultam a ampliação do negócio, quer pela maior intensidade dos contatos entre os já participantes do sistema, traduzível no valor médio praticado, quer pela inclusão de novos membros, com aumento no número de transações.

³⁵ STJ, AGA 277191/RJ; AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO (1999/0113374-2) Fonte DJ DATA: 1/8/2000 PG: 00278. Relator(a) Min. ARI PARGENDLER (1104). Data da Decisão 15/5/2000. Órgão Julgador T3 – TERCEIRA TURMA. Ementa CIVIL. CARTÃO DE CRÉDITO. CLONAGEM. A administradora de cartões de crédito responde pela falta de segurança dos serviços que presta. Agravo regimental não provido. Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Menezes Direito, Pádua Ribeiro, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

³⁶ Entra em cena a boa-fé do fornecedor do bem ou serviço adquirido, que deve conferir a assinatura do recibo com a constante do cartão, bem como a boa-fé do usuário do cartão em assiná-lo.

³⁷ A utilização desse critério subjetivo para incluir ou excluir as operações sujeitas à supervisão da Autoridade Monetária não parece conforme ao disposto na Lei nº 4.595/64, pelos motivos já expostos.

³⁸ Apesar de a venda ser considerada *pro soluto*, os preços podem ser diferentes daqueles praticados à vista, consoante julgado do STJ, RESP 229586/SE; RECURSO ESPECIAL (1999/0081722-2) Fonte DJ DAT: 21/2/2000 PG: 00103. Relator(a) Min. GARCIA VIEIRA (1082) Data da Decisão 16/12/1999. Órgão Julgador T1 – PRIMEIRA TURMA. Ementa VENDAS COM CARTÃO DE CRÉDITO – PREÇOS SUPERIORES AOS PRATICADOS À VISTA – ABUSO DO PODER ECONÔMICO – AUSÊNCIA – INICIATIVA PRIVADA. O Estado exerce suas funções de fiscalização e planejamento, sendo este apenas indicativo para o setor privado. Não configura abuso do poder econômico a venda de mercadoria no cartão de crédito a preços superiores aos praticados à vista. Recurso improvido. Decisão Vistos, relatados e discutidos estes

autos, acordam os Exm^{os}. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Exm^{os}. Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Exm^{os}. Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e José Delgado. Ausentes, justificadamente, os Exm^{os}. Srs. Ministro Milton Luiz Pereira e Francisco Falcão”. Tal julgado prestigia o entendimento contratual das relações de consumo intermediadas pelo cartão de crédito.

³⁹ STJ, AGA 258014/PA; AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO (1999/0075835-8). Fonte DJ DATA: 28/2/2000 PG: 00082. Relator(a) Min. EDUARDO RIBEIRO (1015). Data da Decisão 10/12/1999. Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA. Ementa: agravo regimental. Execução. Contrato de utilização de cartão de crédito. A exemplo do contrato de abertura de crédito em conta corrente, o contrato de cartão de crédito enseja apenas a utilização de um limite de crédito, sem que haja a obrigação de pagar uma quantia determinada. Impossibilidade de o título completar-se com as faturas emitidas pela própria credora que são documentos unilaterais. Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ari Pargendler, Menezes Direito e Nilson Naves. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

⁴⁰ Trata-se, em realidade, da transferência de riscos do negócio para o consumidor dos serviços. Nos termos de Giddens (2000, p. 33), “risco se refere a infortúnios ativamente avaliados em relação a possibilidades futuras”. A assimetria informacional existente entre o fornecedor e o consumidor permite ao primeiro, caso não exista tutela coibitiva dessa prática, transferir os riscos previsíveis para a parte vulnerável, onerando desproporcionalmente a relação jurídica em um dos pólos.

⁴¹ Lei nº 556, de 25.6.1850, Código Comercial: “Art. 131 – Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 – a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; 2 – as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3 – o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato; 4

– o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; 5 – nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor” (sem grifo no original).

⁴² CDC, art. 49.

⁴³ O portal do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, <http://www.mj.gov.br/DPDC/default.asp>, contém alguns exemplos de práticas coibidas administrativamente.

⁴⁴ Disponível em: <http://www.bacen.gov.br/mPag.asp?Perfil=1&cod=194&codP=53>.

⁴⁵ STJ, RESP 233076/RJ ; RECURSO ESPECIAL (1999/0088489-2). Fonte DJ DATA:28/2/2000 PG:00089. Relator(a) Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (1088). Data da Decisão 16/11/1999. Órgão Julgador T4 – QUARTA TURMA. Ementa DIREITO DO CONSUMIDOR. CANCELAMENTO INDEVIDO DE CARTÃO DE CRÉDITO. INSCRIÇÃO DO NÚMERO NO ‘BOLETIM DE PROTEÇÃO’ (‘LISTA NEGRA’). CONSTRANGIMENTO. COMPRA RECUSADA. DANO MORAL. PROVA. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. – Nos termos da jurisprudência da Turma, em se tratando de indenização decorrente da inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, “a exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular” nesse cadastro. Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Aldir Passarinho Júnior. Ausente, justificadamente, o Ministro Barros Monteiro.

⁴⁶ Lei Complementar nº 105/2001: “Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. § 1º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar: ... VI – administradoras de cartões de crédito; ...”. Ainda que obrigadas a prestar informações, as administradoras do sistema continuam sem responder a qualquer entidade supervisora.

⁴⁷ Um dos efeitos do desenquadramento atual é a inaplicabilidade da Resolução nº 2.878, de 26.7.2001, do Banco Central do Brasil, que “dispõe sobre procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral”, ao sistema de cartão de crédito.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. *Abusos das administradoras de cartões de crédito: doutrina-parecer-jurisprudência-legislação*. São Paulo: Albuquerque Editores Associados, 1999.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BECKER, Anelise. *Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil*. Disponível em: http://buscalegis.ccj.ufsc.br/arquivos/artigos/Elementos_para_uma_teorias_unitaria_da_responsabilidade_civil.html. Acesso em 19 mar. 2001.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *O sistema contratual do cartão de crédito*. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cartão de crédito*. Curitiba: Juruá, 2000.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolado*. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 31-45.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

MARTINS, Fran. *Cartões de crédito: natureza jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

PEDERIVA, João Henrique. *Accountability, Constituição e Contabilidade*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 35, n. 140, p. 17-39, out./dez. 1998.

SANTOS, Marília Benevides. *Cartão de crédito nos dias atuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

TIMM, Luciano Benetti. *O CDC e os serviços bancários no Brasil*. 1998-1999 Tradução de monografia apresentada para a disciplina de Direito Bancário, Banking Regulation, ministrada pelo Prof. Dr. Frank Dawson no curso de pós-graduação (Master of Laws, LL.M) da Universidade de Warwick. Inglaterra 1998-1999. Disponível em: <http://www.direitopoa.com.br/doutrina.asp>. Acesso em 24 mar. 2001.

O Defensor Público e a advocacia particular

Zilah Maria Callado Fadul Petersen

Sumário

1. Introdução. 2. A Defensoria Pública na Constituição Federal vigente. 3. O Defensor Público e o exercício da advocacia privada. 3.1. Vedação constitucional. 3.2. A questão na Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. 3.3. A Defensoria Pública em face do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. 3.4. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.754-9, de 18 de dezembro de 1997, e nº 1.896-8, de 5 de outubro de 1998, a Lei nº 9.651, de 27 de maio de 1998, e outras normas subseqüentes. 3.5. A questão diante do Conselho Superior da Defensoria Pública da União. 4. Conclusão.

1. Introdução

O exercício, pelos Defensores Públicos – em qualquer âmbito da Federação brasileira –, da advocacia privada suscita, naqueles que se dedicam ao estudo e à prática do Direito, importantes indagações acerca da possibilidade jurídica daquela atuação profissional liberal em concomitância com o exercício das atribuições institucionais.

Com efeito, a análise da Constituição Federal vigente na parte especificamente voltada aos Defensores Públicos, bem como das demais normas que, integrando o Ordenamento Jurídico positivo, correlatamente disciplinam o tema, possibilita, sobretudo para aqueles cujo mister profissional se volta à atuação jurisdicional do Estado, a inclusão do tema entre aqueles que apresentam alta relevância jurídica.

Doutora em Direito, pela Universidade de São Paulo, com trabalho de pesquisa em nível de pós-doutorado pela Universidade de Paris (Paris 2); Magistrada integrante da Justiça Militar da União; Professora aposentada da Universidade Federal do Pará; Coordenadora de Avaliação da Faculdade de Direito e Professora dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da UPIS, o último em convênio com a Universidade Federal de Pernambuco.

Impõe-se ressaltar que a importância da questão aumenta na medida em que nos defrontamos com o livre exercício da advocacia privada por parte de vários Defensores Públicos da União ou das demais Unidades da Federação, amparados no entendimento manifestado pelo douto Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em decisão recursal prolatada em 14 de abril de 1997, que declarou a existência do direito de exercício daquela advocacia pelos Defensores Públicos admitidos antes da Lei Complementar número 80, de 12 de janeiro de 1994.

Para melhor entendimento da questão e alcance de sua configuração na objetividade do Ordenamento Jurídico impõe-se seu enfrentamento mediante um trabalho hermenêutico voltado ao Direito Positivo nacional vigente, na parte que disciplina o tema, confrontado com o posicionamento de Entidades de Classe, em especial da Ordem dos Advogados do Brasil. Ressalte-se, por oportuno, que a abordagem aqui feita é exclusivamente fundada em questões técnicas, correspondendo a uma postura hermenêutica que sintetiza a peculiar liberdade de apreciação de questões, *in casu* jurídicas, com fulcro em princípios e métodos considerados adequados à Ciência do Direito, postura essa sujeita, portanto, a respostas concordantes ou contestatórias.

2. A Defensoria Pública na Constituição Federal vigente

Analisando a Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988 (BRASIL, Constituição, 2000), ora vigente, verificamos que, ao tratar, em seu Título IV, da Organização dos Poderes, referida Carta reserva o seu Capítulo IV para as Funções Essenciais à Justiça, nelas destacando o Ministério Público, a Advocacia Pública e, na última Seção, a Advocacia e a Defensoria Pública. E assim dispõe em seus artigos 134 e 135:

“Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdic-

cional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV.

Parágrafo único. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Art. 135¹ Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, §4º”.

Pelo contido no preceito acima transcrito, constatamos que o Constituinte deu à Defensoria Pública *status* de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, destinando-a especificamente à orientação jurídica e à defesa, em todos os graus, dos necessitados, esses considerados nos termos da qualificação feita pelo artigo 5º, inciso LXXIV, daquele Estatuto Constitucional.

Após qualificar institucionalmente aquele Órgão e seus representantes, embora deixando, para Lei Complementar, a organização daquela Defensoria no âmbito da União, Distrito Federal e Territórios, bem como a prescrição de normas gerais para sua organização nos Estados da Federação, a Carta Magna fixou as linhas mestras daquela Instituição. Assim, estabeleceu que a Defensoria Pública deveria ser organizada em cargos de carreira, determinou a forma de provimento da classe inicial dos mesmos e relacionou, de modo específico – pois outras existem em decorrência da própria natureza da função exercida –, tanto as garantias asseguradas, quanto as vedações impostas aos seus ocupantes. Entre as primeiras, realçou a segurança e a igualdade que decorrem de uma Instituição organizada em car-

gos de carreira: o provimento, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos; a inamovibilidade dos Defensores Públicos e as bases remuneratórias. E, como vedações específicas, além daquelas que estão implícitas ou decorrem da natureza pública da função, uma foi expressamente imposta: o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais de seus representantes.

Perquirindo-se o sentido daquela norma constitucional restritiva de direitos, concernente à vedação contida na parte final do parágrafo único do artigo 134, acima transcrito, verifica-se que o Constituinte, após considerar a Instituição recém-criada essencial à função jurisdicional do Estado, disciplinar o acesso à mesma e garantir alguns direitos a seus integrantes, a esses expressamente vedou o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Nesse sentido, o artigo 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias assim dispõe:

”Art. 22. É assegurado aos defensores públicos investidos na função até a data da instalação da Assembléia Nacional Constituinte o direito de opção pela carreira, com a observância das garantias e vedações previstas no art. 134, parágrafo único, da Constituição”.

Aparentemente ambígua a norma constitucional ao referir “direito de opção pela carreira”. O problema, contudo, é totalmente afastado por meio da análise preliminar da expressão “*carreira*” em seus sentidos técnico e contextual, confrontados com um elemento histórico e com a simples leitura da parte final do preceito acima transcrito.

Com efeito, da indagação acerca do que é *carreira* e qual é a referida no mencionado artigo 22 resulta que o preceito constitucional trata da carreira da nova Instituição, a Defensoria Pública, cujas funções anteriormente eram exercidas por outros Órgãos, entre os quais a própria Advocacia de Ofício. Com a criação daquela Defensoria por

meio da Constituição de 1988, ficou estabelecido, no próprio texto criador, que a referida Instituição deveria ser organizada por intermédio de Lei complementar, “em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos”.

Apreciando-se a questão, verifica-se que a Defensoria Pública havia sido constitucionalmente criada, mas não organizada. Sua função específica de orientação jurídica e defesa dos necessitados já era, conforme mencionado, anteriormente exercida e tal fato orientou o Constituinte a admitir o aproveitamento, na nova Instituição, daqueles que, em determinado momento constitucionalmente fixado – até a data da instalação da Assembléia Nacional Constituinte –, encontrassem-se investidos daquela função. Nesse sentido, a própria Carta Magna excepcionou aquele preceito genérico e afastou a exigência concernente ao concurso público de provas e títulos para admissão na classe inicial da carreira daqueles que se enquadrassem nos pressupostos estabelecidos: a eles foi garantido o “direito de opção pela carreira”, ficando condicionada a observância das *garantias* e *vedações* previstas no artigo 134, parágrafo único, da Constituição Federal, estando neste expressamente “vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais”.

3. O Defensor Público e o exercício da advocacia privada

A expressão constitucional “advocacia fora das atribuições institucionais” possibilita a análise da questão sob três aspectos principais: o constitucional; o concernente a disciplina legal, em especial voltado à Lei Complementar número 80, de 12 de janeiro de 1994, e à Lei 9.651, de 27 de maio de 1998; e um último aspecto, intimamente ligado aos dois anteriores, referente ao exercício da advocacia como profissão liberal, examinada especificamente à luz da lei que disciplina o exercício da advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil e da decisão

proferida, a respeito do assunto, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como das Ações Diretas de Inconstitucionalidade interpostas e da manifestação do Conselho Superior da Defensoria Pública da União.

3.1. *Vedação constitucional*

Nos termos anteriormente referidos, verificamos que, ao fixar as linhas básicas que estruturam a Defensoria Pública, bem como aquelas que disciplinam o exercício daquela função pública por parte de seus integrantes, a Constituição Federal vigente veda, de forma inequívoca, o exercício da advocacia *fora das atribuições institucionais*.

Em realidade, a exceção constitucionalmente estabelecida em relação às determinações contidas no artigo 134 restringiu-se ao preceituado no artigo 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, correspondendo, exclusivamente, ao afastamento da obrigatoriedade do concurso público de provas e títulos para admissão na classe inicial da carreira, situação garantida àqueles que, investidos na função até a data da instalação da Assembléia Nacional Constituinte, optassem pela carreira, ficando mantidas todas as demais garantias e vedações constitucionais previstas no citado parágrafo único do artigo 134.

A relevância do novel Órgão e dos interesses públicos que passaria a defender, a importância e complexidade das questões a ele submetidas levaram o Constituinte a considerar indispensável a exclusiva disponibilidade de seus integrantes, afastando-os de uma outra atividade também complexa e absorvente e quase sempre colidente com a função pública em termos de horário de trabalho e de interesses defendidos: a advocacia particular. É o interesse público se contrapondo ao interesse particular; interesse público cuja supremacia é resguardada e garantida em cumprimento a diversos mandamentos constitucionais, entre os quais os atinentes aos princípios da legalidade e da moralidade.

A vedação expressamente estatuída na parte final do parágrafo único do artigo 134 da Constituição Federal vigente, e ratificada pelo artigo 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ambos anteriormente transcritos, não pode, com fulcro em considerações de Justiça isonômica ou em decorrência de simples postura axiológica do intérprete ou do julgador, ser simplesmente afastada, pois não é juridicamente cabível opor um direito, mesmo se considerado adquirido pela forma como vinha sendo exercitado, à expressa determinação constitucional que o veda. Além disso, tendo aquele Órgão sido criado pela mencionada Constituição, impõe-se o afastamento de qualquer cogitação de direito adquirido pelo Defensor Público quanto à realização da advocacia privada, salvo para a única exceção introduzida pelo Constituinte: o direito de opção pela carreira, respeitados os pressupostos constitucionalmente estabelecidos.

Com efeito, considerando as características próprias do Sistema Jurídico e a consequente posição hierárquica das normas constitucionais, oriundas do poder originário, direto ou representado, conclui-se que, se a Constituição garante determinado direito, somente a ela incumbe – em princípio e dependendo da natureza desse direito – excepcionar tal garantia contrapondo-lhe uma vedação. *Contrario sensu*, se a Constituição estabelece expressamente uma vedação, esta somente poderá ser excepcionada pela mesma instância criadora.

Assim, mesmo se interpretarmos restritivamente – forma que necessariamente se impõe à hermenêutica das normas restritivas de direitos – a aludida vedação constitucional relacionada à Defensoria Pública e a confrontarmos com a disciplina constitucional de vedação semelhante, relacionada ao Ministério Público, concluiremos que, inicialmente, idêntica é a proibição constitucional quanto ao exercício da advocacia pelos membros das duas Instituições, estando a disciplina referente à última delas estatuída no artigo 128, §5º, inciso II, alí-

nea *b*, da Carta Magna. Apesar disso, constata-se que, ao contrário do disposto em relação à Defensoria Pública, a própria Constituição excepcionou aquela regra restritiva de direito dos membros do Ministério Público ao dispor, no artigo 29, §3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *in verbis*:

“Art. 29...

§ 3º Poderá optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens, o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da Constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta”.

Evidente o contraste entre a redação do preceito acima transcrito e a do artigo 22 do mencionado Ato, pois, ao excepcionar, em relação ao Ministério Público, a regra contida no artigo 128, § 5º, inciso II, alínea *b*, da Constituição Federal, o Constituinte claramente demonstrou a diversidade de sua intenção ao dispor acerca dos dois Órgãos que, embora diversos em suas atribuições institucionais e momentos de criação, exercem funções essenciais à Justiça e se encontram enquadrados no mesmo Capítulo da aludida Constituição, assegurando aos Defensores Públicos investidos na função até a data da instalação da Assembléia Nacional Constituinte apenas o direito de opção pela carreira, sem realização de concurso público específico, com expressa referência à observância *das garantias e vedações* anteriormente impostas.

Conseqüentemente, a vedação do exercício, pelos Defensores Públicos, da advocacia fora das atribuições institucionais exsurge da análise dos preceitos constitucionais especificamente referentes ao Órgão e resulta reforçada quando o hermeneuta compara aquele preceito com o concernente aos integrantes do Ministério Público.

Impõe-se também ressaltar, por oportuno, que a mencionada vedação constitucional abrange todos os membros da Defensoria Pública, seja ela da União, do Distrito Federal e Territórios, ou dos Estados-mem-

bros da Federação, pois as aludidas regras constitucionais são gerais e se voltam à Instituição e seus integrantes.

3.2. *A questão na Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994 (BRASIL, Manuais (...), 1995)*

O regime próprio da Defensoria Pública está, como anteriormente mencionado, previsto na Constituição Federal, que remete à Lei Complementar a sua organização na União, no Distrito Federal e Territórios, bem como a prescrição de normas gerais para sua organização nos diversos Estados da Federação, respeitadas, é claro, as prerrogativas e as vedações constitucionalmente estabelecidas. Em atendimento a essa determinação, surgiu a Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, publicada no Diário Oficial da União do dia subsequente, que “organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências”.

Analisando a matéria referente à questão ora discutida, verifica-se que aludida Lei dispõe, em seu artigo 46, integrante do Capítulo IV, que trata dos “direitos, das garantias e das prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União”, *verbis*:

”Art. 46. Além das proibições decorrentes do exercício do cargo público, aos membros da Defensoria Pública da União é vedado:

I – exercer a advocacia fora das atribuições institucionais...”.

Aludida vedação é repetida pelo legislador ao dispor acerca da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios (artigo 91, inciso I) e da Defensoria Pública dos Estados (artigo 130, inciso I).

Já em seu artigo 137, inserto no Título V, que trata das Disposições Finais e Transitórias, aquela Lei Complementar repete o preceito contido no Artigo 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

”Art. 137. Aos Defensores Públicos investidos na função até a data da

instalação da Assembléia Nacional Constituinte é assegurado o direito de opção pela carreira, garantida a inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições constitucionais”.

Na análise anterior, foi verificado que ao vedar, aos Defensores Públicos, o exercício da advocacia fora de suas atribuições institucionais, em nenhum momento a Carta Magna excepcionou aquela vedação. Ao contrário, reforçou-a quando possibilitou a opção pela carreira e expressamente referiu a observância das vedações impostas, tudo na forma estabelecida no artigo 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. E a Lei Complementar nº 80/94 apenas repetiu, nos termos de sua publicação e conseqüente vigência, as disposições constitucionais existentes a respeito do assunto.

É, contudo, importante ressaltar, no âmbito do presente estudo, que, ao aprovar aludida Lei Complementar, o Congresso Nacional o fez com acréscimo, ao supratranscrito artigo 137, de um parágrafo único, que assim dispunha acerca da matéria:

“Art. 137...

Parágrafo único. A vedação constante deste artigo não se aplica ao membro da Defensoria Pública se não prevista na disciplina legal do cargo até a data da promulgação da atual Constituição”.

Ao possibilitar, nos termos do parágrafo único acima transcrito, o exercício da advocacia privada pelos que, investidos na função de Defensores Públicos, estivessem, até a data da promulgação da mencionada Constituição, legalmente autorizados a exercer aquela advocacia, pretendeu o legislador introduzir, na legislação ordinária, preceito contrário à vedação contida na Constituição Federal, utilizando, na interpretação desta, elemento evidentemente contrário àquilo que, na aludida Carta Maior, encontra-se expresso ou implícito. Não o conseguiu, contudo, uma vez que foi obstado pelo veto presidencial.

Evidente a inconstitucionalidade do aludido parágrafo, pois, ao pretender legalmente excetuar, em favor dos membros da Defensoria Pública, a vedação constitucional ao exercício da advocacia fora das atribuições institucionais, condicionando tal exceção à inexistência de proibição daquela atividade até a data da promulgação da Constituição, o legislador ultrapassou, com expressa violação, a regra constitucional estatuída na parte final do parágrafo único do artigo 134, regra essa que não havia sofrido qualquer exceção no bojo da Carta Magna que a instituiu, indo, também, além dos limites fixados pelo artigo 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Aludida inconstitucionalidade foi, contudo, conforme anteriormente mencionado, oportunamente constatada pelo Senhor Presidente da República e utilizada como fundamento do veto imposto – acertadamente, em nosso entender – ao supra-referido parágrafo único do artigo 137 da Lei Complementar nº 80/94, sem que ao mencionado veto tenha havido rejeição no Congresso Nacional.

Assim, tal como se encontra vigente a Lei Complementar nº 80/94, a vedação constitucional ao exercício, pelos Defensores Públicos, da advocacia fora de suas atribuições institucionais está legalmente confirmada e garantida, impondo-se sua observância a todos os integrantes daquele Órgão.

3.3. A Defensoria Pública em face do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil

Ao tratar das *Funções essenciais à Justiça*, a Constituição Federal vigente destacou, em Seção específica, preceitos voltados à *Advocacia e à Defensoria Pública*.

De uma simples análise da rubrica da Seção II, voltada à *Advocacia Pública*, confrontada tanto com a rubrica quanto com os preceitos contidos na Seção III acima aludida, decorre que, apesar de distinguir, na última Seção, *Advocacia e Defensoria Pública*, ao vedar o *exercício da advocacia fora das atribuições institucionais*, a Carta Magna cla-

ramente afirma, embora de forma implícita, que o Defensor Público exerce a advocacia ao realizar suas atribuições institucionais.

A evidência dessa conclusão está refletida na Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (BRASIL, Estatuto (...), 1998, p.17-46), que ao dispor “sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB”, inclui, no § 1º do seu artigo 3º, os integrantes da Defensoria Pública dentre aqueles que exercem atividade de advocacia, sujeitando-se, ao mesmo tempo, ao regime daquela Lei, além do regime próprio ao qual se encontram subordinados. *In verbis*:

“Art. 3º. O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

§ 1º – Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta Lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional”.

Em concordância com o preceituado no parágrafo 1º, acima transcrito, ao tratar das incompatibilidades em seu artigo 28, a Lei em referência disciplinou genericamente a questão concernente a certas classes de servidores públicos, especialmente as mencionadas nos seus incisos II, III e IV, deixando aos regimes próprios de cada classe as disposições específicas necessárias. E consolidando a submissão dos Defensores Públicos a duplo regime jurídico, o Regulamento Geral da aludida Lei, publicado no Diário da Justiça, Seção I, do dia 16 de novembro de 1994, e com alterações posteriores (BRASIL, Estatuto (...), 1998, p. 57-98), ao tratar, em seu artigo 9º, da Advocacia Pública, nela inclui os integrantes da Defensoria Pública, declarando estarem “obrigados à inscrição

na OAB, para o exercício de suas atividades”.

Harmônica a correlação entre as disposições constitucionais e aquilo que se encontra legalmente preceituado, indicadores do inafastável exercício da advocacia na realização das atribuições institucionais – funcionais, portanto – do Defensor Público. Além disso, aludida correlação se apresenta perfeitamente adequada aos princípios informativos da hierarquia das normas que integram o Sistema Jurídico nacional, pois, ao ressaltar a submissão, *in casu* dos Defensores Públicos ao regime que especificamente os subordinem, a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, não ultrapassa os limites juridicamente permitidos, resguardando o respeito às disposições constitucionais e legais diretamente concernentes àqueles Defensores.

Diante do arcabouço constitucional e legal existente, é juridicamente inaceitável, *data maxima venia*, a decisão prolatada, no dia 14 de abril de 1997, pelo respeitável Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no Recurso nº 5.016/97/PCA, obtida mediante o voto da maioria dos membros integrantes de sua Primeira Câmara². *In verbis*:

“Recurso nº 5.016/97/PCA

Origem: Conselho Seccional OAB/RJ

Recorrente: Presidente do Conselho Seccional OAB/RJ

Recorrido: Rogério Rabe

Relator: Conselheiro Roberto Ferreira Rosas (AC)

Decisão: Por maioria conhecer e negar provimento ao recurso.

Data da decisão: 14/04/97

Fls. Pub. DJ: 31287 Data pub. DJ: 30/06/97

EMENTA 027/97-PCA:

1 – Defensoria Pública. Artigo 134, parágrafo único da Constituição Federal. Vedação ao exercício da advocacia.

2 – Norma constitucional de eficácia limitada. Integração da norma com edição de lei complementar.

3 – Necessidade de interpretação adequada à restrição de direitos.

4 – Incompatibilidade com o exercício da advocacia a partir da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, àqueles nomeados após a sua edição.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por maioria de votos, conhecer do recurso mas para negar-lhe provimento, mantida a decisão da OAB/RJ, que assegurou o direito de exercício da advocacia aos Defensores Públicos admitidos antes da Lei Complementar nº 80/94. Impedido o Representante da OAB/RJ. Brasília, 14 de abril de 1997 REGINALDO OSCAR DE CASTRO Presidente da Primeira Câmara ROBERTO FERREIRA ROSAS Conselheiro Relator”.

O conhecimento das disposições constitucionais a respeito da questão, ora apreciada; a evidente inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 137 da Lei Complementar nº 80/94, suprimido, mediante veto, em 12 de janeiro de 1994; bem como o contido na aludida Lei Complementar, publicada no Diário Oficial da União veiculado no dia subsequente e ainda em vigência, causam, *data maxima venia*, perplexidade diante da decisão da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, cuja ementa se encontra acima transcrita.

Em verdade, ao apreciar juridicamente a questão, em grau recursal, aludido Conselho procurou desenvolver um trabalho hermenêutico que, *concessa venia*, ultrapassou as regras técnicas indispensáveis à interpretação sistemática do Ordenamento Jurídico positivo, obtendo conclusão – decisória, no âmbito daquela valorosa Instituição – violadora de preceito constitucional e dos princípios de hierarquia e especialidade, basilares da indispensável coerência entre os

diversos elementos integrantes do Sistema Jurídico.

Com efeito, já na ementa da decisão, após situar constitucionalmente a questão no primeiro item, faz aquele douto Conselho referência, no item seguinte, à eficácia limitada da norma constitucional tendo em vista sua integração com a Lei Complementar por ela invocada, concluindo pela necessidade de interpretação *adequada* à restrição de direitos. E em seu Acórdão, manteve a decisão da OAB/RJ, “que assegurou o direito de exercício da advocacia aos Defensores Públicos admitidos antes da Lei Complementar nº 80/94”.

Consideramos assim, *data venia*, inadequadas e juridicamente insustentáveis, diante do Direito Positivo pátrio vigente, a postura hermenêutica do douto Conselho Federal da OAB por meio de sua Primeira Câmara e as conclusões majoritariamente alcançadas em seu trabalho interpretativo, pois a evidente necessidade de realizar especial interpretação das normas restritivas de direitos não autoriza conclusão – sobretudo decisória – ostensivamente contrária às normas constitucionais, hierarquicamente superiores e subordinantes de todas as demais regras que integram o Ordenamento Jurídico nacional vigente. De outro lado, somente é cabível falar em eficácia limitada de norma constitucional expressa e proibitiva quando a própria Carta Magna estabelecer limitação à regra por ela fixada, não podendo Lei Complementar ou o próprio intérprete fazê-lo. À liberdade do intérprete do Direito se contrapõem alguns elementos balizadores do próprio Sistema Jurídico, princípios que se apresentam genericamente aplicáveis a qualquer Ordenamento Jurídico por serem integrantes de sua estrutura lógica ou específicos daquele Ordenamento caracterizado como origem e fim da norma interpretada.

E não se pretenda também, no caso ora examinado, invocar o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, consagrado no inciso XIII do artigo 5º,

da citada Carta Magna, pois incumbe ao Constituinte, usando o poder que lhe é insito, excepcionar aludido direito em alguns casos, como o fez, por exemplo, com relação aos membros do Poder Judiciário.

Em verdade, uma nova Defensoria Pública, há tanto tempo almejada, surgiu com a Constituição Federal de 1988, marcada por uma atividade-fim da mais alta relevância institucional expressa naquele Estatuto Maior, nos termos do artigo 134, anteriormente transcrito, cuja realização foi viabilizada e garantida por regras de eficácia plena e integral, entre as quais as estabelecidas no parágrafo único do aludido artigo: garantia da inamovibilidade e vedação do exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. À Lei Complementar à Constituição competia organizar a Defensoria Pública, respeitando, entretanto, os limites constitucionalmente estabelecidos, entre os quais a vedação ao “exercício da advocacia fora das atribuições institucionais”, respeito que evidentemente se estende a toda a Defensoria Pública nas suas várias dimensões e seus respectivos membros, bem como demais Órgãos e autoridades que atuam em nome do Estado brasileiro.

3.4. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.754-9, de 18 de dezembro de 1997, e nº 1.896-8, de 05 de outubro de 1998, a Lei nº 9.651, de 27 de maio de 1998, e outras normas subseqüentes

A Medida Provisória nº 1.587, já em sua quarta publicação ocorrida em 12 de dezembro de 1997, suscitou a operosa atuação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em defesa de direitos constitucionais que julgava violados, refletida na Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, que recebeu o número 1.754-9, distribuída em 18 de dezembro de 1997.

Na aludida Ação Direta de Inconstitucionalidade, o douto Conselho Federal investiu contra o artigo 24 da mencionada Medi-

da Provisória – com aditamentos posteriores em decorrência das republicações daquela espécie normativa – por ter este vedado aos ocupantes das carreiras jurídicas da União o exercício da advocacia particular. *Verbis:*

“Art. 24. É vedado aos servidores ocupantes das carreiras e cargos referidos nos arts. 1º e 14 exercer advocacia fora das atribuições institucionais”.

Duas razões jurídicas fundaram a oposição daquele Conselho ao preceito acima transcrito: a) por não haver urgência ou relevância da matéria, autorizadas de expedição de medida provisória; b) por violar direito adquirido.

Analisando exclusivamente a pretensão aduzida na alínea *b* – violação de direito adquirido – e restringindo a análise da questão aos ilustres integrantes da Defensoria Pública, constatamos que o pedido se encontra alicerçado no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal vigente, que fundamentaria o direito dos integrantes das carreiras jurídicas federais quanto à manutenção do direito ao exercício da advocacia privada nos casos em que este era, segundo as prescrições da lei então vigente, autorizado antes da edição da novel norma.

Restringindo-nos ao tema desenvolvido neste trabalho, entendemos que a interposição da mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade reflete coerência no posicionamento jurídico daquele douto Conselho Federal, harmônico com a decisão, pelo mesmo, um pouco antes prolatada nos autos do Recurso nº 5.016/97/PCA, anteriormente transcrita; harmonia e coerência que mantiveram, *concessa venia*, o mesmo defeito interpretativo manifestado naquela decisão recursal relacionada ao Defensor Público, a quem estava expressamente vedado pela Constituição Federal o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais, restrição ainda hoje existente.

Tendo como Relator o Ministro Sydney Sanches, em 12 de março de 1998, o Colen-

do Supremo Tribunal Federal julgou a Liminar, decidindo, *in verbis*:

“Decisão: O Tribunal, por votação majoritária, indeferiu o pedido de suspensão cautelar de eficácia da Medida Provisória nº 1.587-7, de 05/3/98, e publicada no Diário Oficial da União de 06/3/98, vencido o Ministro Marco Aurélio, que o deferia. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maurício Corrêa e Carlos Velloso. Plenário, 12.3.98”³.

A Medida Provisória em questão se transformou no Projeto de Lei de conversão nº 13/98 e, após sua nona republicação, foi convertida na Lei nº 9.651, de 27 de maio de 1998, publicada no dia subsequente⁴, mantendo, na íntegra, o discutido artigo 24.

Com relação à Defensoria Pública, o legislador pátrio foi coerente com a norma restritiva expressamente prevista na Constituição Federal e mantida na Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Com efeito, ao incluir, no inciso IV, do seu artigo 1º, os integrantes da carreira de Defensor Público da União, quando em exercício na Defensoria Pública da União, entre os beneficiários da vantagem então instituída, a mencionada Lei apenas reafirmou, com relação a esses ilustres Servidores Públicos, vedações constitucional e legal anteriormente fixadas. Assim, ficam abstraídas, *in casu*, considerações mais aprofundadas acerca do direito adquirido em relação à advocacia particular pelos Defensores Públicos, pois é incabível argüir, em face da novel Lei, esse direito por ser o mesmo inexistente, ressalvada a concepção particular manifestada pelo douto Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na decisão recursal anteriormente transcrita, sem que esta presente, contudo, qualquer eficácia revogadora na estrutura do Ordenamento Jurídico nacional vigente.

Em 5 de outubro de 1998, foi procedida a distribuição, no Supremo Tribunal Federal, de outra Ação Direta de Inconstitucionalidade, com liminar impetrada pela Confede-

ração Nacional das Profissões Liberais – CNPL. Aludida Ação, também distribuída para o Ministro Sydney Sanches, igualmente se insurge contra o artigo 24, já da mencionada Lei nº 9.651/98. E em 18 de fevereiro de 1999, aquela Colenda Corte julgou a liminar, *verbis*:

“Decisão: O Tribunal, por votação majoritária, julgou prejudicada a apreciação do pedido de medida cautelar, vencido o Ministro Marco Aurélio, que dele conhecia. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Plenário, 18.02.99”⁵.

A medida cautelar foi julgada prejudicada tendo em vista a existência de decisão anterior a respeito da mesma questão, concernente à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.754-9, anteriormente referida.

Impõe-se ressaltar que a Medida Provisória nº 2.136-36, republicada em 27 de março de 2001⁶, altera os artigos 1º e 13 da Lei nº 9.651/98, deixando, contudo, incólume o seu artigo 24. Até o término da elaboração deste trabalho, não haviam sido julgados os méritos das mencionadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sendo certo porém que, com relação à primeira e em decorrência da inexistência de alguns aditamentos posteriores por parte do Órgão impetrante, uma das preliminares argüidas pelo douto Advogado-Geral da União corresponde ao não-conhecimento da Ação, pois esta se encontra, em seu entender, prejudicada pela perda do objeto, pedido integralmente ratificado pelo ilustre Procurador-Geral da República em seu Parecer no aludido feito, e a outra preliminar concerne à reunião das duas Ações.

3.5. A questão diante do Conselho Superior da Defensoria Pública da União

De acordo com manifestação ocorrida no final de julho de 2000, o Egrégio Conselho Superior da Defensoria Pública da União, de criação recente, ainda não havia tido oportunidade de se manifestar acerca da

questão ora examinada, concernente ao exercício, pelo Defensor Público, da advocacia fora de suas atribuições institucionais. Apesar disso, ao ser, embora sem a forma processual cabível, suscitado a tratar do assunto, certamente pela inadequação formal da indagação feita, deixou de enfrentar o mérito da questão, e pelo voto da maioria dos seus membros determinou o arquivamento do expediente considerando que o mesmo não se revestia das formalidades legais. Seu evidente interesse pela questão ficou, entretanto, refletido na recomendação por ele feita naquela oportunidade:

“que o CSDPU seja instado a, antes de se pronunciar sobre o controvertido tema, fazer um apurado estudo em razão do disposto nos artigos 134, § único, da CF, art. 22 do Ato das Disposições Transitórias da CF, e art. 137 das Disposições Finais e Transitórias da LC 80/94”⁷.

4. Conclusão

Da análise da questão, concluímos que, ao expressar a atividade-fim e a posição constitucional da nova Defensoria Pública – “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados” –, a Constituição Federal vigente atribui, àquela valiosa Instituição, extremada relevância jurídica e social. Aos seus doutos integrantes foi reconhecida a dignidade ínsita ao exercício daquelas funções públicas, tratamento justo e há tanto tempo aguardado, sendo os mesmos tratados à semelhança da forma prevista para os integrantes quer do Ministério Público, quer do próprio Poder Judiciário.

A amplitude e a importância das atribuições exigiram o estabelecimento de algumas limitações, fixadas no Estatuto normativo maior do Ordenamento Jurídico brasileiro vigente: a Constituição Federal de 1988, cujas normas, pela natureza do poder que as originou e pela subordinação que

impõem às demais normas integrantes do aludido Ordenamento Jurídico, neste apresentam a mais alta posição hierárquica.

Daí decorre que, pela sua própria condição hierárquica, uma Lei Complementar à Constituição apenas integra aquele Estatuto maior nas questões em relação às quais é chamada a fazê-lo, e seu texto, juntamente com o de qualquer legislação ordinária, deve ser interpretado de forma sistematizada. Em princípio, não podem as aludidas leis, de forma autônoma e, portanto, desautorizada, simplesmente limitar ou afastar a eficácia de preceito constitucional, sob pena de se apresentarem eivadas de inconstitucionalidade, passíveis, em conseqüência, de expurgo do Ordenamento Jurídico. E foi a certeza da inadequação dessa inversão hierárquica que orientou a Presidência da República a vetar o parágrafo único do artigo 137 da aludida Lei Complementar, oportunamente afastando preceito legal violador de expressa determinação constitucional.

Evidente, assim, a vedação constitucional imposta aos Defensores Públicos quanto ao exercício da advocacia fora das atribuições institucionais, tornando incompatível o exercício da advocacia particular com o das funções públicas inerentes ao cargo, independentemente da data de sua admissão no cargo ou no quadro de carreira. Embora as Ações Diretas de Inconstitucionalidade aduzidas tenham sido ajuizadas contra a restrição genericamente imposta pelo artigo 24 da Lei nº 9.651/98, caso o mérito das mesmas seja enfrentado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, teremos uma resposta hermenêutica que passará a integrar o Direito Positivo vigente e apresentará eficácia inerente à autoridade institucional do Órgão prolator da decisão.

Notas

⁷ Introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98.

² Publicada no Diário da Justiça de 30 jun. de 1997, pág. 31287.

³ Publicado no Diário da Justiça de 6 ago. de 1999, Seção 1, pág. 5.

⁴ Diário Oficial da União nº 100, de 28 de maio de 1998, Seção 1, págs. 17 a 19.

⁵ Publicada no Diário da Justiça nº 39-E, de 1ª de março de 1999, Seção 1, pág. 31.

⁶ Diário Oficial da União nº 61-E, de 28 de março de 2001, Seção 1, págs. 41 a 48.

⁷ Publicado no Diário Oficial da União nº 142-E, de 25 de julho de 2000.

Bibliografia

BRASIL. *Constituição* (1988). Texto constitucional de 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais de revisão nºs 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, 2000.

BRASIL. *Estatuto da advocacia e da OAB*: lei nº 8.906, de 4 jul. 1994. Organização de Paulo Luiz Netto Lobo. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

BRASIL. *Manuais de legislação atlas: organização da defensoria pública: lei complementar nº 80, de 12 jan. 1994*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1995. v. 46.

A constitucionalidade formal da súmula vinculante

Sílvio N. Costa

Formalmente, a Constituição é lei, a lei fundamental do Estado, um instrumento jurídico formalizado, ponto de apoio de todas as pretensões de direitos (MIRANDA, 1996, p.32). Do ponto de vista hierárquico, esse instrumento ocupa o ápice do sistema normativo, vinculando o legislador ordinário e mesmo o constituinte derivado, mas também a todos os demais órgãos do Estado, assim como a todos os particulares. Isso implica que, sem exceção, todas as normas (concretas ou abstratas, privadas ou públicas) e sua interpretação devem a ela adequar-se, servindo a Constituição, assim, de parâmetro e limite normativo-interpretativo de todo o sistema¹. Ademais, a elaboração das outras modalidades de normas públicas deve seguir os preceitos formais expressos na lei fundamental, sob pena de invalidade². Valendo-nos das palavras de um dos grandes Professores de Heidelberg, podemos enfim estabelecer que “Constituição em sentido formal será uma lei formal qualificada essencialmente através de características formais (...), ou também uma pluralidade de tais leis: corresponderá, portanto, ao conteúdo global (...) das disposições escritas da Constituição” (BACHOF, 1994, p. 605).

A propósito, observe-se que, vista sob sua forma ou segundo sua substância, a Constituição (assim como outras modalidades normativas) será sempre um instrumento jurídico³. Em outras palavras: o que con-

Sílvio N. Costa é Professor de Direito Constitucional e Introdução ao Direito; Mestre em Direito Público (Constitucional) pela UFRGS.

fere *juridicidade* a uma norma não é seu aspecto formal, mas sua fonte e seu objeto. Por isso, não se concorda com o entendimento doutrinário que vê no exame formal da Constituição o genuíno “olhar jurídico”, nem com identificar-se por político ou sociológico o “prisma material” da Carta. Também materialmente, a Constituição é jurídica.

No Direito brasileiro, as principais modalidades normativas encontram-se previstas no art. 59 da CF, e o processo legislativo vem regrado nos artigos 60 a 69. Destarte, a Constituição enumera a competência, os tipos normativos do sistema e estabelece os procedimentos regulamentares de sua criação.

Assim, a constitucionalidade formal das leis (*lato sensu*) pode ser vista sob três ângulos: *procedimental* (referindo-se à adequação ao rito legiferante determinado pela lei fundamental), *atributiva* ou orgânica (concernente à competência do órgão expedidor) e *normativa* (relacionada à compatibilidade com estabelecido no texto fundamental). Possui vício de *inconstitucionalidade formal* a norma que infringe o procedimento previsto na Constituição, que é expedida por órgão ao qual a Carta não atribui tal poder legiferante ou que afronta expressa previsão da lei fundamental⁴.

Diferente do que possa parecer num primeiro exame, porém, a existência de Constituição escrita não é condição necessária para a verificação da constitucionalidade das leis⁵. Escrita ou não, a Constituição sempre serve de paradigma de validade da ordem jurídica⁶.

Os sistemas sem Constituição escrita valem-se de métodos e técnicas próprios, mas, de qualquer sorte, não se inviabiliza a fiscalização constitucional — seja política ou judiciária, seja preventiva ou repressiva. Tampouco pode considerar-se prejudicado o controle em função do órgão que o realiza ou da extensão de seus efeitos. Não se vê razão que impeça nem o controle difuso, nem o concentrado, pois em nenhuma dessas modalidades há qualquer relação necessária com a forma de apresentação do paradigma de verificação de validade.

Todavia, o conceito de controle de constitucionalidade diluiu-se grandemente quando se trata de *Constituições flexíveis*⁷, espécie virtualmente inexistente nos tempos de hoje. O controle material, todavia, resta salvaguardado, ao menos em alguns aspectos⁸. Considerando que essas Constituições podem alterar-se pela via ordinária comum, sem necessidade de mecanismos ou majorias especiais, a incompatibilidade da lei será vista como derrogação do texto constitucional conflitante. Todavia, a fiscalização de constitucionalidade pode ainda manter-se em relação a atos normativos secundários, que, sem possuir a hierarquia das leis formais, devem submeter-se às disposições constitucionais e legais vigentes. Mas, aí, trata-se de controle de menor relevância jurídica.

Afora esse aspecto, o controle constitucional pode verificar-se ainda com relação a aspectos procedimentais e concernentes à competência para edição dos atos legislativos. Mesmo em se tratando de Constituições flexíveis, a violação de dispositivos que determinam o *iter* do processo legislativo ou estabelecem o órgão competente para a edição da norma implicará *inconstitucionalidade formal*⁹.

Em suma: a realização do controle de validade das normas infraconstitucionais — em qualquer das modalidades desse controle — tem por única *condição* a existência de Carta Política sob as formas rígida ou semi-rígida¹⁰.

Nas propostas de emenda à Constituição sob exame e em trâmite no Congresso, *não se identificam vícios de inconstitucionalidade formal*.

Do ponto de vista *procedimental*, encontram-se sob o rito regulamentar determinado no §2º do art. 60 da CF. Depois de completado o *iter* constitucional, a emenda aprovada deverá ser promulgada pelas Mesas da Câmara e do Senado, para, então, ser publicada e alcançar efeitos.

Quanto à *competência*, deve essa ser examinada sob dois enfoques: competência *para*

propore competência para decidir. O PEC 54/95 foi proposto no Senado, enquanto o PEC 96/92 e o PEC 96-A/92 foram apresentados na Câmara Federal, todos nos termos do art. 60, I, da CF. Atendido, pois, o requisito de competência originária. Por outro lado, encontrando-se todos sob o exame e para a deliberação do CN, órgão ao qual a CF destina exclusivamente tais atribuições, satisfeito também o requisito da competência decisória.

Por fim, no que tange ao aspecto *normativo* (constitucionalidade atributiva) — de verificação mais extensa que os anteriores —, a situação se repete.

Desde logo, registre-se que não ocorre qualquer dos impedimentos expressamente previstos nos §§1º, 4º e 5º do art. 60¹¹.

Por outro lado, não se identifica na Carta qualquer dispositivo que entre em expresso conflito com o poder vinculante estabelecido pelas emendas às súmulas dos tribunais superiores.

Por conseguinte, *as propostas de emenda não apresentam vícios formais invalidantes.* Vale dizer: são formalmente compatíveis com a Constituição vigente, por seguirem o *iter* procedimental previsto na Carta, respeitarem as normas de competência nela estabelecidas e não afrontarem expressamente o texto constitucional.

Notas

¹ Por isso, não pode ser acolhido o entendimento jurisprudencial, já delineado pelo STF, no sentido de inadmitir o controle concentrado de constitucionalidade sobre lei concreta (lei formal). Tal posição não encontra suporte lógico ou jurídico bastante e implica a possibilidade de resguardar-se um campo normativo à parte do sistema, inenfo às determinações constitucionais. Para mais considerações a respeito, veja-se Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 161-163) e Sílvio Nazareno Costa (2001, ponto 3.3, § 16, β).

² “Na qualidade de *norma primária sobre a produção jurídica* a Constituição tem três importantes funções: (1) identifica as fontes de direito do ordenamento jurídico português; (2) estabelece os crité-

rios de validade e eficácia de cada uma das fontes; (3) determina a competência das entidades que revelam normas de direito positivo” (CANOTILHO, 1998, p. 605).

³ “(...) também são ‘normas jurídicas’, ‘leis’, as declarações da Constituição sobre as ‘decisões políticas concretas’ (...). O fato de a decisão política preceder a norma em nada modifica as coisas: não é a decisão, mas a declaração da decisão, que é norma jurídica. Ao fim e ao cabo, a toda a norma estabelecida autonomamente subjaz uma decisão, não se podendo compreender porque haveria de recusar-se justamente às declarações das decisões entre todas as mais fundamentais o carácter de norma jurídica” (BACHOF, 1994, p. 38).

⁴ A respeito, assim leciona Jorge Miranda (1996, p. 345): “Se a inconstitucionalidade resulta de a lei ser publicada sem terem sido seguidos na sua elaboração os trâmites estabelecidos pela Constituição ou sem revestir a forma que, para cada caso, ela prescreva, diz-se que há *inconstitucionalidade formal*. A esta pode juntar-se o vício resultante de a lei provir de um órgão que na hipótese era constitucionalmente incompetente, e que se chama *inconstitucionalidade orgânica*, como sucede quando o governo publica um decreto-lei sobre matéria que a Constituição reserve em exclusivo à autoridade legislativa do Parlamento” (Cf. tb. CLÈVE, 2000, p. 30-41).

⁵ Clève parece manter entendimento diverso. Confira-se a seguinte passagem: “(...) a fiscalização da constitucionalidade exige mais do que uma Constituição. Exige uma Constituição compreendida como instrumento jurídico, por isso escrita e formalizada” (2000, p. 29).

⁶ Os *Estados Unidos da América* têm uma Constituição parcialmente escrita, parcialmente não-escrita, jurisprudencial e histórica. Naquele país, existe uma Carta Fundamental escrita (sete artigos) e vinte e cinco emendas, também escritas, além de inúmeras decisões, regulamentos e legislação esparsa de natureza constitucional, ao lado, ainda, de costumes de mesma natureza. Trata-se, pois, de um híbrido jurídico (Cf. CAETANO, 1995, p. 66-91). Na *Inglaterra*, por outro lado, não há Constituição escrita. Para um exame mais detalhado do sistema constitucional da Grã-Bretanha, veja-se também Marcelo Caetano (p. 45-65). Ainda da doutrina portuguesa, busque-se apoio nas seguintes palavras: “A Constituição flexível e a Constituição rígida — se são de um Estado de Direito — reconduzem-se a uma substância comum não afectada pela forma divergente. (...) Damos por exacto que exista inconstitucionalidade material e formal, quer em Constituição rígida quer em Constituição flexível.” (Jorge Miranda, 1996, p. 40-41).

Examinando o problema do controle de constitucionalidade nos países de *common law*, assim se

expressou Cappelletti: “Este insucesso [insucesso do controle difuso de constitucionalidade nos países de *civil law*] e as acima lastimadas graves consequências de conflito e de incerteza foram evitados nos Estados Unidos da América, como também nos outros Países de *common law*, em que vige o sistema de controle judicial ‘difuso’ de constitucionalidade. Ali vale, de fato — e ainda que com muitas atenuações (...) — o fundamental princípio do *stare decisis*, por força do qual ‘a decision by the highest court in any jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction’. O resultado final do princípio do vínculo aos precedentes é que, embora também nas Cortes (estaduais e federais) norte-americanas possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema das impugnações a questão de constitucionalidade poderá acabar, porém, por ser decidida pelos órgãos judiciários superiores e, em particular, pela *Supreme Court*, cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários” (CAPPELLETTI, 1984, p. 80-81).

No mesmo sentido, Rui Barbosa, citado por Bonavides: “(...) desta sorte, [nos sistemas de *common law*] nunca se sentenciam mais que um litígio; mas desde então, graças às normas do *common law*, a decisão proferida estabelece jurisprudência, que leva ulteriormente, assim as justiças inferiores, como a própria Corte Suprema, a conformar com o aresto os seus julgados. Exautorada assim (*superse- ded*), a lei da legislatura (*the legislative law*) vem a ficar praticamente anulada (*practically annulled*), tornando-se como não existente (*non existent*)” (Rui Barbosa apud BONAVIDES, 1999, p. 273).

⁷ “Exemplo de Constituição flexível foi o Estatuto Albertino, o documento político que presidiu a unificação italiana. Seus preceitos poderiam ser alterados pelo mesmo processo utilizado para a elaboração das leis comuns” (CLÈVE, 2000, p. 31).

⁸ A respeito, assim se manifesta Jorge Miranda: “A ser conservada então a Constituição flexível, não se posterga nem é mais diluída a incidência material das suas normas sobre as leis, as quais lhes ficam logicamente subordinadas. Não obstante serem criadas e revogadas de igual forma e ser comunicável o objecto, mais geral ou menos geral, são inconfundíveis as funções. Há limites intrínsecos a que se sujeitam as normas e os actos jurídico-públicos e também por isto é a Constituição e não a lei, dentro do Estado, a norma jurídica (ou, sob outro aspecto, o acto jurídico) superior. Damos por exacto que exista inconstitucionalidade material e formal, quer em Constituição rígida quer em Constituição flexível. Contudo, mesmo que se refute o nosso raciocínio, uma coisa é certa: que não pode subsistir uma lei, que não seja ou constitucional ou inconstitucional. E se não encontrarmos a inconsti-

tucionalidade, será apenas porque o acto, que seria inconstitucional — se a Constituição não fosse flexível — se transmuda em criador de normas constitucionais. A inconstitucionalidade aí prende-se com a susceptibilidade de passagem à revisão” (1996, p. 40-41).

⁹ Nesse passo, andou bem Clève ao dizer: “Não seria impensável, todavia, a existência da indicada fiscalização nos Estados regulados por Constituições flexíveis. Com efeito, se a inconstitucionalidade material é dependente da rigidez constitucional (incompatibilidade entre os conteúdos da lei ordinária e da lei fundamental), a inconstitucionalidade formal pode perfeitamente manifestar-se ainda que em face de uma Constituição flexível. Isto porque, estabelecido, embora em normativa constitucional despida de rigidez, determinado procedimento para a elaboração das leis, qualquer violação desse procedimento consistirá em inconstitucionalidade. O mesmo ocorre quanto à violação da norma que dispõe sobre o órgão competente para a produção da lei” (2000, p. 31).

Bonavides parece também perfilhar esse entendimento, segundo se depreende da seguinte passagem: “Não há dúvida de que exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das Constituições rígidas (...) (1999, p. 272).

¹⁰ Não se acolhe aqui, portanto, o entendimento comumente difundido de que a rigidez, e, por conseguinte, também a semi-rigidez, são atributos exclusivos das Constituições escritas. *A rigidez deve ser entendida como a maior dificuldade estabelecida para a modificação constitucional, desimportando se se trata de norma escrita ou não.* Evidentemente, não se pode falar em “maiorias especiais” para modificação de norma consuetudinária não-escrita [a propósito, lembre-se que “a versão escrita do costume não o priva de seu peculiar carácter de norma consuetudinária”, nas palavras de Antonio Gordillo Cañas, citadas por Bonavides, 1999, p. 262]. Entretanto, o respeito venerativo e o conservadorismo na aplicação e na interpretação constitucional podem conferir um alto grau de rigidez a uma Constituição não-escrita — como no caso inglês. “As Constituições costumeiras, históricas, flexíveis sob o ponto de vista jurídico, são de notável rigidez, consideradas na realidade da vida. A Constituição britânica, por exemplo, não escrita, flexível, sob o ponto de vista jurídico, é, entretanto, sob o ponto de vista sociológico, de maior rigidez que a Constituição americana, que é rígida, sob o ponto de vista jurídico” (VELLOSO, 1997, p. 148). O texto constitucional brasileiro — classificado como rígido, pois difícil sobremaneira sua modificação, exigindo quórum e maiorias superiores e procedimentos mais complexos do que os estabelecidos para as leis em

geral — por certo não alcançou o mesmo grau de estabilidade alcançado na Inglaterra. Desde sua promulgação, em 05.10.88, até 12/8/2000, o texto rígido brasileiro já sofreu vinte e oito modificações (todas significativas), alcançando a média surpreendente de uma emenda a cada cinco meses! Veja-se o seguinte comentário de Jorge Miranda sobre a Constituição inglesa: “Nenhuma Constituição europeia goza da autoridade da britânica e esta, como sabemos, é entendida no sentido material: sem embargo do que exerce indiscutível supremacia na vida política da Nação. É que a eficiência das normas políticas resulta muito mais do acatamento assente na veneração geral do que da eloquência do estilo em que sejam redigidas ou da lógica das doutrinas nelas desenvolvidas” (1996, p. 343-344).

¹¹ A saber: as emendas não se apresentam na vigência de intervenção federal, estados de defesa ou de sítio, nem afrontam diretamente alguma cláusula pétrea; tampouco versam matéria rejeitada ou prejudicada na mesma sessão legislativa.

Bibliografia

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. t. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula vinculante, sentença normativa e precedente: leis do judiciário?* 2001. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional – UFRGS).

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 1996.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997.

A presença britânica na ilha da Trindade: a reação do Parlamento brasileiro

Virgílio Caixeta Arraes

Sumário

1. Introdução. 2. O Legislativo imperial e a política externa no século XIX. 3. Fim da Monarquia: elementos constitutivos do novo regime. 4. O Legislativo no período republicano. 5. Primeiros registros da presença britânica na ilha da Trindade. 6. Conclusão.

Este artigo trata do papel do Legislativo brasileiro ante a ocupação da ilha da Trindade pelo então Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda, no final do século XIX – 1895-96. O incidente diplomático punha a República diante de um desgaste bastante significativo. Assim, o Legislativo apoiaria o Executivo na recuperação de território, que era, incontestavelmente, brasileiro. Esse caso é um dos pontos mais marcantes da história da política exterior do país. O êxito da diplomacia ajudaria a consolidar o prestígio interno do primeiro civil a governar o país, sob regime republicano: Prudente de Moraes.

1. Introdução

A disputa pela posse da ilha da Trindade ocorreu no final do século XIX, 1895 a 96, quando o imperialismo atingia seu auge. A Grã-Bretanha já sentia o peso de novos atores no cenário internacional como a Alemanha, os Estados Unidos e o Japão. No entanto, ainda como maior potência, era hegemônica na América do Sul, desde a época das independências das antigas colônias.

Virgílio Caixeta Arraes é Professor do Departamento de Relações Internacionais da Universidade de Brasília – UnB. Mestre e doutorando em História das Relações Internacionais pelo Departamento de História da mesma Universidade.

O Brasil, após a instalação do regime republicano, em 1889, não conseguia estabilizar-se, atravessando um período de turbulências com revoltas internas e desordem financeira.

A ocupação da ilha da Trindade revestiu-se de significados diferentes para ambas as nações: para a Grã-Bretanha, a anexação de territórios ou a colocação de áreas sob sua zona de influência era um ato rotineiro desde a segunda metade do século XIX, quando a competição entre os países europeus passou a desenvolver-se mais intensamente fora da Europa, o que acarretou a partilha da África e Ásia; por outro lado, para o Brasil, sob a vigência de um regime que não conseguia firmar-se ainda internamente, exprimia uma ação despropositada e inesperada, por parte de um antigo aliado, que, em detrimento de interesses comuns, espoliava-o para a satisfação comercial do setor telegráfico, um dos mais importantes, na época.

O presente artigo tem por objetivo avaliar a atuação do Legislativo brasileiro perante a ocupação da ilha da Trindade pela Grã-Bretanha. Isso posto, coloca-se como necessário, de modo sucinto, tecer algumas considerações históricas sobre esse poder no país. O Legislativo brasileiro constituiu-se em importante presença no transcorrer da vida política de quase três quartos de século de regime monárquico, com parlamentares de alto coturno, com atividades intelectuais também nas áreas de literatura, história, direito etc. (cf. CERVO, 1981).

2. O Legislativo imperial e a política externa no século XIX

O Legislativo brasileiro representou, no século XIX, o principal centro de debates e estudos das questões nacionais, desde o seu início em 1826. Consciente da pequena margem de negociação de que dispunha o país, teve o Legislativo de discutir a política externa nacional como uma relação desigual e de dependência em face das potências eu-

ropéias, notadamente com a maior delas, a Grã-Bretanha (cf. CERVO, 1981, p. 13 e 15).

Reticamente, o Legislativo protestou e denunciou a prepotência imperialista, rumando para, no âmbito interno, somar esforços com o Executivo e chegar a uma política externa consensual, fundamentada no interesse superior do país. Saliente-se que o consenso não causou embaraços à contestação de determinados conceitos utilizados na atuação externa (cf. CERVO, 1981, p. 74). Em 1887, por exemplo, o Senador Soares Brandão¹ registrou que, com exceção da Argentina, França e Grã-Bretanha, estavam definidos os limites territoriais do país. Brandão alertou, dessa forma, que as pendências restantes poderiam gerar desgastes nas relações bilaterais, mesmo destacando, com vistas à Grã-Bretanha, que estavam as relações em 'perfeita paz e cordial amizade' (cf. CERVO, 1981, p. 122).

3. Fim da Monarquia: elementos constitutivos do novo regime

Na mudança da Monarquia para a República, em 1889, o Legislativo não participou de forma incisiva. Manteve-se alheio às primeiras implementações do novo governo e ao rompimento com a condução tradicional da política externa, ao introduzir-se a ideologia pan-americana, republicana e federalista, deixando-se de lado as reservas da Monarquia sobre os vizinhos, sob a marca da solidariedade. Para Rodrigues (1966, p. 184), a nova política externa preparou a transição para a aceitação da preponderância dos Estados Unidos e, aguerridamente, posicionou-se na defesa dos setores agroexportadores, principalmente o cafeeiro.

O Partido Republicano, que deu sustentação ideológica ao golpe, vinculou-se no plano econômico, em seu aparecimento, à expansão cafeeira de Minas Gerais e São Paulo, tendo, por fundo cultural, o positivismo, que, lado a lado, estivera com o republicanismo, o qual logrou ampla penetração em suas elites estaduais (cf. MELO

FRANCO, 1980, p. 46-50). Além desses elementos, surgiu o desejo pelo federalismo, que atenderia às necessidades de expansão econômica daqueles estados, na época, províncias, as quais aspiravam a governos mais estáveis e próximos, satisfazendo os “(...) reclamos das liberdades públicas contra a prepotência do Centro”, consoante Souza (1988, p. 221). Chacon (1985, p. 69) afirma que o federalismo foi convertido no país em mandonismo nos estados, impedindo, desse modo, a existência de partidos nacionais, que, por seu turno, geravam programas partidários “vagos e improvisados”, servindo as legendas para apenas formalizar as escolhas oligárquicas.

4. O Legislativo no período republicano

O Legislativo republicano deteve, como processo de designação, a investidura eletiva, mantendo, em tese, o princípio da soberania popular, conquanto boa parte da população estivesse alijada do direito ao voto, como as mulheres, analfabetos, menores de 21 anos, etc. A vontade popular configurou um instrumento de retórica, ante a baixa participação da sociedade, de fato. Manteve-se o bicameralismo, acabando-se, todavia, a vitaliciedade do mandato dos Senadores, representantes das unidades federadas.

Por meio da Constituição republicana, de 26 de fevereiro de 1891, o poder Legislativo passou a ser exercido pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e Senado Federal. Seu funcionamento, na época da questão da ilha da Trindade, era no edifício da Cadeia Velha, na Praça XV, para a Câmara e no Palácio do Conde dos Arcos, na Praça da República, para o Senado, no Rio de Janeiro. A composição para a Câmara era via proporcionalidade populacional dos Estados ao passo que, para o Senado, eram três representantes por unidade federada. A Constituição fixou o mandato do deputado em três anos e o do senador, em oito. Os congressistas tiveram

imunidade assegurada e, ao mesmo tempo, a proibição de celebrar contratos com o poder Executivo e dele receber empregos (cf. CARDOSO, 1989, p. 37). Essa Constituição, entre outros artigos, trouxe os seguintes no tocante à política externa:

“Artigo 34 – compete privativamente ao Congresso Nacional:

inciso 10 – resolver definitivamente sobre os limites dos estados entre si, os do Distrito Federal e os do território nacional com nações limítrofes;

inciso 11 – autorizar o governo a declarar guerra, se não tiver lugar ou malograr-se o recurso do arbitramento, e a fazer a paz;

inciso 12 – resolver definitivamente sobre tratados e convenções com as nações estrangeiras;

inciso 16 – adotar o regime conveniente à segurança das fronteiras” (cf. ALENCAR, 1986, p. 91-92).

Quanto ao artigo 48, o qual tratava das atribuições do poder Executivo, destaquem-se os incisos:

“7 – declarar a guerra e fazer a paz, nos termos do artigo 34, inciso 11;

8 – declarar imediatamente a guerra nos casos de invasão ou agressão estrangeira;

13 – nomear os demais membros do corpo diplomático e os agentes consulares;

14 – manter relações com os Estados estrangeiros;

16 – entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre *ad referendum* do Congresso, e aprovar os que os Estados celebrarem na conformidade do artigo 65, submetendo-os, quando cumprir, à autoridade do Congresso” (cf. ALENCAR, 1986, p. 95, 103).

Para Rodrigues (1966, p. 43), a influência do Legislativo republicano era menor que no período monárquico, haja vista que o poder atribuído ao Presidente foi maior que ao Imperador, afora a questão da diminui-

ção constitucional das prerrogativas senatoriais em política externa, somada à extinção de um órgão importante no regime anterior: o Conselho de Estado. Acrescenta ainda ele (1966, p. 80-93) que a atenção dispensada às questões internacionais nos programas partidários era pouca, exercendo o Presidente, na Primeira República, a condução da política externa, em face do parco interesse do Congresso e imprensa. Quanto a esta, era considerada atrelada aos interesses econômico-políticos do Executivo².

5. Primeiros registros da presença britânica na ilha da Trindade

A primeira comunicação no Congresso Nacional sobre a indevida ocupação da ilha da Trindade³ fez-se por meio da Câmara, aos 22 de julho de 1895, pelo Deputado Belisário de Sousa (cf. PEIXOTO, 1932, p. 619)⁴. Este comunicou ao Plenário ter expedido ao Ministério das Relações Exteriores uma solicitação para que fosse explicado à Câmara o motivo de presença estrangeira na ilha. Adiantou que essa presença não seria, de modo algum, definitiva, visto que o território pertencia ao país, confiando a resolução da questão na “(...) firme altivez (...) e patriotismo do Presidente”⁵, no que foi muito apoiado.

Esclareceu, durante a sessão, que estivera, de modo oficioso, com o Ministro das Relações Exteriores, Carlos de Carvalho⁶, que o informara da hipótese de que os britânicos a teriam ocupado pela razão de estabelecer uma estação telegráfica para um cabo anglo-argentino, caracterizando, a seus olhos, interesses comerciais e não militares. A Grã-Bretanha estaria lá desde janeiro de 1895, consoante divulgação da imprensa desse país, mormente do *Financial News*. Chamou a atenção para o fato de que Ministro Plenipotenciário em Londres, Artur de Sousa Corrêa, soubera, via telegrama do Brasil, da ocupação (cf. Arquivo Histórico do Itamaraty – AHI – ofício reservado nº 12, Londres, 26 jul. 1895)⁷. Encerrou o discurso, de modo ufanista, lembrando que, apesar

de não necessitar o caso do artifício da guerra, o Brasil soubera antes “(...) repelir da terra sagrada (...) o invasor holandês” (cf. Anais da Câmara dos Deputados – ACD –, 22 jul. 1895)⁸.

Dois dias depois, 24 de julho, o mesmo parlamentar retomou o tema para, desta vez, de modo estupefacto, relatar que o governo britânico, segundo informe da Chancelaria brasileira, não contestara a ocupação, nem a utilização dela como estação telegráfica. A ausência de contestação por parte da Grã-Bretanha decorrera da alegação de a ilha pertencer-lhe desde 1700. Ante isso, redarguiu o Deputado que:

“O nosso Ministro, na nota com que replicou à nota do Ministro inglês, prova com os fatos da historia, da geografia e em razões irrefutáveis de direito internacional, a nossa posse incontestada e incontestável. (Muito bem, bravos)” (ACD, 24 jul. 1895).

Acrescentou, manifestando revolta em face do comportamento prepotente da Grã-Bretanha, que:

“(...) pelo assinalamento de todos os mapas, pelo consenso unânime do mundo culto, e o que é mais, e tem um valor tal, que há de impressionar a própria opinião pública da Inglaterra, pelo abandono positivo, terminante, efetivo e prático da ilha, determinado por ordem do Almirantado de 22 de agosto de 1782, que a mandou entregar às autoridades portuguesas (...)” (ACD, 24 jul. 1895).

Na mesma sessão, apresentou-se a resposta da solicitação, em que informava o Ministro Carlos de Carvalho que, por meio do contato com o Plenipotenciário britânico, Constantin Phipps, este lhe corroborara a ocupação desde fevereiro de 95. O Ministro comunicou-lhe que o país remeteria à ilha um navio de guerra para confirmar o fato, gesto logo repellido pelo representante britânico, que solicitou um prazo de 48 horas, dentro do qual receberia instruções de seu governo, já que, inicialmente, se tratava

de “(...) território abandonado e nele não haver vestígio algum de posse de qualquer outra nação (...)”, achando-se o governo britânico na posse irrestrita de seus direitos (ACD, 24 jul. 1895).

Na resposta, Carvalho replicou a Phipps, com um longo histórico da ocupação luso-brasileira desde o século XVI, informando ser a ilha pertencente ao Espírito Santo. A finalidade, a ser dada pelo novel governo republicano, seria transformá-la em lugar para serviços penitenciários. Ainda de acordo com o Ministro Carvalho:

“(...) A ocupação é modo legítimo de adquirir domínio somente com relação às coisas que não têm dono *res nullius* e são tais as que não estão no domínio alheio ou porque nunca pertenceram à pessoa alguma ou porque foram abandonadas por seu antigo dono (...) Se o Brasil não manifestou por ato expresso a vontade de abandonar a ilha, que fora adjudicada ao continente brasileiro pelo fato de sua independência política, e se, nisso há de convir o senhor Phipps, não existe um estado de fato que o impedisse de dispor da ilha ou de utilizar-se dela quando e como lhe aprouvesse, com o domínio conservou íntegra a posse e não sendo *res pro derelicto* sua ocupação em nome do governo inglês não é título legítimo de aquisição do domínio (...)” (ACD, 24 jul. 1895).

Carvalho continuou a insistir sobre os direitos brasileiros em relação à Trindade, mesmo quando invocada a presença e soberania da Grã-Bretanha nela, em face de suposta presença mais que centenária, remontando ao século dezessete (1700)⁹. Em face desse argumento, o Ministro Carvalho disse que, em 1782, a Grã-Bretanha houvera desocupado a ilha, porque reconhecera os direitos portugueses, de modo espontâneo e amigável.

O Chanceler Carvalho destacou que o Brasil não renunciara à Trindade pelo fato de não ter prévia destinação e:

“(...) Apresentando estas reflexões ao senhor Phipps, acredito que não se dignará de submetê-las ao governo de Sua Majestade, a Rainha de Inglaterra, como protesto contra a ocupação da ilha da Trindade, que faz parte do território brasileiro, e estou certo de que, desfeito o equívoco do abandono e de ser, portanto, a mesma ilha *res nullius*, ele expedirá suas ordens no sentido da desocupação (...)” (ACD, 24 jul. 1895).

No dia seguinte, o Deputado Nilo Peçanha¹⁰, reafirmando a tradição de que em política externa havia convergência, discursou, lembrando que era oposição “(...) constitucional do presente governo (...)” mas ante a “(...) imagem da pátria querida e por cuja integridade territorial somos um só homem e uma só vontade, desaparecem os partidos e os atritos, as discórdias e as reações (apoiados gerais)”. Eivado de anglofobia, lamentou o incidente, enfatizando, contudo, que, para os britânicos, o Brasil lhes era uma espécie de protetorado, tendo em vista o enorme valor de aplicações, cerca de 80 milhões de libras esterlinas. Chegou ao ponto, em sua indignação, de realçar que, no país, a bandeira que tremulava era a britânica. Logo a seguir, propôs uma moção de repúdio à Grã-Bretanha, que receberia 152 votos (cf. ACD, 25 jul. 1895).

Em agosto, iniciam-se as negociações diplomáticas para a retirada britânica. No entanto, apesar da cordialidade por parte dos dirigentes da Grã-Bretanha, tudo estaria condicionado à autorização da instalação de um cabo submarino telegráfico que ligaria a Europa diretamente à Argentina, fosse por autorização, fosse por arrendamento (cf. AHI, ofício reservado nº 14, Londres, 1º ago. 1895). De qualquer forma, o governo britânico aguardaria a apresentação de documentos, por parte do Brasil, para que seu Executivo, Legislativo e Judiciário examinassem as pretensões brasileiras, o que levaria algum tempo.

Quase um mês depois, o Deputado Lamenha Lins¹¹, em sessão de 29 de agosto,

manifestando-se contra a proposta de extinção de legações diplomáticas, registrou queixas relativas à França e à Grã-Bretanha:

“(…) as nações européias estavam de alcatéia para explorar nossa fraqueza (…) Os incidentes do Amapá e da Trindade vieram recordar-nos que era necessário fazermos política americana, porque talvez nem todas as forças reunidas deste continente fossem suficientes para opor uma barreira à intervenção européia (…)” (ACD, 29 ago. 1895).

Decorridas algumas semanas, outra desinteligência diplomática com a nação britânica também ocorreria, só que em território amazônico. Partiu a denúncia do Senador Joaquim Catunda¹², aos 14 de outubro, em que afirmou que “à inglesa”, ou seja, de modo vagaroso e constante, havia uma ocupação “sem estrondo de armas”, por meio, principalmente, de missionários britânicos, que, aos poucos, vulgarizavam sua língua e religião junto aos índios selvagens, firmando a presença daquele país (cf. Anais do Senado Federal – ASF – 14 out. 1895).

Na Câmara, no mesmo dia, o Deputado Francisco Machado ponderou que falsificações dos limites fronteiriços estavam sendo feitas pelos britânicos da Guiana. Acrescentou que até doações de terrenos na área brasileira faziam os britânicos e pediu informações ao governo acerca de planos de linhas férreas. O Deputado Costa Azevedo expôs que “a (...) questão da Trindade foi uma derivação desses arroubos de expansão territorial que os britânicos possuíam e, inexoravelmente, executavam em todo o mundo” (ACD, 14 out. 1895).

Cerca de um mês depois, em longo ofício, o Plenipotenciário Corrêa comunicou ao Ministro Carvalho que o Primeiro-Ministro britânico Salisbury¹³ lhe comunicara, verbalmente, sentir divergir do Brasil em relação aos títulos apresentados pela comprovação da posse da Trindade. Em face dessa situação e considerando as relações entre as duas nações, propunha o arbitramento. Sugeriu

árbitros como Rússia, Bélgica, Holanda, Suíça, Suécia ou até algum jurisconsulto abalizado.

Corrêa opinou ao Ministro Carvalho que a proposta de Salisbury era o melhor meio de resolver a questão, vez que a Grã-Bretanha evitava reconhecer os direitos brasileiros por “arranjo direto” porque se configuraria como uma condenação de um ato da gestão anterior – a ilha fora ocupada na gestão do Conde de Rosebery. Ao mesmo tempo, evitavam-se censuras do Legislativo britânico, que não aceitaria a cessão pura e simples de um território declarado britânico a um país, mesmo que amigo. Contudo, lembrou ele, havia uma dificuldade: o Brasil, constantemente, recusava juízo arbitral com outras nações.

Corrêa salientou que a Espanha, “nação briosa de ardente patriotismo”, aceitara arbitramento na questão das ilhas Carolinas com a Alemanha e vencera. Corrêa achava que o Brasil, dessa forma, recuperaria a ilha, sem melindrar os ânimos britânicos (cf. AHI, ofício confidencial nº 32, Londres, 19 nov. 1895)¹⁴. Corrêa traçou a hipótese de que, ao reconhecer a soberania brasileira na ilha, a Grã-Bretanha solicitaria permissão para estabelecer uma base telegráfica. Pela vontade da Grã-Bretanha, incluir-se-iam na questão da Trindade as mesmas regras estatuídas na Conferência de Berlim, em 1885, sobre o continente africano, o que não seria aceito, naturalmente, pelo governo brasileiro.

Caso o Brasil optasse por esse modo de resolução, Corrêa recomendava cuidado na escolha do árbitro. Descartou, de início, a Rússia pelo fato de que a consulta seria destinada ao Conselheiro Legal do Ministério das Relações Exteriores, F. de Martens, que, como professor de Direito Internacional de São Petersburgo, seria contrário ao Brasil, ante o conhecimento de sua obra doutrinária.

Preferia a Espanha, que seria favorável ao país, pelo fato de ter tido, recentemente, caso análogo ao do país. Se não achasse um outro país, caso a Espanha fosse rejeitada, o

Plenipotenciário sugeria que o árbitro fosse um jurista de peso como Albert Farel, Pradier-Fodéré ou Carlos Calvo (cf. AHI, ofício confidencial nº 32, Londres, 19 nov. 1895). Quatro dias mais tarde, Corrêa rejeitou Pradier-Fodéré à vista do seu entendimento sobre abandono, que, se aplicado, podia beneficiar a Grã-Bretanha. Calvo aparecia como a melhor opção, mesmo que não pudesse garantir a solução mais favorável ao país, porque não seria objeto de recusa da Grã-Bretanha (cf. AHI, ofício reservado nº 30, Londres, 23 nov. 1895).

No dia seguinte, o Deputado Vergne de Abreu registrou que o ano de 1895 trouxera à República incidentes exteriores que a puseram à prova, mas o novo regime replantaria as brilhantes tradições do passado, solucionando a questão da Trindade e tendo a confiança de que a Grã-Bretanha, por meio do exame dos registros históricos e geográficos, convencer-se-ia da posse brasileira envolvendo a ilha (cf. ACD, 20 nov. 1895).

Em um pronunciamento, no mesmo dia, o Senador Quintino Bocaiúva¹⁵ tratou com amplitude e competência as questões pertinentes à política externa brasileira, quando da discussão do orçamento do Ministério das Relações Exteriores. Ponderou serem “(...) os assuntos de ordem melindrosa e quase todos atinentes a questões pendentes com governos estrangeiros (...)”, salientando que:

“ (...) temos algumas questões pendentes com potências européias (...) Algumas delas acostumadas a exercer nas suas relações internacionais o cunho avassalador do seu predomínio e dos seus vastíssimos recursos (...)” (ASF, 20 nov. 1895).

Bocaiúva ressaltou a pouca força do país ante as potências esquecedoras do direito, em uma alusão à Grã-Bretanha e França, asseverando o perigo não de perder a independência fosse por invasão ou conquista, mas de sofrer, por meio das políticas comerciais das potências, as quais eram sobremaneira intensas. Classificando como de “al-

guma gravidade” as contestações com aqueles países, enfatizou que, com relação ao governo britânico, a questão da posse da ilha da Trindade, se para o Brasil era política, a ele, se lhe afiguraria como comercial e industrial (cf. ASF, 20 nov. 1895).

Para Bocaiúva, a ocupação decorreria do fato da “(...) pressão de um grande interesse industrial”¹⁶ para instalar um cabo interoceânico, refutando, veementemente, a hipótese de arbitramento, caso fosse proposto pela Grã-Bretanha na medida em que não se tratava de um “(...) direito duvidoso ou interesse litigioso, mas de um direito líquido a favor do Brasil (...)”. Aceitaria a mediação (bons ofícios), desde que ofertada, posto ser um recurso diplomático válido, em que um terceiro amistosamente se interporia entre dois litigantes para tentar harmonizar os interesses, removendo os entraves existentes.

A par da questão da Trindade, comentou a forma oculta, sob a justificativa evangelizadora e civilizadora, de como a Grã-Bretanha, por meio de religiosos, adentrava em território amazônico pertencente ao Brasil, firmando opinião sobre ser mais perigoso esse modo de conquista do que pelas armas (cf. ASF, 20 nov. 1895). Encerrou seu discurso, reafirmando a doutrina do americanismo como:

“ (...) Um princípio social e político no nosso continente; representa a absorção, a adaptação do elemento europeu, que aqui se transforma como um cadinho purificador (apoiados) (...) se não convém ao egoísmo dos governos europeus, é mais uma razão para que, na nossa política internacional, procuremos por todos os meios acentuar o princípio da política americana, que é o da simpatia, em contradição ao daquele egoísmo, que é de um princípio perturbador das boas relações entre os povos (...)” (ASF, 20 nov. 1895).

No final do mesmo mês, o Ministro Carlos de Carvalho solicitou ao Ministro Plenipotenciário em Washington, Salvador de Mendonça¹⁷, que sondasse o governo norte-

americano sobre uma proposta de arbitramento, feita pela Grã-Bretanha, para a resolução do litígio. Mendonça respondeu-lhe que os Estados Unidos eram favoráveis por criar jurisprudência, tanto que exigiam do governo britânico o arbitramento para a solução de pendências lindeiras com a Venezuela (cf. BUENO, 1995, p. 335).

No dia 16 de dezembro, a Grã Bretanha proporia de modo formal o arbitramento para a questão. O Ministro Carvalho ao receber o comunicado, de pronto, pôs-se contra. No mesmo dia, haveria uma reunião ministerial com o Presidente Prudente de Moraes. Nesta, Carvalho relataria os termos da nota britânica e sua opinião, a qual desagradou Moraes, que se irritou com o Ministro, por preferir, em um primeiro momento, resolver por meio do arbitramento, que contaria com apoio norte-americano.

Graças à intervenção ponderada do Ministro da Fazenda, Rodrigues Alves¹⁸, o clima foi desanuviado. Sugeriu ele reunião específica para tratar da questão, o que foi aceito pelo Presidente. Dias depois, na nova reunião, Prudente solicitou a opinião de seus ministros, os quais concordaram com o posicionamento do Ministro Carvalho. O Presidente, segundo Octávio (1978, p. 104-105), então “(...) num belo rasgo de tolerância e de superioridade, com algumas palavras solenes e eloqüentes (...)” propiciou inteira liberdade à Chancelaria para conduzir da melhor forma o processo de resolução do litígio. Nesse mesmo mês, Portugal já estudava ofertar seus préstimos diplomáticos para intermediar a questão¹⁹.

No dia 23 de dezembro, o Deputado Nilo Peçanha comentou que a situação externa da República era “ (...) tão precária, tão dolorosa e tão grave” e elogiou o Presidente norte-americano Cleveland pelo senso realista nas questões externas desse país, principalmente, em relação à Grã-Bretanha. No seu modo de ver, os britânicos, além do caso Trindade, utilizavam-se de território estrangeiro, no caso venezuelano, alegando haver dúvida no limite fronteiriço. Destarte, pode-

riam querer chegar novamente a território “indisputavelmente brasileiro”, por meio de pressão, advertindo que seria mais um assalto à integridade territorial do país (cf. ACD, 22 nov. 1895).

Atacou a hipótese da proposta de resolução do litígio pelo arbitramento, tecendo a consideração seguinte: “O senhor Doutor Prudente de Moraes responda à Inglaterra, como a Inglaterra respondeu, um dia, à América: o arbitramento aí é ofensivo à dignidade da nossa pátria (apoiados, muito bem) (...)”. Outrossim, criticou a postura do Presidente Moraes, chamando-a de fraca e indecisa ao não ter repudiado logo toda forma de proposição de arbitragem no caso da Trindade (cf. ACD, 22 nov. 1895).

Mesmo contando com a simpatia norte-americana, o Brasil já havia recusado decidir a questão por esse modo e comunicou oficialmente à Grã-Bretanha, em fevereiro de 1896, a sua posição, alegando que a ilha *de jure* era brasileira (cf. BUENO, 1995, p. 335). O Primeiro Ministro Salisbury lamentou, mas declarou que desejava encontrar algum meio de solução para essa divergência (cf. AHI, ofício reservado nº 4, Londres, 6 fev. 1896).

Em março de 96, a Grã-Bretanha sugeriu em lugar do arbitramento a mediação. A essa altura, o governo britânico já dava mostras de desinteresse pela posse da ilha, porque constataria que ela não atenderia aos desígnios para servir de estação telegráfica. Além do mais, o desembarque nela era difícil e os empreendedores do setor telegráfico buscavam outras opções menos áridas física e politicamente.

O fato de não devolvê-la simplesmente decorria da questão de abrir-se precedente em relação a temas próximos com outros países. Normalmente, o governo britânico não propunha mediação. Ao fazê-lo, era porque via esse instrumento como a melhor forma de resolver a pendência (cf. AHI, ofício reservado, Londres, 18 abr. 1896).

Em maio, ambas as nações aceitariam os bons ofícios de Portugal. Este país, então, começa a preparar seu parecer, amparado

em documentação histórica que possuía. A perspectiva era de resolução favorável ao Brasil, dado que a Grã-Bretanha não possuía mais interesse estratégico na ilha.

Mesmo assim, algumas semanas depois, em sessão de 13 de julho, quando se discutia a votação orçamentária, o Deputado Holanda de Lima apresentou Projeto de Lei, subscrito por mais 25 parlamentares, extinguindo a representação diplomática brasileira na Grã-Bretanha. Justificou-o devido ao descaso e falta de respeito com que aquela nação tratava o Brasil, apontando que seria o único modo de contrapor-se a ela.

Retrucou-lhe o Deputado César Zama, na mesma sessão, que, por lei brasileira, a Grã-Bretanha não devolveria a Trindade ao Brasil. Todavia, apoiou-o à medida que protestava contra a inércia do Executivo. Outro Deputado, Alberto Torres²⁰, julgou o Projeto inconstitucional, ao alegar que não cabia ao Parlamento, nos termos da Constituição, deliberar matéria de iniciativa do Executivo, restando-lhe apenas aprovar ou desaprovar (cf. BUENO, 1995, p. 336-337).

Após veementes debates, prevaleceu a expressão moderada de apoio ao Executivo, o qual, naquela altura, já aguardava o final dos bons ofícios do Rei de Portugal, Dom Carlos I, para solução da questão. O sentimento foi de que o acirramento dos ânimos era prejudicial politicamente e prevalecera o entendimento de que se deveriam manter em bom termo as relações diplomáticas com uma nação possuidora de parte de território presumidamente brasileiro e, dias depois, a Comissão de Orçamento reprovava o Projeto por estar em desacordo com a Lei Magna do país (cf. BUENO, 1995, p. 338).

Em 20 de julho, Portugal terminaria sua nota em que reconhecia os direitos brasileiros sobre a ilha, ao tempo em que solicitava ao governo britânico a confirmação desse estado de direito. Poucos dias depois, Dom Carlos I comunicaria, de modo oficial, aos dois países o entendimento português na questão, que, por ambos, seria reconhecido e aceito no início de agosto.

Em sessão de 4 de agosto de 1896, em discussão, na Câmara, sobre se caberia arbitragem em uma questão com a Itália, derivada de denúncias de maus-tratos a cidadãos daquele país, fizera-se alusão à questão da Trindade, tendo em vista que o Brasil, àquela altura, recusara, via Executivo, arbitragem e estava propenso a aceitá-la para o caso italiano. O Deputado Enéas Martins, na defesa do Executivo, ponderou serem distintas as situações na medida em que era indubitável o direito brasileiro sobre a Trindade, devido à posse ininterrupta desde 1822 (cf. ACD, 4 ago. 1896).

Finalmente, aos 5 de agosto, o Presidente do Senado, interrompendo a sessão em que se discutia questão de emissões de bilhetes bancários, afirmou, por meio da Mensagem do Presidente da República, que o país tivera reconhecido pela Grã-Bretanha seu direito oficialmente²¹ à soberania da ilha da Trindade. O mediador fora o Ministro dos Negócios Estrangeiros, Marquês de Soveral²², que desfrutava de muito prestígio junto ao governo britânico, ajudando, dessa forma, o Brasil. Contudo, apesar da boa notícia, houve divergência quanto à solução empregada na resolução do conflito, haja vista que o Senador Esteves Júnior fizera constar declaração acerca do desprezo da Grã-Bretanha para com o país (cf. ASF, 5 ago. 1895).

Na Câmara, o Deputado Érico Coelho inquiriu o seu Presidente se a ilha fora doada a Portugal para posterior repasse ou se apenas mediou aquele reino, o que não lhe foi respondido (cf. ACD, 5 ago. 1895). Naquele momento, o Deputado Nilo Peçanha ironizou, aproveitando a discussão sobre a devolução, que o direito à ilha pelo Brasil fora vitória da diplomacia lusa, no que foi cortado pelo Deputado Bueno de Andrade, que afirmou ser “(...) uma vitória puramente nacional (apoiados)” (ACD, 5 ago. 1895).

O Deputado Medeiros e Albuquerque²³ apresentou uma moção de cunho nacionalista, em que afirmou que não havia motivo para a Mensagem Presidencial, uma vez que

nunca se pusera em dúvida a posse da ilha, tanto que não julgou necessário aludir aos préstimos de Portugal, parecendo-lhe que o caso fora conduzido e solucionado “em terreno perfeitamente calmo”. A moção seria aprovada com 47 votos (cf. ACD, 5 ago. 1896).

Na sessão do dia seguinte, o Deputado Tomás Cavalcante explicou por que votara contra a moção de Medeiros e Albuquerque; alegou que a devolução ocorrera não por bons préstimos de Brasil ou Portugal, mas pelo desinteresse da Grã-Bretanha pela ilha após o falecimento do empreendedor, *Sir John Pender*²⁴, que a tencionara explorar comercialmente, por meio do serviço de cabo submarino para comunicação interoceânica.

Assim, após a notícia da morte, a Grã-Bretanha declarou ao seu Legislativo que a ilha fora entregue a Portugal, que a restituiu ao Brasil. O Deputado porém não revelou a origem dessa informação. Foi contestado pelo Deputado Francisco Glicério, o qual colocou que a mediação portuguesa não diminuía o valor do Brasil, tendo em vista que partiu daquela nação a proposta, apesar do embaraço diplomático decorrente do fato de ter Portugal concedido asilo a revoltosos brasileiros, quando da Revolta da Armada. Na sua visão, com a questão da ilha da Trindade, dissipava-se o arrufo entre Brasil e Portugal, cujas relações entre os povos nunca se haviam interrompido, o que contou com o apoio de outros deputados (cf. 6 ago. 1896).

Poucos dias após a devolução da ilha, o Deputado José Carlos de Carvalho, aos 11 de agosto, apresentou um Projeto de Lei sobre a Trindade e Fernando de Noronha, retirando-as da órbita estadual respectiva, Espírito Santo e Pernambuco, por considerações estratégicas, militares, comerciais e de comunicação (cf. ACD, 11 ago. 1896). O artigo 1º estabelecia: “Pertencem à jurisdição privativa da União os territórios (...) de Fernando de Noronha e Trindade, bem como o das pequenas ilhas que as cercam, constituindo todas uma só circunscrição” (ACD, 11 ago. 1896)²⁵.

No dia 14 do mesmo mês, Corrêa escreveu ao Ministro Carvalho, congratulando-se com o governo da República pela “digna terminação, embora tardia, desse infeliz incidente”. Informou que Salisbury já havia determinado ao Almirantado que removesse com a maior brevidade possível a bandeira britânica. A imprensa britânica, em especial, o *Times*, aprovou a devolução da ilha, solicitando, outrossim, a instalação de um farol nessas “perigosas paragens para a navegação” (AHI, ofício reservado nº 16, Londres, 14 ago. 1896).

Em janeiro de 1897, colocou-se uma haste de bronze com a marca “Brasil” com cerca de três metros, tendo na parte superior a seguinte inscrição: “Este marco foi colocado pelo cruzador *Benjamin Constant* sob o comando do Capitão de Fragata Rodrigues Torres em viagem de instrução da turma G.G. M.M. de 1896 – janeiro de 1897” (cf. PEIXOTO, 1932, p. 215-216, BARROS, 1959, p. 29-30, Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro – RIHGB, 1897, p. 166-167)²⁶.

6. Conclusão

Não houve agradecimentos ao Ministro Carvalho, o que não era comum. A sua exoneração ter ocorrido apenas no fim do caso deveu-se a que a opinião pública não veria com simpatia a saída de um Ministro nacionalista, que lutava pela integridade do território do país.

O nacionalismo do Ministro pôde ser verificado no Relatório Ministerial, de abril de 1896, em que declarou que, se o Brasil quisesse conservar-se digno na comunidade ocidental, devia proceder com energia. Ao comentar o histórico da ilha, lembrou que Salisbury, no dia 3 de julho de 1895, admoestara o governo brasileiro sobre a necessidade de demarcar a fronteira com a Guiana, retomando-se as negociações, conforme o deliberado em 1891, para elaborar uma “linha geral de fronteiras”. Assim, Carvalho relacionou a ligação entre a Guiana e Trindade, visto que “linha geral de frontei-

ra” significava o desejo da Grã-Bretanha de delimitar seus territórios no Atlântico.

Carvalho procedeu de modo que paralisaria as negociações sobre a Guiana e só as desenvolveria baseado não nas deliberações de 1891, porém nas de 1859, quando de um tratado entre os dois países. Carvalho não aceitou o instituto da arbitragem porque era contra a sua postura ideológica (cf. TONELLI, 1995, p. 116-117). O General de Brigada Dionísio Evangelista de Castro Cerqueira substituiu Carvalho e coube em sua gestão a redação do Relatório Ministerial de 1897, que seria conciso ao reconhecer os bons ofícios de Portugal.

O desfecho favorável ao Brasil da ocupação estrangeira da ilha da Trindade ajudou a sustentar a unidade interna, na medida em que um choque ou divergência na ação da política externa podia conduzir a movimentos populares ou a um novo golpe militar. O Brasil não tinha condições de declarar guerra, ainda mais por causa de um território tão pequeno e nunca utilizado. Destarte, a lenta e cansativa negociação diplomática foi o caminho mais racional e souberam isso até mesmo os republicanos jacobinos, que insuflavam seus discursos (cf. TONELLI, 1995, p. 119-120). Para Octávio (1978, p. 101), a questão da Trindade é “(...) talvez o mais brilhante triunfo de nossa diplomacia”. Lyra (1992, p. 145) descreve o conflito como uma tentativa de roubo por parte da Grã-Bretanha, fruto da “(...) tradicional cobiça do Leão britânico (...) sob o falso pretexto de que a ilha estava abandonada”.

Para finalizar, a pressão da opinião pública reverberou no Congresso Nacional, que funcionou como caixa de ressonância ante os desideratos da população. Tal presença forneceu reforços à recusa do Executivo quanto à primeira proposta de resolução do conflito, encaminhada pela Grã-Bretanha, que era a de arbitramento. Essa recusa chegou inclusive a desagradar os norte-americanos, que queriam reforçar a adoção desse princípio para dirimir conflitos lineares no continente americano.

Notas

¹ Francisco de Carvalho Soares Brandão (1839-1899). Político liberal, foi Deputado, Senador, Presidente de Província e Ministro dos Negócios Estrangeiros (1883).

² O início das sessões do ano de 1895 ocorreu em 3 de maio e o encerramento deu-se aos 30 de dezembro, enquanto, para o ano seguinte, a abertura aconteceria em 14 de maio e se encerraria aos 10 de dezembro, estando o Legislativo, no regime republicano, aberto cerca de oito meses, o dobro do período monárquico.

³ Essa ilha localiza-se a cerca de 1150 quilômetros da costa do Espírito Santo. Pouco se aproveita para a agricultura. Desde o século XVI, há registros dela nas navegações portuguesas. A partir de 1700, navios ingleses e franceses também incursionaram por lá, sem, contudo, garantir a posse definitiva para seus países.

⁴ Francisco José Belisário de Sousa (1839-1899). Deputado, Senador e Ministro da Fazenda na Monarquia. A primeira referência pública saiu no jornal *Rio News*, de 16 de julho de 1895.

⁵ Optou-se por transcrever os anais do Congresso de acordo com o estabelecido pela Lei nº 5.765/71.

⁶ Carlos Augusto de Carvalho (1851-1905). Durante o Império, foi Conselheiro e Presidente de Província. Na República, ocupou o Ministério das Relações Exteriores por duas vezes: na gestão de Floriano Peixoto (1893) e na de Prudente de Moraes (95-96).

⁷ Sousa Corrêa fora enviado a Londres para trabalhar a favor do reconhecimento do novo regime. Serviria lá até seu falecimento, em 1900. Diplomata habilidoso, fora amigo pessoal do Marquês de Soveral, futuro Ministro dos Negócios Estrangeiros de Portugal e do Príncipe de Gales, futuro Eduardo VII. Em relação à publicação da notícia, desculpou-se ao afirmar que o *Financial News* era mais conhecido em Londres por assuntos econômicos e não políticos.

⁸ A essa altura, o Ministro Carvalho solicitara a outros ministérios e à Legação de Lisboa documentos que embasassem a posse brasileira da ilha. Ao mesmo tempo, solicitara ao Plenipotenciário Corrêa, em Londres, a confirmação do fato. Sanderson, Secretário-Geral do Ministério das Relações Exteriores britânico, confirmaria a ocupação.

⁹ A ilha fora ocupada em 1700 pelo militar Edmond Halley (1656-1742), que a julgara sem soberania. No entanto, Portugal, quando invocou seus direitos, no final do século XVIII, sobre a ilha, teve-os logo reconhecidos pela Inglaterra. Halley era astrônomo e matemático e tornar-se-ia célebre pela descoberta do cometa que leva seu nome.

¹⁰ Nilo Peçanha (1867-1924). Republicano histórico. Deputado Federal, Senador, Vice-Presidente, Presidente (1909-10), Governador do Rio de Janeiro e Ministro das Relações Exteriores na gestão de Venceslau Brás (1914-18).

¹¹ Bento José Lamenha Lins (1866-?). Deputado por várias legislaturas, foi relator do parecer sobre a Convenção (1913) que alterou a fronteira com o Uruguai.

¹² Joaquim Catunda (1834-1907). Político e historiador, pioneiro republicano, foi inúmeras vezes senador.

¹³ Robert Gascoyne Cecil (1830-1903). Terceiro Marquês de Salisbury. Chefe do Partido Conservador e Primeiro-Ministro de 1885-1892 e 1895-1902. Combateu o nacionalismo irlandês e teve forte influência na política colonial britânica. “Graças à situação de sua família e de sua fortuna, teve seu início na vida política facilitado (...) A firmeza de seus artigos e discursos, a calma e o valor cívico converteram-no em líder dos conservadores. Se na política interior apenas abrigava opiniões originais, na exterior, era capaz de tomar iniciativas vigorosas, às vezes audazes, e possuía habilidade e agudeza natas. Talvez não tenha sido um grande primeiro-ministro, mas um grande ministro do Exterior” (RENOUVIN, 1964, p. 454-455).

¹⁴ Às instruções enviadas a Phipps Corrêa tivera acesso “confidencialmente”, o que demonstrara por parte de Salisbury que a Grã-Bretanha desejava, amigavelmente, resolver a pendência. No ofício, recapitulou-se a questão da necessidade da linha telegráfica entre São Vicente e o rio da Prata, cuja necessidade para a Grã-Bretanha devia-se à inconveniência do controle do Brasil sobre as comunicações internacionais. Citou-se, como exemplo, a Revolta da Armada, de alguns anos antes, em que foram suspensos os serviços telegráficos. Desse motivo decorreu a ocupação, que não possuía, para os britânicos, propósito militar, mas telegráfico.

¹⁵ Quintino Ferreira de Sousa Bocaiúva (1836-1912). Político e jornalista. Republicano histórico, seria, após a implantação da República, Ministro das Relações Exteriores, da Agricultura. Representaria o Rio de Janeiro no Senado várias vezes.

¹⁶ Referiu-se a *Sir John Pender*, Presidente da *Brazilian Submarine Telegraph Company*. Pender era considerado a maior autoridade no ramo de telégrafos submarinos, tendo sido, no passado, o responsável pelas linhas britânicas na Índia e Austrália.

¹⁷ Salvador de Meneses Drummond Furtado de Mendonça (1841-1913). Político, diplomata e escritor. Republicano histórico, coube-lhe o encargo de trabalhar junto ao governo norte-americano para o reconhecimento da mudança de regime. Membro fundador da Academia Brasileira de Letras.

¹⁸ Francisco de Paula Rodrigues Alves (1848-1919). Foi Deputado Provincial, Deputado Geral,

Presidente de Província, Ministro da Fazenda e Senador. Seria eleito duas vezes para a Presidência da República (1902-1906 e 1918, mas não teria condições de saúde para exercer este mandato, vindo logo a falecer).

¹⁹ Portugal ofereceria oficialmente seus bons ofícios no dia 1º de maio do ano seguinte. A Grã-Bretanha aceitaria no dia 10, ao passo que o Brasil, no dia 20 de maio.

²⁰ Alberto de Seixas Martins Torres (1865-1917). Político e jurista. Deputado Federal, Ministro do Interior, Governador do Rio de Janeiro e Ministro do Supremo Tribunal Federal.

²¹ A Grã-Bretanha comunicaria o seu reconhecimento da nota portuguesa ao governo brasileiro no dia 3 de agosto.

²² Luís Maria Pinto de Soveral (1853-1920). Visconde e Marquês de Soveral. Diplomata português. Plenipotenciário na Grã-Bretanha por vários anos. Seria Ministro dos Negócios Estrangeiros de 1895 a 1897.

²³ José Joaquim de Campos da Costa de Medeiros e Albuquerque (1867-1934). Escritor e político. Autor da letra do *Hino à Proclamação da República* e membro fundador da Academia Brasileira de Letras.

²⁴ Pender falecera no dia 8 de julho daquele ano. No entanto, a Grã-Bretanha já se desinteressara pela Trindade antes desse fato.

²⁵ Não se conseguiu localizar o destino do Projeto, no entanto, apenas, a partir de 29 de maio de 1957, passou a ilha a estar sob guarda e administração do Ministério da Marinha.

²⁶ No mesmo termo justificativo de posse, Torres comentou a dificuldade de desembarque, porque continuamente as ondas arrebentavam com violência nos recifes e o navio podia virar, pelo que apenas em 1910 colocar-se-ia o marco-padrão.

Bibliografia

A RESTITUIÇÃO da ilha da Trindade ao Brasil. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, Rio de Janeiro, t. 60, 1897.

ALENCAR, Ana Valdez de; RANGEL, Leyla. *Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações*. Brasília: Senado Federal, 1986.

BARROS, João Alberto. *Relatório prévio sobre a expedição João Alberto à ilha da Trindade*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1959.

- BRASIL. Congresso. *Anais da Câmara dos Deputados*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1895-1896.
- _____. *Anais do Senado Federal (ASF)*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1895-1896.
- BUENO, Clodoaldo. *A República e sua política exterior (1889-1902)*. São Paulo: UNESP; Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1995.
- CARDOSO, Fernando Henrique. Dos governos militares a Prudente – Campos Sales. In: FAUSTO, Bóris (Org.). *Brasil republicano: estrutura de poder e economia (1889-1930)*. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. t. 3, v. 2.
- CERVO, Amado. *O Parlamento brasileiro e as relações exteriores (1826-1889)*. Brasília: UnB, 1981.
- CHACON, Vamireh. *História dos partidos brasileiros*. 2. ed. Brasília: UnB, 1985.
- FRANCO, Afonso Arinos Melo. *História e teoria dos partidos políticos no Brasil*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1980.
- LYRA, Heitor. *A diplomacia brasileira na Primeira República (1889-1930)*. Rio de Janeiro: Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, 1992.
- OCTÁVIO, Rodrigo. *Minhas memórias dos outros*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira; Brasília: Instituto Nacional do Livro, 1978.
- PEIXOTO, Eduardo. *Publicações do arquivo nacional*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1932. v. 28.
- RENOUVIN, Pierre. *Historia de las relaciones internacionales*. Madri: Aguilar, 1964.
- RIO DE JANEIRO, Correspondência diplomática do Arquivo Histórico do Itamaraty (AHI), 1895-1896: Lisboa: 214, 3, 7 e 251, 4, 2 e 3; Londres: 217, 2, 5 e 6 e 254, 3, 11 e 12; Washington: 233, 4, 11.
- RODRIGUES, José Honório. *Interesse nacional e política externa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966.
- SOUZA, Maria do Carmo de. O processo político-partidário na Primeira República. In: MOTA, Carlos Guilherme (Org.). *Brasil em perspectiva*. 17. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988.
- TONELLI, Nicélio. A dimensão da ocupação britânica da ilha brasileira de Trindade (1895-1896). *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, n. 2, 1995.

Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios

Luís Roberto Barroso

Sumário

1. Nota prévia: saneamento básico e Federação. 2. O sistema das águas na Constituição. 2.1. Propriedade das águas na Constituição Federal de 1988. 2.2. Utilização múltipla da água: tratamento constitucional das competências. a) Administração dos recursos hídricos; b) Outorga do uso das águas; c) Proteção ambiental e controle da poluição; d) Saneamento básico. 3. Saneamento básico na Constituição de 1988. 3.1. Competência para a prestação do serviço de saneamento básico. a) Competência comum: cooperação entre os entes (art. 23, IX); b) Municípios: interesse local (art. 30, V); c) Estados: interesse comum; região metropolitana (art. 25, § 3º); d) União: planejamento e participação na execução (art. 200, IV). 3.2. Conflito de competências potencial entre Estado e Municípios: interesse local *versus* interesse comum. Definição dos limites de cada competência. 4. Conclusão.

1. Nota prévia: saneamento básico e Federação

O *saneamento básico* é um dos mais importantes aspectos da saúde pública mundial. Estima-se que 80% das doenças e mais de 1/3 da taxa de mortalidade em todo o mundo decorram da má qualidade da água utilizada pela população ou da falta de esgotamento sanitário adequado (ALLAIS apud ANTUNES, 1996, p. 259). São patologias como hepatite A, dengue, cólera, diarreia, leptospirose, febre tifóide e paratifóide, esquistossomose, infecções intestinais, entre outras, que afetam particularmente cri-

Luís Roberto Barroso é Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro. *Master of Laws*, Yale Law School.

anças de até 5 (cinco) anos (FRANCEYS, 1994, p. 9-10). São conhecidas no meio médico, cruelmente, como “doenças de pobre” ou “doenças do subdesenvolvimento” (SÁ, 1996, p. 123).

No Brasil, embora as informações estatísticas sejam precárias, estima-se que, em média, apenas 52,8% da população sejam atendidos por rede coletora de esgoto e que 76,1% dos domicílios sejam abastecidos pela rede geral de distribuição de água. Ou seja: quase 24% da população não têm acesso à água tratada. E isso tudo sem considerar as áreas rurais da região norte (IBGE, 2000, on-line).

Desde meados da década de 80 que a Organização Mundial de Saúde – OMS considera o saneamento como a medida prioritária em termos de saúde pública (FRANCEYS, 1994, p. 4), até porque, de acordo com essa instituição, US\$ 1 investido em saneamento representará uma economia de US\$ 5 em gastos com prestações de saúde curativa. Nessa mesma linha, no Brasil, as informações do SUS dão conta de que, no ano de 1997, 60% das internações de crianças menores de 5 anos, ao custo de R\$ 400 milhões, foram causadas por problemas decorrentes de doenças respiratórias, infecciosas e parasitárias, que poderiam ter sido substancialmente reduzidas por meio de medidas de saneamento básico (Água on-line, 2000).

Por saneamento entende-se um conjunto de ações integradas que envolvem as diferentes fases do ciclo da água e compreende: a captação ou derivação da água, seu tratamento, adução e distribuição, concluindo com o esgotamento sanitário e a efluência industrial. O atraso no desenvolvimento de políticas públicas de saneamento tem como um de seus principais fatores o longo adiamento da discussão aqui empreendida. O estudo ora desenvolvido procura delimitar a competência da União, dos Estados e dos Municípios na matéria, sobretudo visando-se à definição da entidade federativa competente para a prestação dessa espécie de serviço, conforme o caso.

2. O sistema das águas na Constituição

Antes de examinar o tratamento constitucional da matéria, convém fazer uma breve nota sobre os critérios de distribuição de competência adotados pelo constituinte de 1988. Como se sabe, o *Estado Federal* fundase na descentralização política, com a existência, no caso brasileiro, de três níveis de poder: o da União, o dos Estados-membros e o dos Municípios. Elementos básicos da idéia de Federação – que é um princípio fundamental do Estado brasileiro – são a *autonomia* dos entes federados e a *repartição constitucional de competências*. O primeiro se traduz na capacidade de auto-organização, autogoverno e auto-administração e o segundo consiste na divisão vertical e espacial de poderes.

Tradicionalmente no direito constitucional brasileiro, as competências eram distribuídas com certa rigidez, mediante critérios que definiam o âmbito de atuação exclusiva de cada entidade estatal. Assim, a União tinha suas competências enumeradas, os Municípios detinham as competências afetadas ao interesse local e os Estados titularizavam os poderes remanescentes.

A Constituição de 1988 manteve, substancialmente, os critérios acima na atribuição de competências exclusivas à União, Estados e Municípios, mas, inspirada na experiência alemã, instituiu, igualmente, um conjunto de competências comuns ou concorrentes, compartilhadas pelas entidades estatais. Do ponto de vista material, as competências públicas, de acordo com critério doutrinário tradicional, dividem-se em político-administrativas, legislativas e tributárias.

Em síntese dos aspectos do federalismo brasileiro relevantes para a hipótese, é possível assentar: União, Estados e Municípios titularizam competências político-administrativas, legislativas e tributárias, que podem ser exercidas em comum ou com exclusividade. As competências tributárias – que não são relevantes para a questão a seguir discutida – são, de regra, exclusivas. Já as

competências político-administrativas podem ser comuns (cf, art. 23) e as legislativas podem ser concorrentes (cf, art. 24).

Feita a digressão e retornando ao tema, do ponto de vista operacional, o saneamento está inserido logicamente na disciplina mais geral do sistema das águas, competindo à União, na dicção do art. 22, IV, da Constituição Federal, legislar sobre o que o dispositivo define singelamente como *águas*¹. É natural que o saneamento sofra repercussão direta do tratamento jurídico da água, na medida em que esta é seu elemento material primário. Desse modo, ainda que brevemente, é importante fazer um registro acerca do sistema constitucional das águas na Constituição de 1988.

2.1. Propriedade das águas na Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988 distribuiu o domínio das águas entre a União e os Estados-membros, deixando de fora da partilha original os Municípios (SILVA, 1995, p. 85-86 e MOREIRA NETO, 1992, p. 259-260). Isso é o que dispõem os artigos 20, III e VI, e 26, I, *in verbis*:

“Art. 20. São bens da União:

(...)

III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

(...)

VI – o mar territorial;”

“Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União”.

A Constituição, entretanto, distinguiu a propriedade da água em si da dos potenciais

de energia hidráulica, sendo esta última sempre atribuída à União, nos termos do art. 176 da Carta². Garante-se, nada obstante, aos Estados e Municípios, em cujo território estiverem tais potenciais, participação no resultado (*royalties*) ou compensação financeira por sua exploração (art. 20, § 1º)³.

A determinação do titular do domínio da água é fundamental para o estudo do saneamento básico, pois quem quer que seja o ente competente para prestar o serviço, em cada caso, deverá obter uma outorga do proprietário da água, a não ser, por evidente, que já seja o proprietário. A esse ponto se voltará adiante.

2.2. Utilização múltipla da água: tratamento constitucional das competências

A distribuição constitucional de competências para as diversas formas de utilização da água é relativamente complexa e se serve, cumulativamente, dos critérios referidos no capítulo inicial: há, na matéria, competências exclusivas e não-exclusivas, bem como competências político-administrativas e legislativas. Confirma-se a análise sistemática que se segue.

A água, tendo em vista suas múltiplas utilizações no mundo moderno, mereceu numerosas referências constitucionais, diretas ou indiretas. Basta lembrar que, além de funcionar como o elemento primário do saneamento, ela é indispensável para o consumo por homens e animais e elemento vital como insumo industrial ou agrícola (*e.g.*: resfriamento de caldeiras e irrigação) ou ainda como matéria prima de outros bens (*e.g.*: produção de metano). Constitui meio de transporte limpo, barato e eficiente⁴ e pode apresentar-se como importante fonte de energia, como já assinalado. Ademais, sua preservação e conservação são hoje, compreensivelmente, alguns dos temas mais debatidos no mundo⁵.

A Constituição, como já antecipado, distribuiu entre os entes federativos competências legislativas e político-administrativas relativamente às várias atividades nas

quais a água está envolvida. Entre elas, destacadamente, o saneamento. Deve-se assinalar nesse passo, porque muito relevante, que as diferentes utilizações da água não podem nem devem ser tratadas isoladamente. Elas formam, como visto, um *sistema*, o que pressupõe harmonia e articulação entre as partes.

Nessa linha de idéias, para chegar-se, de forma ordenada e coerente, à questão específica da competência para a prestação do serviço de saneamento – espécie de competência político-administrativa –, impõe-se, previamente, o exame do tratamento constitucional de três atividades diretamente relacionadas com o saneamento: (i) a administração dos recursos hídricos; (ii) a outorga do uso da água; e (iii) a proteção ambiental e controle da poluição.

a) Administração dos recursos hídricos

A Constituição confere à União a competência político-administrativa para “instaurar sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos (...)”, na dicção do art. 21, XIX. Cabe-lhe, também, como já se fez referência, legislar genericamente sobre águas (art. 22, IV). Desse modo, o constituinte concentrou na União as decisões fundamentais a respeito da utilização da água no país, sob suas variadas formas, bem como os critérios para acesso aos recursos hídricos e as prioridades no seu uso. Cabe aos Estados e Municípios apenas, na forma do art. 23, XI, da Constituição Federal, “registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios”.

Para o fim de regulamentar o art. 21, XIX, da Constituição, foi editada a Lei nº 9.433, de 8.1.97, que criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos⁶. Além de organizar uma complexa estrutura administrativa para implementar e fiscalizar o cumprimento da política nacional de recursos hídricos, a nova lei consolidou alguns entendimentos e inovou em relação a outros⁷.

Em primeiro lugar, a Lei nº 9.433, de 8.1.97, definiu a água como um bem de domínio público (arts. 1º, I), cuja utilização prioritária, em situações de escassez, há de ser o consumo humano e a dessedentação de animais (arts. 1º, III, e 13). Além disso, seu uso depende de outorga do poder público federal ou estadual (art. 14) – conforme se tratem, naturalmente, de águas federais ou estaduais –, incluindo-se na expressão “uso” a captação ou derivação para abastecimento público e o lançamento em corpo de água de esgotos, tratados ou não (art. 12, I e III). Assim, a prestação do serviço de saneamento, além de atingir seus próprios objetivos típicos, haverá de submeter-se também à política nacional de recursos hídricos e às suas metas, na gestão global das águas nacionais.

b) Outorga do uso das águas

Conforme referido acima, nos termos da Lei nº 9.433, de 8.1.97, a utilização da água, inclusive para fins de saneamento, depende de outorga por parte da União ou do Estado sob cuja titularidade se encontre. Com efeito, compete à União, como registrado acima, e nos termos do art. 21, XIX, “definir critérios de outorga de direitos de seu uso [da água]”.

Esses critérios vieram estabelecidos na Lei nº 9.433, de 8.1.97, que, em linhas gerais, cuidou de afirmar que o regime de outorga de uso dos recursos hídricos (i) “tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água” (art. 11), (ii) deverá priorizar o consumo humano e a dessedentação de animais (arts. 1º, III, e 13) e (iii) deverá proporcionar o uso múltiplo da água (arts. 1º, IV, e 13, parágrafo único).

Nada obstante isso, a União e os Estados não podem dispor arbitrariamente da autoridade de conceder ou negar outorgas. Somente será legítima a recusa quando houver um fundamento relevante e de interesse público, como, por exemplo, a ameaça de dano para o sistema hídrico em geral. Veja-se que

o acesso à água não depende de qualquer tipo de licitação para sua outorga. Pois bem: à vista de tais premissas, é certo que a União e os Estados deverão conceder as outorgas solicitadas, salvo situações excepcionais, quando se tratar de um serviço público atribuído pela Carta a outro ente federativo, para cuja prestação a utilização da água seja indispensável, como é o caso do saneamento⁸.

c) Proteção ambiental e controle da poluição

A falta de esgotamento sanitário adequado, etapa final do saneamento, é uma das principais causas de contaminação do solo e das fontes de água, de modo que a proteção ambiental e o controle da poluição são temas intimamente relacionados ao saneamento (FRANCEYS, 1994, p. 4).

A Constituição, entretanto, distribuiu diferentemente a competência legislativa e a competência político-administrativa na matéria. Com efeito, de acordo com o art. 24, VI, da Carta, compete à União e aos Estados, concorrentemente, *legislar* sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição, ao passo que é competência comum dos três níveis federativos “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”, como dispõe o art. 23, VI (FREITAS, 1998, p. 361-).

d) Saneamento básico

Por fim, é preciso registrar, antes de ingressar no debate sobre a competência político-administrativa para a prestação do serviço de saneamento, que do ponto de vista legislativo compete à União, por meio de lei ordinária⁹, dispor a respeito das diretrizes na matéria. Essa é a dicção do art. 21, XX:

“Art. 21. Compete à União:

(...)

XX – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”.

A União, portanto, poderá fixar parâmetros nacionais no que diz respeito à prestação do serviço de saneamento, como, *e.g.*, de qualidade ou técnicos, de modo inclusive a

inserir o saneamento na política nacional de gerenciamento dos recursos hídricos. Não custa lembrar que “instituir diretrizes” não autoriza a União a exaurir o tema, de modo a esvaziar a autonomia dos entes federativos competentes para prestar o serviço.

Em síntese: é possível assentar que a Constituição de 1988 concentrou na União a maioria absoluta das *competências legislativas* em matéria de águas: desde a referência genérica a águas que consta do art. 22, IV, passando pela criação do sistema de gerenciamento de recursos hídricos (art. 21, XIX), a definição de critérios para a outorga de uso da água (art. 21, XIX), a proteção ambiental e o controle de poluição (art. 24, I) e as diretrizes para o saneamento básico (art. 21, XX).

Aos Estados compete tratar concorrentemente da proteção ambiental e controle de poluição, na forma como dispõem os parágrafos do art. 24¹⁰. Os Municípios não mereceram qualquer menção específica nessa distribuição, salvo que remanesce, em todo tempo, sua competência geral para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, como lhe autoriza o art. 30, II, da Carta de 1988.

Quanto à atuação político-administrativa, continua sendo competência da União exercer a administração global dos recursos hídricos nacionais. À União e aos Estados compete a concessão da outorga para o uso da água, e todos os entes – União, Estados e Municípios – têm o poder-dever de proteger o meio ambiente e controlar a poluição. Resta tratar da competência para a prestação do serviço de saneamento.

Antes de passar adiante, é interessante observar que, caso a Constituição Federal não fizesse referência expressa ao saneamento no momento da repartição de competências entre os entes, tal serviço seria certamente incluído sob duas epígrafes, ou sob uma das duas: saúde pública – especialmente por força da fase de captação, tratamento e distribuição de água para consumo – e controle da poluição e preservação do meio ambiente – focando-se a etapa final do

esgotamento sanitário, embora essa atividade também esteja diretamente relacionada com a saúde básica.

Interessantemente, de acordo com a Carta de 1988, os três níveis federativos têm competência político-administrativa nos dois temas – saúde pública e controle da poluição e preservação do meio ambiente (art. 23) –, estando igualmente comprometidos, por imposição constitucional, com o oferecimento desses bens à população. A verdade, entretanto, é que a Constituição pinça o saneamento básico do conjunto maior em que estaria inserido para dar-lhe tratamento particular, de modo que o recurso ao gênero é desnecessário, mas o registro é útil e será retomado adiante. A discussão específica envolvendo a competência político-administrativa para a prestação do serviço de saneamento será o tema do tópico que se segue.

3. Saneamento básico na Constituição de 1988

3.1. Competência para a prestação do serviço de saneamento básico

A titularidade para a prestação do serviço de saneamento no Brasil é produto de uma sofisticada conjugação de técnicas de repartição de competências no Estado federal. Afora as menções já feitas à competência para cuidar da saúde pública e para o controle da poluição e preservação do meio ambiente, uma pesquisa no texto constitucional de 1988 indica quatro dispositivos que se relacionam com o tema da competência político-administrativa em matéria de saneamento. São eles os artigos 23, IX, 30, V, 25, § 3º, e 200, IV¹¹. Examine-se o sentido de cada um deles.

a) Competência comum: cooperação entre os entes (art. 23, IX)

O art. 23 da Carta em vigor enuncia as competências comuns da União, Estados e Municípios, entre as quais se encontra a promoção da melhoria das condições de saneamento básico¹². Confira-se a literalidade do dispositivo:

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

A norma não se refere à titularidade do serviço, mas à possibilidade de uma ação de quaisquer dos entes estatais visando ao melhor resultado na matéria. A finalidade constitucional é a cooperação produtiva entre eles, e não, evidentemente, uma superposição inútil e dispendiosa¹³. Com efeito, o parágrafo único do mesmo art. 23 prevê que “Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”. A lei complementar geral em questão não foi editada até o momento¹⁴.

Em suma: a exemplo do que estabelecera em relação à saúde (art. 23, II) e à proteção do meio ambiente e combate à poluição (art. 23, VI), o constituinte previu a possibilidade de ação conjunta em tema de saneamento básico. Ao lado dessa atuação comum, cuidou de instituir regras de atribuição exclusiva de competência a cada ente, à vista de sua titularidade do serviço.

b) Municípios: interesse local (art. 30, V)

O segundo comando constitucional relacionado com a prestação do serviço de saneamento, ainda que indiretamente, é o art. 30, V, que prevê a cláusula genérica pela qual compete ao Município prestar quaisquer serviços de interesse local. Esta a dicção do artigo:

“Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”.

A norma procura realizar o denominado *princípio da subsidiariedade*, pelo qual todos os serviços de interesse tipicamente local, isto é, que possam ser prestados adequadamente pelo Município e se relacionem com a sua realidade de forma específica, estejam no âmbito de competência desse nível federativo. Resta, todavia, definir o que é *interesse local*.

A rigor, praticamente todo e qualquer serviço apresentará, em última instância, umas doses de interesse local, ao passo que dificilmente algum serviço local será indiferente aos interesses regionais e mesmo nacionais. Basta imaginar, *e.g.*, o serviço de telefonia, de produção de energia elétrica e de distribuição de gás canalizado, os dois primeiros conferidos à União (art. 21, XI e XII, *b*) e o último, aos Estados (art. 25, § 2º). Todos esses serviços repercutem sobre os Municípios e seus habitantes que, por óbvio, desenvolvem os mais diversos *interesses* (utilizando-se a expressão aqui em sentido não-técnico) acerca deles. Nada obstante isso, a própria Carta expressamente declinou que tais serviços nunca poderão ser prestados pelos Municípios, já que atribuídos a outros entes federativos de forma expressa.

Não há como negar que uma certa superposição de interesses é natural no Estado federal, não fosse pelo fato de os vários níveis de poder ocuparem o mesmo território, pela circunstância de a população de cada Município ser também de um Estado e estar igualmente ligada ao ente central. A proposta da doutrina para superar essa dificuldade é o critério da *predominância* do interesse. Essa a lição clássica de Hely Lopes Meirelles, seguida por praticamente todos os autores, *in verbis*:

“O critério do interesse local é sempre relativo ao das demais entidades estatais. Se sobre determinada matéria predomina o interesse do Município em relação ao do Estado-membro e ao da União, tal matéria é da competência do Município. (...) A aferição, portanto, da competência municipal

sobre serviços públicos locais há de ser feita em cada caso concreto, tomando-se como elemento aferidor o critério da *predominância do interesse*, e não o da *exclusividade*, em face das circunstâncias de lugar, natureza e finalidades do serviço” (grifos no original) ¹⁵.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto cuidou de dar um conteúdo mais preciso à idéia de *predominância*, catalogando também os diversos elementos apontados pelos autores como próprios para a identificação do interesse local dos municípios. Estas as suas conclusões:

“Com essas achegas doutrinárias já se pode tabular alguns elementos que podem identificar o interesse local dos municípios:

1. predominância do local (Sampaio Dória)
2. interno às cidades e vilas (Black)
3. que se pode isolar (Bonnard)
4. territorialmente limitado ao município (Borsi)
5. sem repercussão externa ao município (Mouskheli)
6. próprio das relações de vizinhança (Jellinek)
7. simultaneamente oposto a regional e nacional (legal)
8. dinâmico (Dallari)”(1999, p. 66-67).

A noção de *predominância* de um interesse sobre os demais implica a idéia de um conceito dinâmico¹⁶. Isto é: determinada atividade considerada hoje de interesse predominantemente local, com a passagem do tempo e a evolução dos fenômenos sociais, poderá perder tal natureza, passando para a esfera de predominância regional e até mesmo federal. Uma série de fatores pode causar essa alteração: desde a formação de novos conglomerados urbanos, que acabam fundindo municípios limítrofes, até a necessidade técnica de uma ação integrada de vários municípios, para a realização do melhor interesse público. Também não é impossível imaginar o processo inverso, di-

ante de uma substancial alteração da forma de ocupação populacional no território¹⁷.

Assim, todo o serviço público que não esteja expressamente afetado a outro ente federativo e que possa ser caracterizado como de predominante interesse local, relativamente ao interesse dos Estados e da União, será da competência dos Municípios. A regra vale, naturalmente, para os serviços afetos ao saneamento básico.

c) Estados: interesse comum; região metropolitana (art. 25, § 3^o)

O terceiro dispositivo constitucional pertinente para o debate que ora se trava é o art. 25, § 3^o, da Carta de 1988, transcrito a seguir:

“Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

(...)

§ 3^o Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”.

A norma estabelece um contraponto lógico bastante claro em relação à idéia exposta no item anterior. Se há serviços que, em determinadas circunstâncias, configuram predominante interesse local, devendo ser prestados pelos Municípios, existem também outros, ou outras circunstâncias, que se relacionam com o interesse comum de um conjunto de Municípios, de uma região mais ampla do que um Município isolado, os quais estão afetados aos Estados.

Mais que isso, os conceitos jurídicos de *região metropolitana, aglomerações urbanas, microrregiões*, de um lado, e *serviços de interesse comum* de competência dos Estados, de outro, são um reflexo no mundo do direito de um fenômeno amplamente conhecido: a formação dos grandes conglomerados urbanos, especialmente a partir da década de 30¹⁸. É suficiente lembrar que, no Brasil, em

1960, apenas 44,7% da população vivia em cidades, ao passo que, em 1996, a taxa de urbanização do país atingiu 78,4%¹⁹.

A repercussão dessa realidade social sobre a organização dos serviços públicos a serem prestados pelo Estado teve significativas conseqüências. O fenômeno é descrito com precisão por Eros Roberto Grau, *in verbis*:

“O intenso crescimento urbano determina como fato característico do século XX o aparecimento dos centros metropolitanos.

Tal processo de crescimento se manifesta de tal modo que em torno de determinados núcleos urbanos outros se vão agregando, integrando-se a ponto de comporem nova realidade urbana. Assim, as várias unidades integradas formam um aglomerado único, tecido de relações e interações mútuas que transformam todo o conjunto em um sistema sócio-econômico relativamente autônomo, abrangente de todas elas.

(...)

Ao mesmo tempo, começa a surgir uma grande expansão da demanda de serviços públicos, de sorte que as autoridades administrativas na área já não podem mais, isoladamente, dar solução satisfatória às necessidades coletivas sem o concurso da ação unificada e coordenada de todos os escalões governamentais”²⁰ (grifo acrescentado).

Percebeu-se, com relativa facilidade, que os Municípios isoladamente não eram capazes de prestar os serviços demandados por essa enorme quantidade de pessoas que passou a viver nos grandes centros ou ao seu redor, sem qualquer preocupação específica com os limites municipais. O fato é que atender às necessidades desse contingente populacional tornou-se caro, complexo e muitas vezes tecnicamente inviável para cada Município sozinho. A solução foi adotar a prestação integrada pela autoridade regional, no caso os Estados, de modo que o

interesse público – aí entendido o interesse primário, isto é, da população, e não o interesse fazendário de cada ente estatal²¹ – fosse mais bem atendido. Em suma: esses serviços deixaram de ser de interesse predominantemente local para transformarem-se em serviços de interesse regional ou estadual. Esta a conclusão, que vale transcrever, de Hely Lopes Meirelles:

“A Região Metropolitana, como área de serviços unificados, é conhecida e adotada em vários países para solução de problemas urbanos e interurbanos das grandes cidades, como Paris, Los Angeles, São Francisco, Toronto, Londres e Nova Delhi. Resume-se na delimitação da zona de influência da *metrópole* e na atribuição de serviços de âmbito metropolitano a uma Administração única, que planeje integralmente a área, coordene e promova as obras e atividades de interesse comum da região, estabelecendo as convenientes prioridades e normas para o pleno atendimento das necessidades das populações interessadas.

É notório que a complexidade e o alto custo das obras e serviços de caráter intermunicipal ou metropolitano já não permitem que as Prefeituras os realizem isoladamente, mesmo porque o seu interesse não é apenas local, mas regional, afetando a vida e a administração de todo o Estado e, não raro, da própria União. Daí por que a Constituição condicionou o estabelecimento destas Regiões a lei complementar estadual (...)” (1998, p. 78-79).

Pode-se concluir, assim, que a competência estadual para os serviços de interesse comum, particularmente no âmbito das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, decorre de uma imposição do interesse público, no que diz respeito à eficiência e qualidade do serviço prestado e, muitas vezes, até mesmo à sua própria possibilidade²².

Tanto é assim que o entendimento da doutrina é o de que a associação à região metropolitana é compulsória para os Municípios. Ou seja: editada a lei instituidora da região metropolitana – atualmente, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição, uma lei complementar estadual –, não podem os Municípios se insurgir contra ela. E isso porque o elemento local, particular, não pode prejudicar o interesse comum, geral; se a associação não fosse compulsória, faleceria a utilidade da instituição da região metropolitana para o atendimento do interesse público regional de forma mais eficiente. Toda a população da região seria prejudicada pela ação ilegítima da autoridade local, mesmo porque, a essa altura, os serviços em questão não podem mais ser considerados como de predominante interesse local. Essa é a opinião, entre muitos outros²³, de Alaôr Caffé Alves²⁴, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1999, p. 70) e Sérgio Ferraz (1972, p. 22).

Vale ainda fazer uma observação final neste tópico. É que a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões por uma lei complementar estadual, com a conseqüente assunção, pelo Estado, das competências para os serviços comuns, não representa restrição indevida da autonomia municipal. Como se sabe, a autonomia dos entes em um Estado federal não pré-existe, mas é exatamente definida pelo texto constitucional. Ora, o mesmo texto que confere aos Municípios competência para os serviços de interesse local é o que dispõe acerca das regiões metropolitanas, do interesse comum e do papel dos Estados nesse particular. O ponto é observado, com precisão, por Caio Tácito, *in verbis*:

“A lei complementar estadual, instituidora da região metropolitana, afirma a íntima correlação de interesses que, em benefício do princípio da continuidade, da produtividade e da eficiência, torna unitária e coordenada, em entidade própria, segundo a lei complementar, a gestão de serviços e

atividades originariamente adstritos à administração local.

A avocação estadual de matéria ordinariamente municipal não viola a autonomia do Município na medida em que se fundamenta em norma constitucional, ou seja, em norma de igual hierarquia. É a própria Constituição que, ao mesmo tempo, afirma e limita a autonomia municipal”(1998, p. 324).

Desse modo, e para os fins que aqui importam, a conclusão é que se, em determinada circunstância, o saneamento básico for considerado um serviço de interesse comum ou regional, e não local, ele deverá ser prestado pelos Estados, e não pelos Municípios.

d) União: planejamento e participação na execução (art. 200, IV)

Não há norma específica que atribua à União competência para a prestação do serviço de saneamento básico, afora a competência concorrente para promover a melhoria de suas condições, prevista no art. 23, IX. A única menção especial que pode ser aplicada à União é o disposto no art. 200, IV, *in verbis*:

“Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

(...)

IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico”.

Assim, além de deter uma competência comum para as ações nessa área, a União deve participar, em conjunto com os demais entes, do planejamento das ações de saneamento e de sua execução, o que se poderá dar direta ou indiretamente, sob a forma de custeio e investimentos financeiros, auxílio técnico etc.

3.2. Conflito de competências potencial entre Estado e Municípios: interesse local versus interesse comum. Definição dos limites de cada competência

Como desenvolvido acima, o constituinte brasileiro optou pelo emprego de cláusulas

genéricas – interesse *local, comum, regional* – na repartição de competências em determinadas áreas de atuação dos entes estatais. Tal circunstância, como intuitivo, dá margem a conflitos potenciais entre Estados e Municípios e transfere para o intérprete a responsabilidade de definir, em relação a determinado serviço – no caso o saneamento básico – e em determinada região, qual o ente estatal competente. É possível considerar, aqui, três fórmulas diversas.

A primeira possibilidade é o exame casuístico²⁵ das circunstâncias de cada serviço, em cada lugar, tendo em vista os critérios doutrinários que dão conteúdo às cláusulas do *interesse local* e do *interesse comum*. Diogo de Figueiredo Moreira Neto apresenta de forma resumida e ordenada esses parâmetros, que se reproduzem ainda uma vez, nos seguintes termos:

“Com essas achegas doutrinárias já se pode tabular alguns elementos que podem identificar o interesse local dos municípios:

1. predominância do local (Sampaio Dória)
 2. interno às cidades e vilas (Black)
 3. que se pode isolar (Bonnard)
 4. territorialmente limitado ao município (Borsi)
 5. sem repercussão externa ao município (Mouskheli)
 6. próprio das relações de vizinhança (Jellinek)
 7. simultaneamente oposto a regional e nacional (legal)
 8. dinâmico (Dallari)
- (...)

Com efeito, se se aplicar a tabulação acima organizada, encontraremos como elementos característicos do interesse comum estadual:

1. que apresenta predominância do regional
2. que se externaliza às cidades e às vilas
3. que não está isolado

4. que não está territorialmente limitado ao município

5. que tem repercussão externa ao município

6. que transcende as relações de vizinhança

7. que é simultaneamente oposto a local e nacional

8. que está estabilizado por uma definição legal específica”(1999, p. 66-67).

É preciso fazer menção, por muito importante, que boa parte da doutrina, com razão, aplicando os critérios referidos acima à realidade das regiões metropolitanas, microrregiões ou aglomerações urbanas brasileiras, entende que o saneamento básico é um serviço comum, de titularidade do Estado. Com efeito, em grandes conglomerados urbanos, como a chamada *Grande São Paulo*, ou o *Grande Rio*, parece difícil que se possa isolar a prestação do serviço de saneamento em relação a cada Município ou, ainda que isso fosse possível, que os Municípios, isoladamente, tivessem condições de prestá-lo em todas as suas fases, de forma eficiente, e com a melhor relação qualidade e custo para o consumidor. Essa é a opinião, respectivamente, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Eros Roberto Grau e Alaôr Caffé, entre outros²⁶.

“A experiência revela a impossibilidade da solução de certos problemas no âmbito restrito e exclusivo do município. Na verdade, alguns problemas, dos mais graves que afligem a população, não podem ser resolvidos por um município isolado, já que extravasam os seus limites. É o que ocorre, por exemplo com relação ao abastecimento de água, ao tratamento de esgotos, e mesmo ao combate à poluição, nas cidades”(FERREIRA FILHO, 1986, p. 671-672).

“As necessidades metropolitanas decorrem do fenômeno da concentração urbana e exigem soluções que só podem ser equacionadas a nível glo-

bal. Tamanha é a sua magnitude, conexão e interdependência (...) Assim, para que se possa proporcionar à comunidade metropolitana, como um todo, qualidade de vida urbana compatível com as suas expectativas (...) impõe-se conexão intensa e orgânica entre os vários níveis de poder político-administrativo (...) Nestes núcleos urbanos de grande concentração demográfica, a demanda de serviços públicos e as necessidades de infraestrutura são de tal grandiosidade que caracterizam atitudes governamentais tipicamente metropolitanas: os problemas de saneamento (...)” (GRAU, 1974, p. 16-17).

“Não há, pois, atividades, serviços ou obras que, por natureza intrínseca, sejam considerados de exclusivo interesse local. Assim, por exemplo, os serviços de captação e tratamento de água para consumo público, tradicionalmente, são de interesse local, inscritos na competência do Município. Entretanto, esses mesmos serviços são inequivocamente de interesse comum numa região metropolitana como a de São Paulo, por exemplo, devendo ser de competência regional e não do Município isolado. O mesmo serviço, conforme o enfoque, o lugar, o modo e as circunstâncias de sua prestação, será objeto de interesse local ou regional, dependendo do caso” (ALVES, 1999, p. 194).

A segunda possibilidade para definir se o saneamento apresenta-se, em cada caso, como serviço de interesse local ou comum é a via legislativa. A lei complementar estadual que cria a região metropolitana, as aglomerações urbanas ou as microrregiões poderá (e, a rigor, deverá) especificar que serviços são considerados de interesse comum e, portanto, de titularidade do Estado, sendo-lhe legítimo fazê-lo nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição²⁷. Lembre-se que a integração dos Municípios, nesse caso, é com-

pulsória, de modo que, em termos de rigidez e certeza, a alternativa legislativa figura no extremo oposto relativamente à primeira opção, que repousa sobre critérios de relativa fluidez e de elaboração meramente doutrinária. O ponto é salientado por Caio Tácito, *in verbis*:

“As atividades do poder público em matéria de saneamento básico comportam uma variedade de entendimento que, segundo o grau de abrangência e de interdependência, podem limitar-se ao plano municipal ou exigir a integração em entidade de nível estadual, segundo a mencionada competência prevista no art. 25, § 3º da Constituição.

(...)

De duas formas poderá se deslocar do Município para o Estado (representado por órgãos ou entidades de sua administração) a efetividade da prestação de serviços de saneamento básico: ou pela forma coercitiva de integração, a que se refere a previsão do art. 25, § 3º da Constituição, pela via da lei complementar, ou, em menor grau de integração, mediante acordo, consubstanciado em convênio administrativo quando não venha a ser criada Região Metropolitana” (1998, p. 326).

Sintomaticamente, boa parte das leis complementares que criaram regiões metropolitanas no país – federais, na vigência da Carta anterior, e estaduais após 5.10.88 – incluíram o saneamento básico como serviço comum. Assim foi feito, *e.g.*, pelas seguintes normas: (i) Lei complementar federal nº 14, de 8.6.73, que cria as Regiões Metropolitanas de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza²⁸; (ii) Lei complementar federal nº 20, de 1.7.94, que cria a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, entre outras providências²⁹; (iii) Lei complementar do Estado de São Paulo nº 94, de 29.5.74, que dispõe sobre a Região Metropolitana da Grande São

Paulo³⁰; (iv) Lei complementar do Estado de São Paulo nº 760, de 1.8.94, que trata da criação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões no âmbito do Estado³¹; (v) Lei complementar do Estado de São Paulo nº 815, de 30.7.96, que cria a Região Metropolitana da Baixada Santista como unidade regional do Estado de São Paulo³²; e (vi) Lei complementar do Estado do Rio de Janeiro nº 87, de 16.12.97, que institui a Região Metropolitana do Rio de Janeiro³³.

Há, ainda, uma terceira possibilidade de distinguir o interesse local do comum, envolvendo a competência da União para instituir diretrizes sobre saneamento básico (art. 21, XX), para legislar sobre águas (art. 22, IV) e para dispor sobre a cooperação entre os entes federados em matéria de saneamento (art. 23, parágrafo único, e art. 241). Com efeito, a União poderá, no exercício de suas competências, fixar um critério técnico que concretize as noções de interesse local ou comum em matéria de saneamento, aplicável de forma geral.

A utilização de um critério técnico apresenta algumas vantagens que merecem registro. A primeira delas é dar um grau de certeza jurídica à questão, retirando-a das flutuações doutrinárias. Ao eleger elementos técnicos, objetivos na definição do que seja interesse local ou comum, reduz-se a discricionariedade do intérprete e eventuais disputas daí resultantes. Além disso, o parâmetro técnico poderá balizar a ação dos Estados na definição dos serviços de interesse comum das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, de modo a evitar situações teratológicas, como, *e.g.*, a criação de uma região metropolitana sem a correspondência de qualquer situação real de conurbação urbana, com a conseqüente transferência ilegítima de serviços de interesse tipicamente local para a esfera de competência estadual.

Por fim, o critério técnico também proporciona certa uniformidade, em âmbito nacional, nos parâmetros de distribuição de

competência para o serviço, lembrando-se que a União dispõe do poder constitucional de fazê-lo, tanto com fundamento em sua competência para fixar diretrizes para o serviço de saneamento (art. 21, XX), como também para instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos (art. 21, XIX)³⁴.

4. Conclusão

Como é fácil perceber, a lógica constitucional para a distribuição de competência na matéria funda-se no princípio da eficiência. Se o interesse for comum, a gestão pelo Estado é mais apta a obter a universalização do serviço, a qualidade e a modicidade das tarifas. No caso de tratar-se de um serviço eminentemente local, o Município terá melhores condições de realizar esses objetivos. Nada impede, ademais, que em lugar do conflito político se faça a opção madura pela celebração de convênio, com a definição consensual dos papéis de cada um.

No Brasil, por força de uma herança patrimonialista renitente, o serviço público ainda não é visto como uma função, um compromisso com a cidadania, com a realização de objetivos sociais mais amplos. Ao contrário, é freqüentemente tratado como mero instrumento de poder político – poder de ocupar o espaço público, de nomear aliados, de creditarem-se favores – ou fonte de arrecadação de recursos. A indefinição prolongada na matéria tem adiado investimentos e ações concretas, com conseqüências dramáticas à qualidade de vida da população, sendo causa direta de mortes, doenças evitáveis e degradação ambiental. Agora que há oferta abundante de telefones celulares, talvez haja oportunidade para cuidar dessas miudezas.

Notas

¹ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

IV – águas (...).”

² “Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra”.

³ “Art. 20. (...)”

§ 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração”.

⁴ Compete à União legislar sobre regime dos portos, navegação lacustre, fluvial e marítima (art. 22, X).

⁵ Sobre a *Agenda 21*, produto dos trabalhos da Conferência Rio 92, veja-se: Paulo de Bessa Antunes (1996, p. 260-261), Vladimir Passos de Freitas (1998) e a Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal 12, Dezembro 2000, da qual constam as transcrições de palestras proferidas no simpósio “Água, bem mais precioso do milênio”, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em maio de 2000.

⁶ Observe-se que o antigo Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10.7.34) continua em vigor naquilo que não tenha sido revogado pela legislação posterior ou no que não contrarie a Constituição de 1988, especialmente no que diz respeito à definição de conceitos técnicos sobre os corpos de águas.

⁷ Veja-se sobre o tema: Paulo Affonso Leme Machado (1998, p. 351-) e Fernando Quadros da Silva (1998).

⁸ Veja-se sobre o tema: Paulo Affonso Leme Machado (1998, p. 351-). O autor entende mesmo que União e Estados não são proprietários, mas gestores do bem no interesse de todos, *in verbis*: “A dominialidade pública da água, afirmada na Lei 9.433/97, não transforma o Poder Público federal e estadual em proprietário da água, mas torna-o gestor desse bem, no interesse de todos. Como acentua o administrativista italiano Massimo Severo Giannini, o ‘ente público não é proprietário, senão no sentido puramente formal (tem o poder de autotutela do bem), na substância é um simples gestor do bem de uso coletivo”.

⁹ As diretrizes da área de saneamento podem ser fixadas por lei ordinária, na medida em que a Constituição Federal não exige lei complementar para o tratamento da matéria.

¹⁰ O parágrafo único do art. 22 admite que lei complementar venha a autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas concorrentemen-

te com a União. A lei complementar referida, entretanto, inexistente até o momento.

¹¹ O art. 25 foi indicado depois do 30 propositalmente, já que o primeiro trata da competência dos Municípios e o segundo da dos Estados, devendo a análise iniciar do ente menor para o maior.

¹² Hely Lopes Meirelles (1998, p. 124): “A Constituição da República instituiu a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para as matérias enumeradas em seu art. 23. Por *competência comum* deve-se entender a que cabe, indiferentemente, às quatro entidades estatais para solucionar matérias que estejam nas suas atribuições institucionais”.

¹³ Augusto Zimmermann (1999, p. 57): “Dominante no cenário político, o federalismo cooperativo não dispõe de fronteiras claramente definidas na questão da distribuição de competências dentro os níveis autônomos de poder. O objetivo explícito é, em síntese, a promoção de uma livre cooperação da União com as unidades federadas”.

¹⁴ Segundo Lucia Valle Figueiredo (1997, p. 5) a falta de lei complementar não impede que os entes exercitem plenamente suas competências na matéria: “*Quid juris*, inexistente a lei complementar? Ficariam inibidas as competências? Não se nos afigura, pois que são as competências deveres. Nunca será demais repetir que exercem os entes políticos, enumerados nos artigos premencionados, função. E função é ‘atividade de quem não é dono’ (Cirne Lima), e seu desempenho é obrigatório. (...) as pessoas elencadas no art. 23 devem exercitar plenamente a competência constitucional, mesmo sem se denotar a cooperação, que se deverá dar, se editada fosse a lei complementar”. Não há como ignorar, entretanto, que, em uma área como o saneamento, a prestação concomitante do serviço, por todos os entes, seria medida extremamente ineficiente.

¹⁵ Hely Lopes Meirelles (1998, p. 262). Nesse mesmo sentido: José Nilo de Castro (1998, p. 3), Antônio Cesó Di Munno Corrêa (1989, p. 47) e Joaquim Castro Aguiar (1986, p. 29), entre outros.

¹⁶ Adilson de Abreu Dallari (1970, p. 289): “o conceito de peculiar interesse é essencialmente dinâmico, de vez que a *predominância de interesse*, como se observa na prática, varia e efetivamente tem variado no tempo e no espaço”.

¹⁷ Um forte êxodo das metrópoles para o interior, e.g., poderia produzir esse resultado em relação a serviços que possam ser prestados localmente.

¹⁸ No Brasil, a disposição acerca das regiões metropolitanas foi inserida pela primeira vez na Constituição de 1937, art. 29.

¹⁹ Os dados são do IBGE, 1997, Pesquisa nacional por amostra de domicílios 1960 e 1996 (www.ibge.gov.br). Os dados do censo 2000 ainda não se encontravam disponíveis.

²⁰ Eros Roberto Grau (1974, p. 5 e 10). No mesmo sentido, entre outros, Ives Gandra Martins (1992, p. 413): “Após a Segunda Grande Guerra, em quase todos os países latino-americanos, com a industrialização, intensificou-se o processo de urbanização via dinamização do movimento migratório campo-cidade. Assim, as grandes cidades passam a ser o *locus* privilegiado do processo de desenvolvimento econômico-social.

O poder público, e neste particular o local, passa a articular a lógica de uma atuação no sentido de dar condições de infra-estrutura à expansão econômica bem como de melhorar a vida da população. A crescente ampliação da escala de operação do capital e a concomitante divisão social do trabalho em nível nacional passam a exigir que as condições de serviços públicos e infra-estrutura não se reduzam mais ao nível da municipalidade, mas se ampliem ao nível metropolitano, que cada vez mais se torna o epicentro de todo o processo de desenvolvimento econômico”.

²¹ Não se confundem *interesse público* e *interesse do erário*. A distinção é corrente na doutrina e muito relevante na hipótese. Interesse público – também denominado interesse público primário – é o interesse da coletividade, do povo, expressado na Constituição e nas leis. O interesse do Estado enquanto sujeito de direitos – chamado interesse público secundário ou do erário – orienta-se pelo propósito de despende o mínimo de recursos e obter o máximo deles. Veja-se, por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello (1992, p. 31-32 e 57).

²² Veja-se, sobre o ponto, Orlando Soares (1998, p. 286): “(...) as Regiões Metropolitanas são formadas pelo conjunto de Municípios que gravitam em torno de uma grande cidade e têm interesses e problemas em comum, ensejando a unificação dos serviços públicos para melhor atendimento da região (...)”; e Joaquim Castro Aguiar (1986, p. 224): “(...) somente existe interesse comum metropolitano se a função tiver de ser necessariamente organizada, planejada e executada de forma integrada entre os Municípios envolvidos, não podendo ser desenvolvida isoladamente, sob pena de não ser satisfatoriamente realizada”.

²³ Nivaldo Brunoni (2000, p. 84): “Frise-se, entretanto, que a adesão dos municípios não é voluntária, mas compulsória”.

²⁴ Alaôr Caffé Alves: “Quer dizer também que, uma vez constituída por lei complementar, a integração dos Municípios será compulsória para o efeito da realização das funções públicas de interesse comum, não podendo o ente local subtrair-se à figura regional, ficando sujeito às condições estabelecidas em nível regional para realizar aquelas funções públicas de interesse comum” (1999, p. 186).

²⁵ Michel Temer (1990, p. 105): “(...) a competência do Município em tema de *interesse local* será desvendada casuisticamente” (grifo no original).

²⁶ Nivaldo Brunoni (2000, p. 83): “Como assuntos de interesse comum, apresentam-se o serviço de captação e tratamento de água para abastecimento público e a proteção dos mananciais, cujos problemas, por não se conterem nos limites de cada município de uma região metropolitana, exigem uma ação conjunta para o atendimento de suas necessidades”.

²⁷ Pode-se cogitar de uma fraude a autonomia municipal em casos teratológicos, quando a lei complementar qualifique como serviço comum atividade típica e reconhecidamente de interesse apenas local. Nesse caso, a constitucionalidade da lei poderá ser discutida, tendo em vista a irrazoabilidade de seu preceito. Sobre o tema da razoabilidade, veja-se Luís Roberto Barroso (1999, p. 209-).

²⁸ “Art. 5º. Reputam-se de interesse metropolitano os seguintes serviços comuns aos municípios que integram a região:

(...)

II – saneamento básico, notadamente abastecimento de água e rede de esgotos e serviço de limpeza pública”.

²⁹ “Art. 20. Aplica-se à Região Metropolitana do Rio de Janeiro o disposto nos artigos 2, 3, 4, 5 e 6 da Lei Complementar nº 14, de 8 de junho de 1973”.

³⁰ “Art. 2º Reputam-se de interesse metropolitano os seguintes serviços comuns aos municípios que integram ou venham a integrar a Região Metropolitana da Grande São Paulo:

(...)

II – saneamento básico, notadamente abastecimento de água e rede de esgotos e serviço de limpeza pública”.

³¹ “Art. 7º Poderão ser considerados de interesse comum das entidades regionais os seguintes campos funcionais;

(...)

IV – saneamento básico”.

³² “Art. 5º As funções públicas de interesse comum serão definidas pelo Conselho de Desenvolvimento da Região Metropolitana da Baixada Santista, entre os seguintes campos funcionais:

(...)

IV – Saneamento básico”.

³³ “Art. 3º Consideram-se de interesse metropolitano ou comum as funções públicas e os serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como os serviços supramunicipais, notadamente:

(...)

II – saneamento básico, incluindo o abastecimento e produção de água desde sua captação bruta dos mananciais existentes no Estado, inclusive subsolo, sua adução, tratamento e reservação, a distribuição de água de forma adequada ao consumidor final, o esgotamento sanitário e a coleta de resíduos sólidos e líquidos por meio de canais, tubos ou outros tipos de condutos e o transporte das águas servidas e denominadas esgotamento, envolvendo seu tratamento e decantação em lagoas para posterior devolução ao meio ambiente em cursos d’água, lagos, baías e mar, bem como as soluções alternativas para os sistemas de esgotamento sanitário”.

³⁴ Recentemente foi apresentada uma proposta de Projeto de Lei Federal no *Forum* Nacional dos Secretários de Estado ligados ao setor, que reproduz, basicamente, o esquema constitucional sobre a matéria, conferindo ao Município a competência para o serviço como regra, salvo se sua prestação for considerada de interesse comum pela lei complementar estadual que cria a região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da Carta de 1988.

Bibliografia

AGUIAR, Joaquim Castro. *Direito da cidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1986.

ALLAIS, Catherine. O estado do planeta em alguns números. In: MARTINE, Barrire (Org.). Terra: patrimônio comum. [S.l.]: [s.n.], 1992. p. 250 apud ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. p. 259.

ALVES, Alôor Caffé. Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do estado brasileiro (parecer). *Revista de Direito Ambiental*, n. 15, p. 186, 1989.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRUNONI, Nivaldo, A tutela das águas pelo município. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Águas: aspectos jurídicos e ambientais*. Curitiba: Juruá, 2000.

CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

- CORRÊA, Antônio Cesó di Munno. Planejamento urbano: competência para legislar dos Estados e municípios. *Revista dos Tribunais*, n. 646, p. 47, 1989.
- DALLARI, Adilson de Abreu. O uso do solo metropolitano. *Revista de Direito Público*, n. 14, p. 289, 1970.
- FERRAZ, Sérgio. As regiões metropolitanas no direito brasileiro. *Revista de Direito Público*, n. 37-38, p. 22, 1976.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. Competências administrativas dos Estados e municípios. *Revista de Direito Administrativo*, n. 207, p. 5, 1997.
- FRANCEYS, R.; PICKFORD, J.; REIED, R. *Guía para el desarrollo del saneamiento in situ*. OMS, 1994.
- FREITAS, Vladimir Passos de et al. *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *Regiões metropolitanas: regime jurídico*. São Paulo: J. Bushatsky, 1974.
- IBGE. Pesquisa nacional por amostra de domicílios – 1999. Disponível em: www.ibge.gov.br.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: RT, 1998.
- MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3. t. 1.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MOREIRA NETO, Diogo de F. Poder concedente para o abastecimento de água. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, n. 1, p. 66-67, 1999.
- _____. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- SÁ, Elida. A reciclagem como forma de educação ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, n. 4, p. 123, 1996.
- SAÚDE X saneamento. *Revista Digital de Saneamento e Meio Ambiente*, 31 out. 2000. Disponível em: www.aguaonline.com.br.
- SILVA, Fernando Quadros. A gestão dos recursos hídricos após a Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- TÁCITO, Caio. Saneamento básico: região metropolitana: competência estadual (parecer). *Revista de Direito Administrativo*, n. 213, p. 234, 1998.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1990.
- ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

As alegadas razões do Estado

Manoel Moacir Costa Macêdo

Não são recentes e nem originais os estudos sobre o Estado, sua gênese, transformações e interesses. Algumas ciências analisam o Estado nos seus aspectos mais simples como o território, população, nação e povo. Nesses casos o preponderante é o conceito de soberania física. Outras analisam com mais complexidade e trazem para o debate o estudo do Estado como governo e o exercício organizacional do poder. Com mais abrangência, outras ciências ainda averiguam o Estado no sentido dos seus grupos, elites e classes sociais. Sob essa ótica o Estado é visto como uma noção concreta e imediata, identificando-se com um ou mais detentores de determinado domínio sobre a sociedade.

Sob essa perspectiva, Bobbio (1994, p. 19), estudando o pensamento político moderno, considera

“o Estado como o produto da razão, ou como sociedade racional, única na qual o homem poderá ter uma vida conforme à razão, isto é, conforme à sua natureza. Nesta tendência, encontram-se e mesclam-se tanto as teorias realistas, que descrevem o Estado tal como é (Maquiavel aos teóricos da razão do Estado), quanto aos jusnaturalistas (de Hobbes e Rousseau e a Kant), que propõem modelos ideais de Estado, que delineiam o Estado tal como deveria ser a fim de realizar seu próprio fim. O processo de racional-

Manoel Moacir Costa Macêdo é Bacharel em Direito, PhD em Sociologia, Professor e Pesquisador, Assessor do Gabinete do Senador Antero Paes Barreto, Brasília, DF.

zação do Estado, que é próprio das teorias jusnaturalistas, encontra-se e confunde-se com o processo de estatização da Razão, que é próprio das teorias realistas (a razão de Estado)”.

Nesse contexto, o Estado é concebido como uma categoria histórica e um desenho político sob o qual se organiza historicamente a sociedade. É a expressão das relações sociais de poder e de dominação originadas na contradição entre as classes sociais. O Estado não corresponde a uma estrutura tangível, ele é abstrato. O Estado não é algo materialmente neutro, imparcial e monolítico. Em sua forma atual, o Estado relaciona-se com a idéia de poder e apresenta-se para a sociedade na expressão visível do papel e do exercício desenvolvido por suas organizações. Embora de difícil conceituação, visto tomar diversas perspectivas, Abercrombie (1994, p. 310) define o poder como uma relação estrutural independente dos desejos dos indivíduos. Para ele, a existência do poder é uma consequência da estrutura de classe social predominante na sociedade. Ou seja, o poder é definido como a capacidade de uma determinada classe social realizar os seus interesses em oposição às outras classes.

Sob esse enfoque, este ensaio procura responder à seguinte questão: *as alegadas razões de Estado representam a defesa e a manutenção dos interesses de classes sociais historicamente identificadas com o patrimonialismo estatal?*

Assim Max Weber identificou a trajetória histórica do Estado como a dominação legítima definida como tradicional, carismática e racional-legal. Nesse sentido, o Estado é identificado como o veículo viabilizador das estratégias de desenvolvimento. De maneira distinta, Karl Marx caracterizou o Estado como resultante das forças materiais que compõem os modos de produção historicamente estabelecidos na sociedade e controlados pelas classes sociais proprietárias dos meios de produção que definem a produção das mercadorias. Isso implica afir-

mar ser o Estado um instrumento de dominação de classe, controlado pelas classes proprietárias dos meios de produção definidos na infra-estrutura da sociedade. A criação do Estado, desde os seus primórdios históricos, buscou organizar e estruturar de forma legítima o poder e a dominação de uns indivíduos sobre outros.

O Estado apresenta-se como detentor da coerção e torna-se assim a expressão da violência legalizada e organizada na sociedade. Logo a ideologia, a moral, a justiça, a religião e a política, definidores da superestrutura social, são resultantes das influências econômicas advindas da infra-estrutura. É nesse contexto que as contradições são estabelecidas e o Estado constitui-se no principal articulador dos interesses das classes sociais dominantes, a exemplo do parlamento em sociedades capitalistas marcadas por profundas desigualdades em detrimento das classes sociais subalternas, especialmente aquelas detentoras somente da força de trabalho. É nessa arena social que digladiam-se os interesses e as pressões entre classes na lógica do modo de produção capitalista. A agenda social nessa lógica não privilegia os fatores éticos e morais. Ao contrário, é dominada pelos valores da infra-estrutura determinantes da lógica em uso que opera na superestrutura, que linearmente operacionaliza o lucro e a acumulação de capital.

Para Furtado (1995), o Estado brasileiro foi o único, entre todos os estados do hemisfério norte, colonizado e apropriado pelos europeus como uma empresa agrícola mercantil. Nas palavras do autor

“a ocupação econômica das terras americanas constitui um episódio da expansão comercial da Europa. Não se trata de deslocamentos de população provocados por pressão demográfica – como fora o caso da Grécia – ou de grandes movimentos de povos determinados pela ruptura de um sistema cujo equilíbrio se mantivesse pela força – caso das migrações germâni-

cas em direção ao ocidente e sul da Europa. O comércio interno europeu, em intenso crescimento a partir do século XI, havia alcançado um elevado grau de desenvolvimento no século XV, quando as invasões turcas começaram a criar dificuldades crescentes às linhas orientais de abastecimento de produtos de alta qualidade, inclusive manufaturas. O restabelecimento dessas linhas, contornando o obstáculo otomano, constitui sem dúvida alguma a maior realização dos europeus na segunda metade desse século. A descoberta das terras americanas é, basicamente, um episódio dessa obra ingente” (1995, p. 5-6).

O Estado brasileiro tem a sua história e em conseqüência a sua estrutura social definida pela forma como foi colonizado e, desse modo, os meios de apropriação das suas riquezas. As relações sociais de produção estabelecidas no período colonial constaram da exploração das riquezas naturais abundantes (vegetais e minerais estratégicos) até a sua completa exaustão. O modo de produção escravista delineou o processo de produção e, em conseqüência, a sua estrutura social. Nesse contexto, as classes sociais estabelecidas no topo eram formadas pela elite européia e os seus representantes, e, na base, pela subalterna mão-de-obra escrava – identificada muito mais como uma máquina produtora de mercadorias do que como um ser humano com espírito, corpo, desejos e necessidades.

Nessa situação o Brasil permaneceu por quase 400 anos dos seus atuais 500 anos. Ainda que formalmente a libertação dos escravos tenha sido efetivada, as relações de produção continuaram a ser determinadas a partir dos latifundiários – o modo de produção permanecia consubstanciado na abundância de terra virgem. Em uma parte do Estado brasileiro, o domínio advinha dos chamados *Coronéis do Nordeste* (latifundiários e proprietários de terra e de engenhos de açúcar) e, na outra, dos *Barões do Café*

(latifundiários e proprietários das plantações de café).

Assim, a história e o modo de produção dominantes na sociedade têm moldado o Estado brasileiro como um Estado patrimonialista. O público tem sido apropriado em suas diversas formas pelo privado. Sorj (2000) mostra o patrimonialismo do Estado brasileiro nas esferas da política, do judiciário, da polícia, do funcionalismo público, do setor privado, enfim em todas as estruturas da sociedade. O autor enfatiza o patrimonialismo dos políticos como

“a utilização de cargos políticos eletivos ou executivos para usufruto de vantagens econômicas através do uso dos recursos da coisa pública, da concessão de favores ao setor privado e, secundariamente, dos mecanismos legais de distribuição de itens orçamentários, do nepotismo e da obtenção de privilégios como autoconcessão de altos salários e aposentadorias” (2000, p. 15).

Desigualdade social e crueldade humana foram as marcas da colonização do Brasil. Para alguns estudiosos da história brasileira, são a justificativa para a perversa distribuição de riqueza e a lenta mobilidade social que perduram até os tempos atuais. Para Sorj (2000, p. 16), “no Brasil, a discriminação do sistema policial e judiciário contra os grupos mais pobres da população, particularmente contra os negros, tem sido uma constante”; o que para Martins Filho (1999, p. 32) significa que a “intermediação dos interesses entre a sociedade e o Estado [brasileiro] pode ser pautada pelo universalismo de procedimentos, pelo clientelismo, pelo corporativismo e pelo insultamento burocrático”. O Estado brasileiro tem-se caracterizado como violento e burocrático em seus mecanismos de controle social.

Mais recentemente, o governo tem delineado novos mecanismos que visam transformar a administração pública no contexto da chamada reforma do Estado brasileiro.

O destaque é transformar a administração burocrática em gerencial, ou ainda implementar os princípios da publicização. Isso tem delineado as estratégias de governo na chamada reforma administrativa, o que pode ser entendido analogicamente como a viabilização do estado racional, em que o Estado tem a supremacia perante a sociedade. Para Bobbio (1994, p. 19-20), isso significa que

“o processo de racionalização do Estado (o Estado como sociedade racional), que é próprio das teorias realistas (a razão de Estado) ... a racionalização do Estado ocorre mediante a utilização constante de um modelo dicotômico, que contrapõe o Estado enquanto momento positivo à sociedade pré-estatal ou antiestatal, degradada a momento negativo.”

Sob esse enfoque, o acadêmico Celso Lafer, no ensaio intitulado *A Mentira*: um capítulo das relações entre a ética e a política, escreve que

“a vida moral e a vida do poder dão a impressão de correr paralelas, com raras convergências. Este desencontro entre a ética e a política incomoda e indigna a todos que querem ver e sentir a presença de virtudes na condução dos negócios públicos ... [o importante é discutir] os argumentos que justificam a mentira como exceção ao princípio ético da veracidade e do porquê hoje, na teoria democrática, ao assim chamado *direito de mentir* do governante, em benefício da comunidade, se contrapõe, para contê-lo, o *direito a uma informação exata e honesta dos governados*” (1992, p. 225).

Nessa perspectiva, entende-se a *razão de Estado* como a teoria que pode ser invocada por governantes para justificar suas atuações ilegais ou inconstitucionais, ou seja, é o princípio segundo o qual toda e qualquer consideração pessoal, moral e ética deve estar subordinada à conservação e salvação do Estado; ao contrário do que afirma Buar-

que (1993, p. 44), que “no Brasil a ética e a democracia podem estar casados. Porque o fim das desigualdades coincide com os interesses das grandes massas nacionais e internacionais”.

O que se evidencia nos cenários recentes da política brasileira, não são os ensinamentos do eminente intelectual ou mesmo os imperativos do senso comum, mas a *astúcia da raposa*, como dizia Maquiavel no seu livro *O Príncipe*, pioneiro e inspirador do conceito da razão de Estado, aperfeiçoado a seguir por Hegel, Ritter e Hintze, entre outros com o sentido da “doutrina do Estado-potência”, conhecido dos brasileiros no contexto da ditadura como o “Brasil-Grande Potência”. Embora não traga especificamente registrado o termo razão de Estado, Maquiavel, em seu clássico estudo sobre os principados, mostra de forma indireta as razões que justificam o controle e a manutenção do estado pelo príncipe como

“quando aqueles Estados que se conquistam, como foi dito, estão habitados a viver com suas próprias leis e em liberdade; existem três modos de conservá-los: o primeiro, arruiná-los; o outro, ir habitá-los pessoalmente; o terceiro, deixá-los viver com suas leis, arrecadando um tributo e criando em seu interior um governo criado por aquele príncipe, sabe que não pode permanecer sem sua amizade e seu poder, e há que fazer tudo por conservá-los” (MAQUIAVEL, 1985, p. 29).

Quiçá seja esse o sentido em que tão impropriamente tem sido empregado o termo *razão de Estado* por aqueles que sustentam e apropriam-se patrimonialmente do chamado *Estado-forte e Estado-segurança*, guardião da força e da repressão, e dificultam historicamente a emergência do Estado como planejador social e promotor do desenvolvimento justo e igualitário.

Recentemente, os debates sobre a *razão de Estado* buscam compreender a formação do moderno estado e o seu desenvolvimento dentro do atual sistema mundial. Segundo

Barros (2001, p. 16), “não cabem alegações de *razões de Estado* no Estado moderno, no Estado democrático de Direito, no Estado constitucional”.

A Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988 e originária de uma Assembleia Nacional Constituinte, no Título V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, Capítulo I – Do Estado de Defesa e do Estado de Sítio, na Seção I – Do Estado de Defesa (art. 136), na Seção II – Do Estado de Sítio (arts. 137 a 139) e na Seção III – Disposições Gerais (arts. 140 e 141), disciplina os princípios constitucionais que regulam a aplicação das razões de defesa do Estado, sob o acompanhamento do Congresso Nacional, conforme consta no art. 140.

“A Mesa do Congresso Nacional, ouvidos os líderes partidários, designará Comissão composta de cinco de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio”(2000, p. 87).

O conceituado filósofo do direito, o italiano Norberto Bobbio, adverte para o aprofundamento do conceito das *razões de Estado* e das suas implicações, visto tornar-se necessária uma “rigorosa distinção entre o interesse individual do príncipe e o interesse do próprio Estado” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1986, p. 1066). O mesmo autor acentua que, para explicar o sentido da razão de Estado, “é preciso a identificação dos momentos cruciais da história do Estado moderno ... [surgido com o fim precipuo de permitir] à autoridade suprema do Estado impor coercivamente à população que lhe estava sujeita as regras indispensáveis à convicção ...” (p. 1067). O progresso, a civilização, a educação e a certeza do direito, ao contrário da truculência histórica embutida nos setores sociais que apropriam-se do Estado, promovem o atual conceito de razão de Estado.

No atual momento, os princípios que emergem da aplicação das *razões de Estado* não preenchem os requisitos exigidos de

segurança do Estado que impõe aos governantes específicos modos de atuar, violando normas jurídicas, morais, políticas, éticas e econômicas que consideram imperativas, em face de algum perigo eminente. Ao contrário, predomina tacitamente a mentira como argumentação de conteúdo essencialmente político.

Para Santo Agostinho, isso pode significar que “Deus proíbe todos os tipos de mentira e os mentirosos põem em perigo suas almas imortais”. Mais que isso, os arautos da mentira, mascarada por artifícios de última hora, queimam não só as suas próprias almas e às vezes as suas representações democráticas mas também a dignidade das instituições e da democracia nacional. Isso pode ser entendido como “a tendência dos homens de Estado a usarem qualquer meio, até mesmo a violência extrema e o engano, para a concretização e conservação do monopólio da força, que é justamente condição da segurança interna do Estado” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1986, p. 1068).

O conceito de *razões de Estado* como usado recentemente tem ultrapassado os princípios teóricos das suas concepções originais. Ele passa a compor a agenda dos estudiosos do poder e do Estado em seu contexto tradicional de manutenção de privilégios e de controle dos papéis do Estado enquanto estrutura de classes e detentor da força e da violência no interesse privado e patrimonial.

Analisando o sentido de *razões de Estado*, a partir do conceito de Estado e governo, entendidos como uma noção concreta e imediata de suas ações e identificados com um ou mais grupos de pessoas dirigidas por um ator central, que nas condições do sistema de governo presidencialista é o Chefe de Estado e de Governo, ou seja, é o Presidente da República, o conceito insere-se no conjunto dos estudos recentes sobre a governança do Estado ou a chamada reinvenção do governo.

Para alguns autores, a governança ou a reinvenção do governo, ou mesmo as razões

do Estado, significa a transferência do governo à comunidade, dando responsabilidade ao cidadão, introduzindo a competição na prestação dos serviços, orientando as ações do governo pelas demandas e missões sociais ao invés de prestações burocráticas, atendendo desse modo às necessidades dos cidadãos e não dos burocratas. Desse modo, as principais *razões de estado*, no que diz respeito a reinventar o governo, significam descentralizar as decisões do governo, possibilitando a participação dos mais simples e dos comuns. Em outras palavras, significa ampliar a governabilidade.

Nessa perspectiva, Osborne & Gaebler, na sua clássica obra *Reinventando o Governo*, expressam que atualmente

“o setor público se encontra em ritmo de mudança. O surgimento de uma economia global pós-industrial, baseada no conhecimento, abalou velhas realidades em todo o mundo, criando oportunidades maravilhosas e problemas espantosos. Os governos – grandes e pequenos, federais, estaduais e locais – já começaram a mudar” (1994, p. XIII).

Finalmente, embora com apropriações diversas, o uso do conceito de razões de Estado no estágio atual da sociedade brasileira, longe de sua proteção do Estado-forte e da defesa incondicional da manutenção de poderes dos seus governantes, deve alegar o conceito de defesa do Estado democrático e de direito. O Estado promotor do desenvolvimento e da manutenção do bem-estar social, livre e soberano, deve ser o colorário das alegadas razões de Estado.

Bibliografia

- ABERCROMBIE, N.; HILL, S.; TURNER, B.S. *Dictionary of sociology*. London: Pinguin Books, 1994.
- BARROS, A. P. de. “*Pela porta dos fundos*”. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2001. (Discurso do Senador Antero Paes de Barros na sessão do Senado Federal, de 30 de maio de 2001, por ocasião do pedido de renúncia do ex-Senador Antonio Carlos Magalhães).
- BOBBIO, N. *O conceito de sociedade civil*. Rio de Janeiro: Graal, 1994.
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.
- BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2000.
- BUARQUE, C. Da modernidade técnica à modernidade ética. In: Assad, J. E. *Desafios éticos*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1993.
- FURTADO, C. *Formação econômica do Brasil*. 25. ed. São Paulo: Companhia Nacional, 1995.
- LAFER, C. A mentira: um capítulo das relações entre a ética e a política. In: NOVAIS, Adauto. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- MAQUIAVEL, N. *O príncipe*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1985.
- MARTINS FILHO, E. de O. *A anatomia política do poder; ensaio sobre o poder, o estado e a dominação*. Brasília: Escola Brasileira de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas, [1999].
- OSBORNE, D; & GAEBLER, T. *Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público*. Brasília: MH Comunicação, 1994.
- SORJ, B. *A nova sociedade brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

Israel – Estado e religião

Hugo Hortêncio de Aguiar

Sumário

1. O Nome. 2. O Território. 3. A Terra Prometida 4. Palestina – origem e trajetória. 5. Jerusalém – o místico e o político. 6. O Estado de Israel – história recente. 7. O Estado de Israel – estruturação política. 8. O cristianismo – uma perspectiva de mediação.

1. O Nome

“Israel” é uma combinação do verbo hebraico “Lisrôt” ou “Sarâ”, *lutar contra* ou *contender com*, e do vocábulo “El”, *Deus*. O termo significa *o que lutou contra Deus*.

Segundo a narrativa bíblica, Isaac, filho de Abraão, foi pai de dois filhos, Esaú e Jacob (ou Jacó). O mais novo, Jacó, durante uma viagem a Aram, na Síria, teria lutado com um anjo, mensageiro do Senhor, que, após o combate à espada, mudara o nome de Jacó para Israel. Isso trouxe como consequência o fato de que as doze tribos originadas com os doze filhos homens de Jacó passariam a constituir as Doze Tribos de Israel, base móvel de toda a crença judaica. As citações no Antigo e no Novo Testamento são numerosíssimas e praticamente todos os episódios da vida israelita estão ligados, até os dias de hoje, à evolução dessas Tribos no tempo e no espaço.

2. O Território

O Estado de Israel está situado “no meio do mundo”, pois, conforme o Guia de Israel de 1972, “é o ponto de encontro do Oriente e

Hugo Hortêncio de Aguiar é coronel reformado do Exército e professor de línguas e história no âmbito do Médio Oriente.

do Ocidente, do Este e do Oeste, do Norte e do Sul, do velho e do novo, do religioso e do secular”.

Historicamente, grandes exércitos aqui se encontraram em batalhas que decidiram o destino das nações, por ser um ponto de passagem obrigatória. Até mesmo na literatura profética apocalíptica, é citado o Armagedon, local da batalha final dos tempos. “Armagedon” vem do hebraico “Har Meguido” ou “Mageddon” e significa Monte Meguido, que domina um vale estratégico na província da Samaria.

Essa imagem do Apocalipse, que chegou a ser considerada infantil para muitos leitores, já não parece tão ingênua assim, pois a minúscula Terra de Israel pode constituir-se num foco incontrolável de conflito mundial.

Embora muito limitada, a área oferece uma grande variedade topográfica, bastando citarmos o Mar Morto, o lugar mais baixo do mundo, o Monte Hermon, com o seu pico eternamente nevado, o Deserto de Neguev, seco, e a calha do Rio Jordão, com o seu tradicional clima úmido. Essa área geográfica, que tanto sofreu alterações em suas dimensões devido à sua história dinâmica, é, acima de tudo, uma terra de contrastes, qualidade essa que remonta aos tempos bíblicos.

3. A Terra Prometida

A história de Israel está indissoluvelmente ligada à da Terra Prometida. Tendo saído de Ur, na Caldéia, à procura de melhores condições de vida para seu grupo familiar e seus rebanhos, Abraão e seu séquito foram residir em Harran (Aram), um povoado no norte da então Síria, entre os Rios Eufrates e Tigre, onde se falava o aramaico.

Abraão e seus familiares falavam um idioma também semítico, cuja diferença para o aramaico era pouco maior do que entre o português e o espanhol. Esse idioma dos imigrantes ficou sendo o *hebraico*, porque os nômades do Sul ficaram conhecidos como *hebreus*¹, depois que entraram na Terra Prometida.

Naquela localidade, Harran, Abraão teria recebido um chamado do Senhor (cujo nome ainda não era conhecido), mas que era o único “deus” de Abraão, para ocupar com sua gente uma terra que lhe era dada em herança, graças à sua crença monoteísta e às suas virtudes de patriarca.

Essa terra, terra *prometida*, apresentava muitas divergências quanto à sua localização geográfica e quanto à sua extensão, numa prova de que as alterações de território no Estado de Israel são muito antigas, pois as citações são bíblicas. É verdade que o conhecimento da nomenclatura geográfica era limitado e que o antigo hebraico, idioma do Antigo Testamento, era de sinonímia pobre, servindo um vocábulo para várias significações. Vejamos uma divergência: a Terra Prometida, recebida por Abraão, do Senhor, foi a Terra de Canaã, que todos os mapas localizam a oeste do Rio Jordão. Até aqui, nada de mais, pois o texto bíblico sugere apenas que isso foi mostrado em sonho ou em visão².

Outro trecho do Antigo Testamento apresenta uma Terra Prometida limitada a oeste pelo Rio do Egito e a leste pelo Rio Eufrates. Além disso, cita as tribos dos cananeus, que seriam conquistadas com suas terras, o que correspondia a uma área mais ou menos trinta vezes a do atual Israel³.

Atendendo a que essas manifestações do Senhor eram em sonho ou visão e que a metáfora era de uso freqüente, podemos tolerar a imprecisão dessas indicações. Mas há uma outra divergência significativa: Moisés, o profeta dos hebreus, não entrou na Terra Prometida, sendo sepultado no Monte Nebo, situado a leste do Rio Jordão, mas bem próximo⁴.

Como vimos, a área prometida encolheu muito. Numa avaliação equilibrada das referências bíblicas e à luz dos futuros acontecimentos, vamos concluir que a Terra Prometida deveria ser chamada Terra de Canaã, como passou a ser, isto é, Terra dos cananeus, que, por sua vez, não se restringiram a habitar somente o oeste do Rio Jordão.

Até aqui, abordamos a narrativa bíblica, cuja exatidão, nos seus contornos históricos e geográficos, é passível de aceitação ou não. Daqui para a frente, vamos deixando o terreno da interpretação bíblica para o da História. A pouco e pouco.

4. Palestina – origem e trajetória

Ainda segundo o Antigo Testamento, Cam, filho de Noé, teve 4 filhos: Cush, Mitsraim, Put e Canaã.

Os descendentes de Mitsraim ocuparam o Egito, que, ainda hoje, em Israel, é conhecido pelo seu nome bíblico “Mitsráim”. Os descendentes de Canaã constituíram as sete nações cananaicas, que são, por ordem alfabética: Amorréus, Cananeus, Fereseus, Girgaseus, Heveus, Heteus e Jebuseus. A terminação “eus” pode ser também “itas”. Assim, heteus ou hititas, nossos conhecidos da Ásia Menor.

Uma das nações manteve o nome do patriarca-tronco “Canaã”, talvez porque o filho-cabeça da nação, Sidon, tenha sido o primogênito. Alguns autores chamam-na também de “sidonitas”. Mas todos os componentes das sete nações eram, etnicamente, cananeus. Outros grupos que são citados como Arkeus, Armadeus, Sineus, etc., são tribos ou ramos daquelas nações. Estamos abordando com mais pormenores a nação “cananeus” ou “sidonitas” porque deu origem aos nossos velhos conhecidos “fenícios”⁵.

Os Fenícios, também cananeus, foram os inventores do alfabeto⁶.

Foi contra os cananeus que os hebreus lutaram para a conquista da Terra de Canaã, depois que saíram do Egito. Sob o comando de Josué, pois Moisés tinha morrido, os hebreus tiveram de enfrentar, logo a seguir, uma nação “camita” (da linhagem de Cam), descendente de Mitsraim, que se tinha desgarrado para uma ilha do Mar Egeu, “os filisteus” (não eram cananeus), cujo nome ficou sendo “Philistia” ou “Philistéia”, ou, no hebraico, “Pêlestin” (Pa-

lestinos), o que resultou na nossa célebre *Palestina*.

Este último povo ocupou o litoral de Ashdod a Gaza e mais algumas cidades próximas e, embora pouco numeroso, era tão aguerrido e teve papel tão decisivo na história do povo judeu que a Terra de Canaã, nas referências futuras, ficou sendo conhecida como *Palestina*, apesar de que os judeus preferiram, até hoje, Terra Prometida, mais bíblico; Terra de Canaã, mais étnico; e, acima de tudo, Terra de Israel, mais bíblico, mais étnico, mais histórico e mais político.

Seria natural que os habitantes da área passassem a ser chamados *palestinos*, mas tal não aconteceu.

Em primeiro lugar, os descendentes da Tribo de Judá, os judeus, não admitiam que representantes de nenhuma outra etnia, os *filisteus*, adotassem uma terra prometida dada em herança a um grupo de tribos privilegiadas da linhagem de Abraão e Jacó, cuja profecia, no leito de morte, atribuía a uma dessas tribos (a de Judá) o papel de projetar na sua linhagem étnica um guia que mudaria os destinos da humanidade.

Nos períodos de mando judaico, jamais a Palestina teve esse nome, bem como em alguns períodos de dominação estrangeira. Até mesmo os romanos, quando derrotaram os judeus-macabeus e enviaram os procuradores, não designaram Pôncio Pilatos para a jurisdição da Palestina, e sim para a Judéia, Terra dos Judeus, que perturbavam a paz de Roma.

Quando se cogitou mesmo do nome *Palestina* foi a partir da expedição dos Cruzados e, particularmente, durante o Mandato Britânico de 1917 a 1948.

De modo que identificar como palestinos os habitantes da área é perda de tempo, e só o faremos quando tratarmos do Estado de Israel.

Se quanto ao território a variação da nomenclatura foi grande, quanto à sua capital se deu o inverso: Jerusalém foi sempre reconhecida e venerada como a cidade mística e eterna, mesmo nos períodos de dominação

estrangeira, em que formalmente se procurou substituí-la ou transformá-la.

5. *Jerusalém – o místico e o político*

De todas as propostas que pesquisamos para justificar o nome, ficamos com a seguinte: uma combinação do grego “Iero”, sagrada, com a Salém bíblica. Como no idioma grego Salém é transliterada por Salima, Solima, Solimo ou Solim, o vocábulo “Ierossolim” do texto evangélico grego reforça a nossa alternativa, apesar de ligeiras variações textuais. É apenas uma opção, entre várias, e não garantimos que seja a mais correta. Assim, “Ierossolim” seria a “Sagrada Salém”.

De Salém para Cidade dos Jebuseus (que habitavam a região) e para Jerusalém, já com esse nome definindo limites na distribuição da Terra Prometida, foi um passo, que deu ensejo a dois fatos históricos de grande relevância: 1º – o Rei David, que unificou as Tribos (1.010 a 1.000 a.C.) estabeleceu o Reino de Israel e proclamou Jerusalém como Capital. É essa data o verdadeiro início do Estado de Israel bíblico-histórico; 2º – o filho de David, Rei Salomão, por inspiração divina, construiu o primeiro Templo, que passou a ser o centro espiritual de todas as Tribos de Israel e símbolo da ligação entre o Senhor Javé e seu povo eleito.

Os dois itens anteriores contêm os conceitos básicos e fundamentais que orientam qualquer atitude do povo e dos governos de Israel: 1) o Reino de Israel significava a nação *judaica*, na Terra de Israel, sonho de toda a peregrinação israelita e de suas lutas na conquista da Terra Prometida; 2) Jerusalém como Capital, a cidade citada milhares de vezes no Antigo Testamento (também com o nome de Sion) e adotada pelos profetas, sede do Templo de Javé. Jerusalém somente perdeu essa condição em três episódios históricos: o primeiro fato foi a destruição total da cidade pelos babilônios (587 a.C.), forçando os judeus remanescentes a buscar na Galiléia um abrigo, “Rakkat”, muito depois reconstruída com o nome de “Tiberíades”,

uma homenagem de Herodes Antipas a Tibério, imperador romano. Ali foram completados diversos tratados rabínicos e a escrita hebraica foi vocalizada. O segundo fato histórico foi a destruição do segundo Templo pelos romanos, no ano 70 d.C., acabando com o centro religioso da fé judaica, ao mesmo tempo em que a cidade foi “romanizada”, provocando no povo judeu a segunda grande *diáspora*⁷. Esclarecemos que, durante a dominação romana de quase meio milênio, adotou-se como capital política a cidade de Cezaréia (ou Cezárea). Mas os romanos sabiam que Jerusalém, capital mística para os judeus e todo o Oriente Médio, era o foco de onde se irradiariam os efeitos de qualquer decisão. Além disso, Jerusalém era a sede da oligarquia judaica. O terceiro fato foi no regime Cruzado, por tempo não muito longo, quando Acre foi a capital de Israel.

Mesmo nesses períodos, Jerusalém nunca perdeu a condição de capital mística. Os muçulmanos sempre a chamaram de “Al Quds Ash-Sharif” (o venerável santuário), os cristãos sempre a veneraram como a “Cidade Santa” e os judeus, naturalmente, sempre a consideraram como a Capital bíblica, mística, histórica e eterna. Por isso, quando alguns comunicadores de massa inadvertidamente fazem referências a Tel Aviv como capital de Israel, não somente dão uma prova eloqüente de incipiência cultural, como agridem a consciência mística do povo judeu.

Todos têm suas cidades santas ou veneradas. Os muçulmanos têm Mecca, Medina e Jerusalém. Os cristãos têm Fátima, Assis, Pádua, Lourdes, Roma e também Jerusalém. Os judeus também têm Hebron, Tiberíades, Saled e, acima de tudo, Jerusalém.

Mas todos anseiam por Jerusalém. É lá que os muçulmanos têm a mesquita “El Aksa”, de grande hierarquia no Islã, a mesquita de “Omar” e o “Domo De La Roca”, de onde Maomé ascendeu aos céus, segundo a tradição. Sendo assim, os islamitas vão lutar com afinco pela Velha Cidade, como um todo ou em parte. E o caminho para chegar lá é a criação de um Estado palestino. Os

cristãos também já lutaram muito pela fascinante cidade e continuam desejando que ela continue aberta às suas peregrinações, advogando essa justa pretensão por meios mais humanitários. E os judeus, pelas ligações bíblicas, vão defender a sua unificação, sob a sua jurisdição, a qualquer preço. Não tenhamos dúvidas a respeito. No fundo, todo esse conflito do Oriente Médio (agora já mais extenso) tem um nome: *Jerusalém*.

Quem controlar a histórica cidade controla indiretamente o misticismo de dois e meio bilhões de crentes. E influi, de um modo ou de outro, sobre toda a humanidade, porque esse contingente abriga no mínimo 80% da tecnologia do globo, desde o arsenal científico do Ocidente às fontes de energia do Oriente Médio e da Ásia Central, e quase 100% dos meios de comunicação, que formam a opinião pública mundial.

Além de seu valor místico inextinguível, é um trunfo do mais alto poder de negociação internacional.

6. O Estado de Israel – *história recente*

Em 14 para 15 de maio de 1948 (à meia-noite), com base numa resolução da Assembleia Geral da ONU, dirigida por um brasileiro e datada de 29 de novembro de 1947, foi decidida a criação de um Estado Judeu, na Terra de Israel, a se chamar *Israel*.

Podemos imaginar as dificuldades na definição do novo Estado, depois de tantas alterações ao longo de sua história dinâmica.

Para os israelitas e, particularmente, os judeus, foi a concretização de um sonho de milênios, representando uma situação de fato, agora reconhecida pelo universo das nações, fruto de memoráveis campanhas de sofrimento, peregrinações, lutas e perseguições, sob o signo do monoteísmo e dos ensinamentos proféticos.

Para os vizinhos do mundo árabe-muçulmano, a resolução teve efeito desastroso, uma vez que o eterno inimigo judeu, dos

períodos anteriores, agora tinha uma feição oficial, institucional, o Estado de Israel, reconhecido no mesmo dia 14 de maio de 1948 pelos Estados Unidos, que acabavam de assumir a liderança mundial após a vitória na segunda Guerra Mundial. O novo Estado estava situado dentro de um semicírculo ocupado por seus tradicionais inimigos.

No entanto, se a declaração de independência de um Estado judeu pareceu assim tão traumática, ela já vinha sendo preparada habilmente desde a dominação turca, com as atividades judaicas de colonização, imigrações em massa, distribuição de fundos e, acima de tudo, com a ação da Organização Sionista Mundial.

Com o Mandato Britânico e a célebre Declaração Balfour de 1917, a grande Terceira Imigração, a fundação do primeiro “*ki-buts*”, do primeiro “*Moshav*” e, particularmente, com a inauguração da célebre Federação do Trabalho (*Histradut*), ocorreram os primeiros distúrbios entre árabes e judeus, que se estenderam até 1939. É dessa época o aumento da população de árabes cristãos em Nazaré e o assentamento de colonos árabes em várias partes do território, principalmente entre Nazaré e o Monte Carmelo.

Nem a criação de um governo árabe na Transjordânia (leste do Rio Jordão) serviu para contrabalançar as forças, francamente a favor de Israel, pela tecnologia e experiência trazida dos povos europeus.

Uma nova resolução da ONU, de 29 de novembro de 1947, serviu para acalmar os ânimos, pois previa uma repartição de governos na área, entre *judeus e árabes*.

Mas os choques entre os dois tinham mais o caráter *social* (de trabalho, de assentamento populacional) ou *agrário* (ligados a núcleos agrícolas), não estando ainda o conceito de *palestinos* suficientemente amadurecido.

Com o término do Mandato Britânico e a saída das últimas tropas inglesas, os exércitos da Jordânia, Egito, Síria, Iraque e Líbano invadiram o território de Israel em 1948. Era preciso liquidar o inimigo comum no

seu nascedouro. Os países árabes participantes, em número de cinco, e cuja população somada equivalia cem vezes à de Israel, foram fragorosamente derrotados em todas as frentes, numa guerra que os judeus chamaram “de Libertação”.

O lucro territorial dos israelitas não foi tão substancial comparado com o esforço de guerra, mas as rodovias e demais pontos estratégicos da Margem Ocidental, ocupada pelos árabes, vitais para uma ação futura, foram conquistados e deixaram a Nova Jerusalém liberada da pressão jordaniana.

Lembremos que a Cidade Nova, quase totalmente judaica, já possuía uma população dez vezes maior que a Cidade Velha, “Intra-muros”. Esta última, com todos os lugares santos, ficou em poder da Jordânia.

A partir dessa campanha, os árabes que permaneceram nas zonas ocupadas, passaram realmente a constituir *os palestinos*.

Saibam os leitores que os *filisteus*, invasores da Terra dos Cananeus, só muito mais tarde foram chamados de *palestinos* e assim mesmo dependendo do tempo e do espaço.

Mas agora o confronto era armado e se desdobrava em ações diversificadas; os israelitas passaram a vê-los sob um conceito diferente. *Palestino* passou a ser uma condição *política*, não uma situação *geográfica*.

Assim, um árabe residindo em Nazaré ou assentado nas colônias agrícolas da Galiléia não é um *palestino*. Porém um paquistanês que participe como ativista nas manifestações de rua em Gaza ou Ramalah, por exemplo, é um *palestino* com todas as letras.

Após o episódio militar da Conquista do Sinai, logo devolvido ao Egito, houve, em 1967, uma verdadeira guerra relâmpago, chamada dos Seis Dias, mas que comentaremos com mais pormenores, pela sua importância. Era a seguinte a situação anterior: 1) população total de Israel (dados aproximados): 2.800.000, sendo 2.400.000 judeus, 300.000 muçulmanos e outros, 100.000; comparado com cifras anteriores, a população judaica quase quadruplicara; 2) a imigração de judeus de todas as partes do mun-

do continuava intensa, em face dos benefícios tecnológicos no campo e o anseio cada vez maior do retorno à Terra de Israel; 3) a situação incômoda de Jerusalém dividida, ficando a Cidade Velha com a Jordânia, com o controle absoluto dos lugares santos e grande parte das sinagogas destruída. A conseqüência era de se prever: numa guerra de seis dias, os judeus expulsaram os palestinos da margem ocidental do Rio Jordão, reunificaram Jerusalém com a retomada da Cidade Velha, retomaram a Faixa de Gaza e, finalmente, as Alturas de Golan. Esta última região, tomada da Síria, deveu-se a motivo de segurança, pois até com arma automática é possível destruir qualquer tropa a pé que circule no vale do Lago Hule, entre Cafarnaum e Dan.

Como a terra não pode absorver judeus e árabes, pois não há como fisicamente ocupar uma vaga com duas coisas do mesmo tamanho, ao mesmo tempo, muitos palestinos emigraram para os países árabes vizinhos, onde passaram a constituir, como refugiados, mais um problema para o país acolhedor. Esses refugiados, em sua quase totalidade árabes, são também palestinos, embora residam fora da Palestina. Essa guerra, dos Seis Dias, foi, realmente, até agora, o último episódio de guerra convencional para a disputa da Margem Ocidental.

A partir de então, seguiram-se as pressões internacionais, os acordos políticos bilaterais, com um ou mais de um país árabe vizinho, e, dentro do próprio governo israelense, tendências políticas motivando a reocupação de áreas da Margem Ocidental, propiciando a perspectiva da formação de governos dos próprios palestinos, com sua milícia, e dispensando o apoio militar direto dos países periféricos, cuja incapacidade de vencer o inimigo comum fora já demonstrada.

Ora, a formação dessas organizações, como a OLP de Yasser Arafat, previa uma autoridade central, apoiada por uma milícia regular, atuando por processos racionais. Como o resultado não foi o esperado –

e a principal causa foi a falta de unidade política, a motivar desastrosas dissensões entre suas facções –, formaram-se à sombra dessas organizações grupos de ação violenta, que encontraram brechas no texto do Corão para a justificativa de suas ações extremadas. No nosso artigo do número anterior “Islamismo e Estado”, abordamos o tema. Essas ações terroristas passaram a ter como alvo não somente Israel, mas também seus aliados, principalmente o mais poderoso, os EE.UU.

Também essas ações transcenderam o território de Israel e estão ocorrendo no mundo todo, despertado para uma campanha contra um inimigo que não é novo, mas que atualmente se confunde com grupos de objetivos diferentes, podendo, mesmo, ser legítimos alguns desses objetivos.

O perigo dessas ações extremadas, contando aparentemente com o aplauso popular, que não vê outro meio de corrigir o que julga desacertado e que se ilude com o efeito imediato e emocionante das ações, é que provoquem uma reação de efeitos desastrosos e até catastróficos. Além disso, esses grupos violentos, fugindo ao controle de suas bases nacionais ou políticas, terminam por comprometê-las no processo global, criando um quadro geral indefinido e sem conserto.

Conhecemos a Terra Santa palmo a palmo. Podemos dizer, com toda a segurança, que não vemos solução a curto e médio prazo, para uma paz definitiva, nem mesmo para uma relativa estabilidade política na área. A perspectiva é a de dois blocos de estruturação absolutamente diversa, atritando-se em territórios justapostos, que nem fronteiras geográficas apresentam. Junte-se a isso a necessidade de circulação e de ligação para os ocupantes da Margem Ocidental e a utilização do espaço aéreo.

7. O Estado de Israel – estruturação política

O Estado de Israel é uma república parlamentarista democrática. Nenhum país do

mundo pode usar em toda a sua plenitude a palavra “parlamentarismo” quanto Israel. O Parlamento, em hebraico “Kneset”⁸, é o governo por excelência, pois o Chefe de Gabinete, eleito por votação da Kneset, assume mais poderes que o Presidente da República em países de regime presidencialista. Em compensação, o Chefe de Gabinete cai por um voto de desconfiança da Kneset.

Dirão os leitores que esse é o mecanismo normal de rotação do poder em todas as repúblicas parlamentaristas. Somente que, em Israel, esse mecanismo é muito mais dinâmico, devido à estruturação política resultante de sua formação mística, com base nas leis proféticas de sua história conturbada, sendo objeto de dominações estrangeiras seguidas e de seu papel de acolhedor de vários tipos de cultura ocidental e oriental.

Sendo assim, nem mesmo tempo houve para a consolidação de todo o pensamento liberal do povo judeu num documento único, que seria a Constituição escrita, segundo o modelo brasileiro, por exemplo.

O que existe, realmente, são ordenamentos jurídicos específicos, que guardam vestígios de ocupação estrangeira, destacando-se particularmente: 1) a lei otomana; 2) a legislação palestina, com origem no Mandato Britânico, mas destinada ao habitante da área; 3) a lei comum, de cunho prevalentemente inglês; 4) A lei religiosa, das diversas comunidades do povo da área; e 4) a legislação israelita, de cunho absolutamente judaico, destinada a modificar-se a pouco e pouco e a adaptar-se às necessidades do novo Estado.

Não poderíamos deixar de fazer uma pequena apreciação sobre o sistema legal, em que o ponto diferencial em relação a outros países é o sistema de Cortes Religiosas (cristãs, muçulmanas, rabínicas, etc.), atendendo naturalmente ao caráter basicamente religioso dos contingentes humanos da região.

Quando iniciamos este artigo, abordamos a diversidade topográfica num território tão pequeno quanto o de Israel. O mes-

mo não podemos dizer quanto à significativa diversificação política de seus habitantes, pois o Estado de Israel representa realmente uma síntese de toda a estrutura política européia, pois os judeus que regressavam à terra natal sempre trouxeram a marca cultural dos países onde estavam exilados. É significativo também o número de partidos políticos, variando desde a extrema esquerda até a ultradireita religiosa. São em número de vinte e três, se contadas as cisões de partidos maiores e os partidos que defendem os interesses árabes. Para efeito, porém, de equilíbrio governamental, eles podem-se agrupar em 4 orientações, com uma prevalência pela tendência social-democrata: 1) os trabalhistas, a maioria no Parlamento; 2) os de tendência esquerdista, comunistas ou socialistas, incluindo os partidos árabes; 3) os religiosos, que, apesar de não serem maioria, exercem influência marcante nas decisões governamentais; e 4) os independentes, que se unem para eleger o Chefe do Gabinete.

Ficamos impressionados como tantas correntes políticas podem manter um Gabinete durante tanto tempo e em circunstâncias tão difíceis, mas há um fator decisivo concorrendo para essa relativa estabilidade governamental: a sobrevivência da nação.

Sempre foi idéia comum dividirmos o pensamento judaico em duas correntes filosóficas: os *sionistas*⁹, que colocavam a política em primeiro plano, e o *rabinato*, de religiosos. Com os episódios trágicos que estão marcando o mundo no Oriente Médio, já não podemos distinguir onde termina o interesse político e onde começa o compromisso religioso.

Não vamos fazer um resumo como conclusão, pois que, pela vastidão da matéria, fomos pinçando somente os enfoques mais atraentes para o leitor e que não são normalmente debatidos na mídia. Ao invés, como conclusão, vamos abordar um fator que ficou um pouco de escanteio, mas, quem sabe, possa trazer a solução de toda essa situação caótica daquela área e que

parece não ter fim: a intermediação do mundo cristão.

8. O cristianismo – uma perspectiva de mediação

Dissemos no princípio deste artigo que a Terra de Israel era, acima de tudo, uma terra de contrastes. Vejamos mais um.

Jesus de Nazaré, o maior líder espiritual que o mundo já viu, nasceu em Belém, no ano 6 ou 7 de sua própria Era, por um erro do atual calendário gregoriano¹⁰!

Belém fica situada bem no centro da Judéia e era berço do Rei David. Embora fosse uma cidade pequena, a profecia de Miquéias previa ali o nascimento do Salvador¹¹.

Assim, Jesus de Nazaré era um *judeu* da linhagem *Judá-David* e a imagem dos presentes dos Reis Magos representava com justeza o anseio geral: ouro, para a realeza (filho de David); incenso, para a santidade (nasceu o Salvador); e mirra, para a humanidade (“e o Verbo se fez carne”). Jesus, com sua família, durante toda a sua vida, até o início do seu ministério público, atendeu a todas as prescrições da Lei Mosaiaca e, embora residisse em Nazaré, fazia todas as peregrinações a Jerusalém, nas datas indicadas.

O problema começou quando Jesus, declarando que não tinha vindo para derogar a Lei e sim para aprofundá-la, deu, na verdade, uma guinada de 180 graus nas recomendações rabínicas ao afirmar que a Lei Mosaiaca e os Profetas se resumiam num único mandamento, composto de duas partes complementares: “Amar a Deus e ao próximo”.

O outro choque foi quando se declarou Messias, mas não para libertação política, porque o seu Reino não era “deste mundo”. A Judéia, no tempo de Jesus, vivia o auge do *messianismo*, com a esperança de um Salvador que libertasse o povo de tanta opressão; daquela vez, do jugo romano.

Finalmente, o terceiro rompimento formal foi a recomendação para que o ensino do Evangelho fosse ministrado até os con-

fins da Terra, para a salvação de todos, estendendo o conceito de Povo de Deus a toda a humanidade. Aliás, essa inclusão dos pagãos no contingente dos candidatos à salvação foi uma tônica durante todo o ministério de Jesus.

Era demais para os dirigentes judeus da época, que não perdoariam jamais essa aparente derrocada da Lei!

As conseqüências todos conhecem.

Não tendo condições para a permanência em Jerusalém, os Apóstolos procuraram outras terras, mas alguns ainda se sentiam presos à severa tradição judaica e às suas tradições. Foi então que surgiu o fenômeno Paulo de Tarso, que recebeu o difícil encargo da doutrinação dos gentios, levando o final de sua campanha a Roma, onde outros Apóstolos o reforçariam.

A transferência do centro espiritual do Cristianismo nascente para o pólo do então poderoso Império Romano, onde acabou triunfante, apesar das perseguições, trouxe muitas conseqüências de ordem político-militar.

Uma delas foi a ação de Roma contra a invasão bárbara da Europa, que traria sérios reflexos na Civilização Ocidental. Somente esse episódio justificaria a presença da nova crença na Europa, se feita a abstração dos aspectos místicos.

Contudo, Roma cometeu, também, inúmeros erros e desvios. A Inquisição e seus desdobramentos, os desmandos de alguns dirigentes da Igreja durante o poder temporal e mesmo desacertos em assuntos da própria legislação eclesiástica propiciaram a Reforma, um duro golpe na Igreja! Finalmente, apareceu um anjo salvador, Inácio de Loyola, uma inteligência fulgurante, e o “trem voltou aos trilhos”.

Dois décadas passadas, quando a maioria dos padres católicos europeus ainda se inebriava com os acenos promissores da teoria marxista, houve um pequeno tremor de terra político, até que foi nomeado Vigário de Cristo um polonês conhecedor profundo da matéria, Karol Voytila, o Papa João Pau-

lo II, cuja atuação concorreu para levar à implosão o império comunista.

Não há dúvida de que, apesar de alguns tropeços, símbolos de humanidade, Roma tem agido com muito acerto, equilíbrio e fidelidade aos ensinamentos do Cristianismo autêntico, pautando sua conduta pelos instrumentos da paz e do amor, em função de que sua atuação mediadora seja decisiva nas questões do Oriente Médio.

Enquanto caminha nas estradas deste mundo, rumo à eternidade, Roma, nestes dois mil anos, tem atuado com firmeza, mas com serenidade, saindo de situações difíceis, mostrando que é assistida espiritualmente. Embora procure se ajustar às exigências do mundo moderno, mantém os fundamentos básicos do Cristianismo original autêntico, não se deixando influenciar por motivações “vivenciais”.

Mas não esqueçamos nunca: Roma tem sido uma cópia autêntica e inspirada. Mas é uma cópia. O original é Jerusalém.

Notas

¹Hebreu parece ter origem na raiz semítica EVER, que, em todos os vocábulos derivados, tem relação com “travessia”. Os hebreus vieram para a Terra de Canaã de “Além do grande Rio Eufrates”.

²Gênesis, XII, 1 – 5.

³Gênesis, XV, 7, 18 – 20.

⁴Deuteronômio, XXXIII, 48 – 52.

⁵A nação fenícia tinha esse nome “Phoenícia” devido a uma palmeira cujo coco produzia uma tintura vermelho-carmim, a “Phoenix”, comercializada com os gregos. É também o nome de uma ave mitológica que morre e ressuscita, mas que aparentemente nada tem que ver com a Fenícia.

⁶Possuímos cópia do alfabeto cananeu, ou fenício, subtraído pelos gregos por volta de 900 a.c. As letras foram sendo modificadas com os tempos, nos períodos de cultura grega, depois pelos etruscos, romanos, até o nosso alfabeto. Os leitores interessados podem procurar maiores informações na Subsecretaria de Edições Técnicas – Av. N2, Unidade de Apoio III – Cep 70165 900 – Brasília, DF.

⁷Termo grego que significa “dispersão” ou “êxodo”.

⁸ Palavra que significa “assembléia”.

⁹ Adepto do sionismo, movimento por um Estado israelita autônomo. Vem de “Sion”, monte próximo a Jerusalém.

¹⁰ Jesus nasceu entre os anos 747 e 748 da fundação de Roma, isto é, seis ou sete anos antes de começar a Era Cristã!

¹¹ Miquéias, 5,1.

Sustação de atos do Poder Executivo pelo Congresso Nacional com base no artigo 49, inciso V, da Constituição de 1988

Marcos Aurélio Pereira Valadão

Sumário

1. Repartição das competências entre os três poderes e seu controle. 2. Art. 49, inciso V, da Constituição – análise do dispositivo. 2.1. aspectos históricos. 2.2. A sustação de atos normativos – natureza jurídica e efeitos. 2.3. Poder regulamentar. 2.4. Delegação legislativa. 3. Limites do controle legislativo. 4. Da possibilidade de controle de constitucionalidade do decreto legislativo editado com base no Artigo 49, inciso V. 4.1. Perplexidades decorrentes. 5. Poder regulamentar e sua sustação pelo Congresso Nacional – a concretização de sua aplicação. 5.1. Projeto de decreto legislativo CD nº 442, de 2000. 5.2. Projeto de decreto legislativo CD nº 893, de 2001. 6. Considerações finais.

1. Repartição das competências entre os três poderes e seu controle

Embora não seja o escopo deste estudo a análise da repartição das competências entre os poderes, faz-se necessário um delineamento do tema para se fixar os pontos sobre os quais serão traçadas as linhas mestras do trabalho aqui desenvolvido, que é direcionado à questão do controle de um poder sobre outro.

O Estado moderno, diga-se, o Estado de Direito contemporâneo, tem como requisito básico, com o sentido de garantir as liberdades e os direitos dos cidadãos, a partição dos poderes estatais, de maneira que não sejam exercidos por uma só pessoa ou órgão. Esses poderes consistem em dirigir o

Marcos Aurélio Pereira Valadão é Mestre em Direito Público (UnB), Pós-graduado em Administração Tributária (UCG), MBA pelo IBMEC-DF, Professor de Direito Tributário da Universidade Católica de Brasília (UCB), graduação e pós-graduação, e Auditor Fiscal da Receita Federal.

Estado (executar leis), fazer leis e aplicá-las aos casos concretos (no sentido de controle da observância das leis e dos direitos dos indivíduos) e são conferidos a Poderes distintos, denominados Executivo, Legislativo e Judiciário respectivamente. Tal divisão, embora já tenha sido discutida por Aristóteles, na antiguidade, resulta das concepções de Locke e Montesquieu¹. Essas posições filosóficas, por vezes, são objeto de releituras, ou redefinições, como a de Loewestein, que vê de forma diferente o problema da repartição das atribuições dos poderes do Estado. Nota-se que ocorre uma evolução conformativa do Estado, que faz com que esses “poderes” sofram um processo de “interpenetração”, permeada de “controles recíprocos”.

O fato é que se tem, ainda, nos Estados contemporâneos, salvo algumas exceções, os poderes distintamente separados, com previsão constitucional específica de como devem “trabalhar” esses poderes e quais seus limites, configurando um sistema de “freios e contrapesos”. No Estado de Direito, é preciso que algum órgão, inserido em algum dos Poderes, revestido de legitimidade, dê a palavra final sobre a aplicação do Direito, e essa incumbência é atribuída ao Poder Judiciário que, via de regra, tem como entidade máxima uma corte suprema, incumbida de pronunciar o veredito definitivo sobre Direito Constitucional, que é um Direito de cunho eminentemente político.

As constituições têm regras sobre o funcionamento harmônico dos poderes e devem trazê-las para evitar que surjam, a todo o momento, questões sobre as competências e atribuições dos poderes. Essas questões contêm problemas políticos de difícil solução que, muitas vezes, contemplam aspectos de natureza usurpativa. Ou seja, um poder, por intermédio de seus membros, e por via de determinadas competências próprias, usurpa as competências de outro. Daí a necessidade de normas estruturantes nas constituições de forma que, definindo de maneira específica e delimitada as competências dos

poderes previnam os conflitos entre eles. E mais, devem conter, também, normas de resolução de conflitos – as normas de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos pelo Poder Judiciário são normas desse naipe.

Assim, as constituições, em especial a brasileira, trazem normas que definem como o Poder Legislativo controla e fiscaliza os atos do Poder Executivo e alguns atos (administrativos) do Poder Judiciário. Trazem, também, os mecanismos institucionais pelos quais o Poder Judiciário controla os atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, os primeiros enquanto atos administrativos e legislativos (o Poder Executivo tem competência legislativa, embora restrita) e, com relação aos segundos, os atos legislativos em essência (leis, emendas constitucionais, etc.). São os freios e contrapesos que garantem a estabilidade do sistema, possibilitando que os Poderes funcionem com autonomia (vigiada) e independência (limitada), resultando harmônicos entre si.

Repise-se, compete somente a um Poder dar a *palavra final* sobre a adequação à Constituição de atos de qualquer dos Poderes – este Poder é o Poder Judiciário, e não o poder como um todo, mas seu órgão máximo, que no caso brasileiro é o Supremo Tribunal Federal (STF). Sob esse aspecto, sua responsabilidade é preponderante, pois dependem da sua aquiescência as mudanças na Constituição, considerando-se que o STF tem o poder de limitar a competência do Congresso Nacional para alterar o texto constitucional. Além disso, o STF tem a faculdade de, por via interpretativa, provocar a chamada mutação constitucional, atuando como legislador positivo. Ou seja, pode legislar de fato e de direito, de maneira definitiva (não cabe recurso da decisão definitiva do STF), e pode limitar a competência de quem tem a atribuição constitucional originária de legislar em sede de poder constituinte derivado (por via de emenda constitucional).

Interessa aqui verificar como se dá o controle dos atos do Poder Executivo pelo Po-

der Legislativo; especificamente os atos do Poder Executivo revestidos do caráter legislativo, consubstanciados no poder regulamentar e na delegação legislativa.² Entre esses atos, o foco do presente trabalho é dirigido aos atos do Poder Executivo no exercício do poder regulamentar, em especial porque essa matéria tem sido objetivo do maior número de propostas de decreto legislativo com o objetivo de sustá-los.³

A Constituição de 1988 traz, em seus artigos 48 a 50, as atribuições do Congresso Nacional e, nos artigos 51 e 52, as atribuições específicas de cada uma de suas casas. Em alguns desses dispositivos, está prevista a competência de fiscalização pelo Congresso dos atos de gestão do Poder Executivo, bem assim de seus atos normativos, conforme dispõe o art. 49, inciso V, objeto precípuo do presente estudo.

2. Art. 49, inciso V, da Constituição – análise do dispositivo

O art. 49, inciso V, da Constituição Federal tem a seguinte redação:

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

[...]”

Trata-se de princípio constitucional que tem a natureza de princípio constitucional extensível, tanto é que há repetição desse dispositivo nas constituições estaduais, e tal aspecto não foi refutado pelo Supremo Tribunal Federal. Tal entendimento é corroborado pelo conhecimento, pelo STF, de ADIns contra atos legislativos estaduais e distritais editados para sustar atos do Poder Executivo (ADIns nº 748-3/RS e 1.553-2/DF), sem se questionar da constitucionalidade dos dispositivos das Constituições estadual e distrital, que possibilitaram a edição dos atos sustadores pela Assembléia Legislati-

va e Câmara Distrital respectivamente. Daí que as conclusões aqui expostas aplicam-se tanto na esfera federal, quanto na estadual.

Destaque-se, também, que o decreto legislativo, ato pelo qual é veiculada a sustação prevista no artigo 49, inciso V, embora conste como modalidade de processo legislativo no artigo 59 da CF/88, não tem sua disciplina regulamentada na Constituição. Sua elaboração e edição são normatizadas por via do Regimento Interno do Congresso Nacional.

No que diz respeito ao objeto da sustação, podem ser atos do Poder Executivo, no exercício do poder regulamentar, ou atos decorrentes de delegação legislativa. Esses dois aspectos serão abordados em separado adiante (itens 2.3 e 2.4). Elimine-se, de antemão, a possibilidade do controle das medidas provisórias (editadas com base no artigo 62 da CF/88), por via de decreto legislativo editado com base no art. 49, V. As medidas provisórias não decorrem do poder regulamentar⁴ e não se equiparam à delegação legislativa (edição de leis delegadas, conforme artigo 68 da CF/88).

2.1. Aspectos históricos

A competência do Congresso Nacional de sustar atos do Poder Executivo, nos termos do art. 49, inciso V, é nova, i.e., é uma inovação trazida pela Constituição de 1988, que não encontra paralelos normativos exatos nas constituições anteriores.

A doutrina cita a Constituição de 1934, que em seu art. 91, incisos I e II, atribuía ao Senado Federal competência semelhante⁵. Contudo, o arcabouço constitucional em que estava inserido o Senado Federal, na Carta de 1934, era diferente, não se tratava de casa legislativa em sua acepção plena, mas estava mais próxima de ser um órgão de coordenação dos poderes federais. Tal dispositivo, embora a Carta de 1934 tenha tido curta duração, foi objeto de polêmica na doutrina⁶. Na Constituição atual, a confrontação de poderes trazida pelo art. 49, inciso V, é

mais clara, considerando-se que o poder de sustar os atos é deferido ao Congresso Nacional – casa legislativa por excelência.

Destaque-se que o conteúdo do inciso III do mencionado art. 91 da Carta de 1934 dispunha que os atos das autoridades administrativas (portanto, não os regulamentos presidenciais, mas atos baixados com base nesses) deveriam ser objeto não de sustação direta pelo Senado Federal, mas de proposta apresentada ao Poder Executivo para que este procedesse à sua revogação. Parece-nos que essa fórmula é mais sábia que a fórmula genérica da Constituição de 1988. Como se verá adiante, a forma do dispositivo atual pode levar ao entendimento de que há campo para ataques diretos do Congresso Nacional a atos de autoridades administrativas, o que se reputa inviável e que pode trazer sérios inconvenientes.

2.2. A sustação de atos normativos – natureza jurídica e efeitos

A sustação de atos normativos do Poder Executivo pelo Congresso Nacional tem natureza de controle de constitucionalidade do tipo controle político. Veja-se que, para o Congresso Nacional sustar ato normativo do Poder Executivo, há que se configurar a exorbitância do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa, a critério do Poder Legislativo.

Em ambas as situações, é indubitável que se configura caso de inconstitucionalidade. Se um decreto presidencial vai além do que está previsto na lei, ou seja, exorbita do poder regulamentar, trata-se de inconstitucionalidade do decreto pela via indireta. Também, se a uma lei delegada editada pelo Poder Executivo extrapolar os limites da competência legislativa delegada pelo Congresso Nacional, configura-se inconstitucionalidade da mesma lei. Assim, promovendo a sustação desses atos, o Congresso Nacional promove o controle de constitucionalidade dos mesmos.

Trata-se, portanto, de controle político de constitucionalidade⁷. Tal sistema é adota-

do na França, porém previamente à edição do ato. No Brasil, como se vê, existe a previsão constitucional de controle político *a posteriori*. Como se trata de controle político, materializado em ato cuja edição fica a cargo do próprio Poder que toma a iniciativa, é uma faculdade, e não um “poder-dever” do Congresso Nacional.

A outra hipótese é de se admitir a possibilidade do controle da discricionariedade do Poder Executivo, no que diz respeito ao poder regulamentar. Aqui os problemas parecem ser maiores, visto que nem ao Poder Judiciário é admitido o controle da discricionariedade administrativa (em relação aos seus aspectos de oportunidade e conveniência). A sustação de atos do Poder Executivo com base em aspectos dessa natureza refugiria completamente ao sistema de pesos e contrapesos entre os três Poderes, podendo derivar para uma confusão de competências. Assim, deve ser afastada essa possibilidade, pelo menos no plano teórico.

Há que se admitir que o objeto principal do controle efetivado pelo Poder Legislativo é o excesso de poder. No dizer de Anna Cândida Cunha Ferraz:

“Finalmente, o objeto do controle – excesso de poder – é perfeitamente delineado. O Legislativo, ao exercer esse poder congressional de sustar regulamentos ou lei delegada, interfere na função constitucional normativa do Executivo. De fato, o legislativo não exerce “apenas” o controle, puro e simples, da lei (no caso do regulamento) ou da lei delegada (no caso de delegação), mas, ao contrário, fiscaliza a própria atuação do Executivo. Sem sombra de dúvida, pois, trata-se de interferência na partilha constitucional de competências. Configura-se, assim, a sustação controle de constitucionalidade semelhante àquele exercido pelo Poder Judiciário ao declarar um ato normativo inválido” (1994, p. 209).

O excesso de poder, nesse caso, deve ser entendido como o exercício do poder regu-

lamentar além dos limites da lei, o que resulta em ilegalidade do ato e, em consequência, sua inconstitucionalidade, mas não por ferir diretamente a Constituição, e sim por extrapolar os limites da lei regulada.

No caso da delegação legislativa, os critérios de aferição são mais objetivos, visto que a resolução que confere a delegação, conforme dispõe o artigo 68, § 2º, da CF/88, ela própria já fixa os limites da delegação. Incabível, pois, a edição de decreto legislativo que suste lei delegada que não seja lastreado em exorbitância da competência delegada.

Com relação aos efeitos, o decreto legislativo “susta” os efeitos do ato do Poder Executivo. Isso quer dizer que fica suspensa a vigência e, portanto, a eficácia do ato do Poder Executivo. Não se trata de uma revogação no sentido estrito do termo. Pode-se inferir que se trata de uma situação, pelo menos em princípio, transitória. Sendo assim, tal sustação deve progredir para um entendimento entre o Legislativo e o Executivo, no sentido de que o Poder Executivo reformule o ato regulamentador ou lei delegada, ou que o Congresso Nacional, *per se*, edite lei regulamentando a matéria controversa. Não se trata de ato idêntico à resolução do Senado Federal que suspende a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva pelo STF (art. 52, inciso X), pois nesse caso a palavra final já está dada por quem tem a competência constitucional para fazê-lo – o STF.

2.3. Poder regulamentar

Cumpra alinhar de maneira sucinta o que se compreende por poder regulamentar. Diógenes Gasparini (1978, p. 38-42) ressalta a impropriedade do uso do termo “poder regulamentar”, como se houvesse, ao lado dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, outro poder de igual porte. A ressalva é pertinente. Contudo, a expressão “poder regulamentar” é de uso corrente e, evidentemente, não tem o mesmo significado, ou abrangência, de um “poder estatal”, mas o sentido de competência ou atribuição.

Há que distinguir entre poder regulamentar e poder normativo. O primeiro dirige-se à regulamentação das leis, o segundo é mais geral e abrange, inclusive, os regulamentos (decretos) autônomos. Conforme Odete Medauar (2000, p. 135-136): “Do ponto de vista lógico, é melhor dizer que há um poder normativo geral, do qual o poder regulamentar apresenta-se como espécie”; e adiante: “No direito brasileiro o *poder regulamentar* destina-se a explicitar o teor das leis, preparando sua execução, completando-as, se for o caso. Do exercício do poder regulamentar resulta a expedição de regulamentos, veiculados por meio de decretos. Trata-se dos chamados regulamentos de execução, de competência privativa do Chefe do Executivo, são atos administrativos que estabelecem normas gerais.” (itálicos no original)⁸.

Assim, entende-se que o poder regulamentar a que se refere o artigo 49, V, da Constituição Federal abrange aquele estabelecido no artigo 84, incisos IV e VI, i.e., abrange a regulamentação das leis; poder regulamentar que é atribuído, genericamente, em respeito ao mencionado inciso IV e especialmente sobre a organização e o funcionamento da administração federal, no caso inciso do VI.

2.4. Delegação legislativa

É entendimento uniforme que a expressão “delegação legislativa” constante do art. 49, inciso V *in fine*, refere-se à previsão de expedição de leis delegadas pelo Chefe do Poder Executivo, com base no artigo 68 da CF/88⁹. Nesse sentido, referindo-se à sustação de atos que exorbitem da delegação legislativa, sustenta Anna Cândida da Cunha Ferraz:

“Embora integre o mesmo dispositivo que contempla o poder congressional de sustar atos que exorbitem do poder regulamentar, retro examinado, é, em essência, diferente essa atribuição do Congresso Nacional e não terá talvez a mesma relevância, na práti-

ca, da relativa ao poder regulamentar. Com efeito, refere-se o texto a *ato normativo* que exorbita dos *limites da delegação legislativa*. Como tende a doutrina a admitir que, no sistema constitucional brasileiro, somente são possíveis as exceções expressas constitucionalmente, consoante se observou, e constatando-se que, de modo expresso, o que é contemplado na Constituição, como instrumento de delegação legislativa, é a *lei delegada*, modalidade constitucionalmente admitida de delegação legislativa ao Poder Executivo (art. 59), parece que o preceito constitucional apenas incide sobre essa espécie de delegação” (1994, p. 99-100) (Itálicos no original).

Assim, tem-se que a delegação legislativa prevista no art. 49, inciso V, da CF/88 refere-se, única e exclusivamente, à veiculação pelo Poder Executivo de leis delegadas, com base no art. 68 da Constituição.

Questão que se afigura interessante é se poderia o Congresso Nacional sustar leis delegadas editadas antes da promulgação da Constituição de 1988, considerando que o dispositivo que autoriza tal prática não existia anteriormente à sua edição. Adotando-se a orientação do STF no que diz respeito a direito pré-constitucional, a conclusão, pelo menos aparentemente, seria no sentido de não se aplicar tal controle político.

Contudo, parece-me que deve ser admitido tal controle. Justamente por ser uma norma que possibilita o controle político, se for detectado pelo Congresso Nacional que houve extrapolação da delegação, ainda que tenha ocorrido antes de outubro de 1988, nada obsta a aplicação do permissivo. Não se trata da hipótese de inconstitucionalidade superveniente da lei delegada. A inconstitucionalidade já existia, o que não existia era a possibilidade do seu controle político. O novo, nesse caso, não é a matéria sob controle, mas a modalidade de controle.

Considerando que após a Constituição de 1988 foram editadas apenas duas leis

delegadas (ambas disciplinando gratificações para servidores públicos) e que nenhuma delas foi objeto de sustação pelo Congresso Nacional, com base no art. 49, inciso V, perde sentido a análise, com escopo prático, desta parte do dispositivo estudado.

3. Limites do controle legislativo

Indubitável que a regulamentação de leis comporta aspectos de discricionariedade¹⁰. E aqui, novamente, o problema seria de controle do excesso de poder, no sentido de extrapolar os limites da discricionariedade. Ocorre que, se os atos normativos editados pelo Poder Executivo forem editados com obediência aos princípios inscritos no art. 37 da CF/88, esses atos não poderão ser atacados pela via do controle previsto no artigo 49, inciso V, da CF/88.

A exorbitância do poder regulamentar eiva o ato de inconstitucionalidade, por vício de ilegalidade (vai além dos limites da lei). No entanto, pode-se ter um ato inconstitucional que não exorbite do poder regulamentar, mas que seja inconstitucional por ferir um dos princípios do citado artigo 37, que não seja o da legalidade. Por exemplo, um decreto presidencial, que, dentro dos estritos limites da lei, amplie determinados benefícios, porém violando o princípio da impessoalidade. Não há aqui exorbitância do poder regulamentar, mas há inconstitucionalidade. Não é possível, nesse caso, que o Congresso Nacional edite um decreto legislativo sustando o decreto presidencial.

Quanto aos atos executivos autônomos, que não correspondem à regulamentação de leis, o seu controle fica mais complexo, já que o parâmetro de controle, que é, normalmente, a lei, passa ser a própria Constituição. Neste caso, i.e., dos regulamentos autônomos, ou decretos autônomos, que são passíveis do controle direto de constitucionalidade¹¹, não podem ser objeto de sustação pelo Congresso Nacional, pois não são atos da espécie “poder regulamentar”, mas inseridos no “poder normativo”.

Em sede de delimitações e repartição de competências e atribuições de poderes, a interpretação da Carta Magna deve ser extremamente cautelosa em relação aos termos utilizados na redação do texto. Poder regulamentar aqui deve ser entendido em sentido restrito, i.e., os atos do poder executivo que regulamentem leis editadas conforme o processo legislativo estabelecido na Constituição. Portanto, não estão alcançados pelo controle previsto no art. 49, inciso V, da CF/88 os atos normativos editados com supedâneo no poder normativo do Poder Executivo e que não se destinem especificamente à regulamentação de leis, a exemplo dos regulamentos autônomos.

Outro problema diz respeito aos atos editados por autoridades que não o Chefe do Poder Executivo. Por exemplo, o Presidente da República, por via de Decreto, delega ao Ministro de Estado a competência para normatizar determinados aspectos de uma lei. Ou, outra situação, a própria lei remete a uma autoridade, que não o Chefe do Poder Executivo, a regulamentação de determinado aspecto para a implementação dos comandos legais. Em ambos os casos, o primeiro de delegação e o segundo de atribuição legal, não será o chefe do Poder Executivo que exercerá o poder regulamentar, por via do ato próprio – o decreto presidencial. Questiona-se: nesses casos, pode haver sustação, pelo congresso Nacional, desses atos, com base no art. 49, inciso V, da CF/88?

Parece-nos que a resposta é no sentido negativo. O problema aqui é que não compete ao Congresso Nacional, diretamente, por via legislativa (decreto legislativo) se amiscuir em atos regulamentares, melhor dizer atos normativos, editados no âmbito do Poder Executivo, por autoridades que não o Chefe do Poder Executivo. Há outros mecanismos para se proceder a esse controle, a cargo do Poder Judiciário, de maneira genérica, e, em situações específicas, do Tribunal de Contas da União (art. 71, incisos IX, X e XI). Além do que, essa modalidade

de atos não se amolda, em sentido estrito, ao conceito de ato regulamentar, decorrente do poder regulamentar, mas sim ao de ato executivo, inserindo-se no âmbito dos atos normativos.

Ou seja, o controle que pode ser exercido pelo Poder Legislativo, com base no art. 49, inciso V, da CF/88, é limitado e restringe-se às hipóteses de extrapolação do poder regulamentar, no sentido de não-adequação aos limites da lei regulamentada (disposições *contra legem*, *extra legem* ou *ultra legem*), configurando violação ao princípio da legalidade, e diz respeito somente aos atos do chefe do Poder Executivo, isto é, os decretos regulamentares, não abrangendo os decretos autônomos ou qualquer outro ato emanado na esfera do Poder Executivo. Qualquer outra hipótese de inconstitucionalidade só poderá ser objeto de controle pelo Poder Judiciário¹². Entender-se de outro modo seria como se ler no supercitado inciso V do artigo 49 da CF/88 não a expressão “atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar”, mas “atos normativos no âmbito do Poder Executivo eivados de inconstitucionalidade direta ou indiretamente”; o que configuraria, evidentemente, uma ampliação distorcida do comando constitucional.

Nesse sentido, o STF, ao julgar os embargos de declaração AGAED (Edcl – AgRg) nº 185.142-PE (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1998, p. 732), que teve como relator o Ministro Moreira Alves, exarou a seguinte ementa:

“EMENTA: – Embargos de declaração

Ocorrência de omissão quanto à forma de delegação feita pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ao INCRA. Omissão que se supre, esclarecendo-se que essa questão só daria margem a ofensa indireta à Constituição, e, além disso, *nada tem que ver com o disposto no artigo 49, V, da Carta Magna*, invocado no recurso extraordinário.

Embargos recebidos para suprir a omissão do acórdão embargado, sem, no entanto, modificar o dispositivo deste.” (destacou-se).

A amplitude da aplicação do dispositivo do art. 49, inciso V, da CF/88 não é unanimidade. A Prof. Anna Cândida da Cunha Ferraz (1994, p. 214-215) sustenta que “o exercício desse controle político pelo Congresso Nacional leva-o a interpretar a Constituição conforme a lei e não conforme a Constituição, numa perigosa inversão para a supremacia, a vitalidade e a defesa das normas constitucionais” e que tal dispositivo se afigura como figura anômala no ordenamento jurídico, e propõe sua supressão¹³.

4. Da possibilidade de controle de constitucionalidade do decreto legislativo editado com base no artigo 49, inciso V

O decreto legislativo editado pelo Congresso Nacional, com base no art. 49, inciso V, da CF/88, que veicula a sustação de ato do Poder Executivo é ato normativo federal. Trata-se, portanto, de ato que se enquadra na previsão constitucional para efeito de controle concentrado.

Em outras palavras, o decreto legislativo que veicula a sustação do ato do Poder Executivo pode ser objeto do controle concentrado de constitucionalidade, com base no art. 102, inciso I, e seu § 1º, e art. 103, § 4º, i.e., por via de ação direta de inconstitucionalidade, de arguição de descumprimento de preceito fundamental¹⁴ e de ação declaratória de constitucionalidade, respectivamente. Evidentemente, mostra-se incabível a inconstitucionalidade por omissão.

Já foram mencionadas as ADIns nº 748-3/RS e 1.553-2/DF, cujos objetos eram decretos legislativos estaduais editados para sustar atos regulamentares de governadores. Por via dessas ADIns, ficou estabelecido que o decreto legislativo sustador pode ser objeto de controle concentrado. No jul-

gamento da ADIn nº 748-3-RS, consta a seguinte Ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL – DECRETO LEGISLATIVO – CONTEÚDO NORMATIVO – SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DE ATO EMANADO DO GOVERNADOR DO ESTADO – CONTROLE PARLAMENTAR DA ATIVIDADE REGULAMENTAR DO PODER EXECUTIVO (CF, ART. 49, V) – POSSIBILIDADE DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA – ACÇÃO DIRETA CONHECIDA.

REDE ESTADUAL DE ENSINO – CALENDÁRIO ESCOLAR ROTATIVO – PREVISÃO NO PLANO PLURIANUAL – ALEGADA INOBSERVÂNCIA DO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – EXERCÍCIO DE FUNÇÃO REGULAMENTAR PELO EXECUTIVO – RELEVÂNCIA JURÍDICA DO TEMA – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

– O controle concentrado de constitucionalidade tem objeto próprio. Incide exclusivamente sobre atos estatais providos de densidade normativa.

– A noção de ato normativo, para efeito de fiscalização da constitucionalidade em tese, requer, além de sua autonomia jurídica, a constatação do seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade.

– O decreto legislativo, editado com fundamento no art. 49, V, da Constituição Federal, não se desveste dos atributos tipificadores da normatividade pelo fato de limitar-se, materialmente, a suspensão de eficácia de ato oriundo do poder executivo. Também realiza função normativa o ato estatal que exclui, extingue ou suspende a validade ou a eficácia de uma outra norma jurídica. A eficácia derogatória ou

inibitória das conseqüências jurídicas dos atos estatais constitui um dos momentos concretizadores do processo normativo.

A supressão da eficácia de uma regra de direito possui força normativa equiparável à dos preceitos jurídicos que inovam, de forma positiva, o ordenamento estatal, eis que a deliberação parlamentar de suspensão dos efeitos de um preceito jurídico incorpora, ainda que em sentido inverso, a carga de normatividade inerente ao ato que lhe constitui o objeto.

O exame de constitucionalidade do decreto legislativo que suspende a eficácia de ato do poder executivo impõe a análise, pelo supremo tribunal federal, dos pressupostos legitimadores do exercício dessa excepcional competência deferida a instituição parlamentar. Cabe à corte suprema, em conseqüência, verificar se os atos normativos emanados do executivo ajustam-se, ou não, aos limites do poder regulamentar ou aos da delegação legislativa. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1992, p. 41) (grifou-se).

Como se admite o controle concentrado dos decretos legislativos, é forçoso se admitir seu controle de constitucionalidade, também, na via difusa.

Veja-se que os decretos veiculados sob o pálio do poder regulamentar não podem ser objeto de controle concentrado, pois se trata de inconstitucionalidade indireta (ilegalidade do decreto), passível de verificação somente pela via difusa. Já os decretos autônomos podem ser atacados pela via direta perante o STF, mas não podem pela via do art. 49, inciso V, da CF/88.

4.1. Perplexidades decorrentes

O controle de constitucionalidade do decreto legislativo veiculado com base no art. 49, inciso V, da CF/88 que tenha por objetivo a suspensão de efeitos de um decreto presidencial suscita, em princípio, dois aspectos concomitantes: 1) a interferência do Legislativo em ato do Poder Executivo;

2) a interferência do Judiciário em ato do Poder Legislativo em sede de controle político.

No caso de haver constitucionalidade formal do decreto legislativo, i.e., a hipótese de sua edição é plausível e os trâmites legislativos pertinentes foram cumpridos de maneira esmerada, restará ainda por parte do STF a análise da questão de mérito, ou seja, se o ato do Poder Executivo pode ou não ter exorbitado do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa.

A extrapolação dos limites da delegação legislativa, como já foi dito, diz respeito à hipótese de lei delegada, em seus estreitos limites – portanto de análise meritória mais tranqüila. É que bastaria, nesse caso, ao STF verificar da concordância da lei delegada editada pelo chefe do Poder Executivo com os termos da autorização legislativa expressa.

Contudo, no que diz respeito à exorbitância da competência regulamentar, a questão é mais tormentosa. Primeiro porque pode tratar-se de um juízo de valor, envolvendo aspectos de discricionariedade, o qual pode não coincidir sob o ponto de vista dos órgãos controladores – no caso o Congresso Nacional e o STF. Veja-se que, se o STF entender que o ato presidencial não exorbitou do poder regulamentar, o decreto legislativo deverá ser tachado de inconstitucional – inconstitucionalidade material. Segundo, porque vai depender de qual foi o ato (decreto presidencial, portaria ministerial etc.) que embasou a regulamentação atacada. E terceiro, porque depende, também, de qual a modalidade de ato está sendo atacada pelo decreto legislativo. São pontos distintos.

A questão referente ao enfrentamento do mérito do ato pelos dois poderes é extremamente interessante sob o ponto de vista de que deve prevalecer o entendimento do STF, ainda que o Congresso Nacional entenda diferentemente e ainda que haja expressa previsão constitucional de que tem a casa Legislativa competência para sustar determinados atos do Executivo.

Outro ponto importante é o de que o ato do Executivo pode ser ilegal (no sentido de que extrapolou a lei que autorizava a regulamentação por decreto). Nesses casos, o STF tem entendido que não cabe ADIn, pois se trata de problema de ilegalidade. Contudo, se um ato presidencial que padecer desse vício for susgado pelo Congresso Nacional, e subseqüentemente o ato congressional for atacado por via de ADIn, o STF será levado a decidir no mérito se o ato presidencial exorbita ou não da competência regulamentar, vale dizer, vai ter de declarar se o ato presidencial é ilegal ou não, pois esse é o mérito da questão relativamente à constitucionalidade ou não do decreto legislativo atacado.

Ou poderia o STF declarar que não pode analisar a causa, pois se trata de uma questão de legalidade do ato? Parece que não. É que, como dito imediatamente acima, o ato em debate, cuja inconstitucionalidade é alegada, não é o ato do Presidente, mas o do Congresso, e a constitucionalidade deste depende da ilegalidade daquele. E o STF terá, fatalmente, que analisar a legalidade do decreto presidencial. Uma armadilha jurídica? Não. Apenas uma decorrência do sistema de freios e contrapesos, inerentes à tripartição dos poderes.

Outros aspectos problemáticos podem surgir, por exemplo, caso seja editado um decreto legislativo que suste um ato do Poder Executivo, o qual regulamentava determinado benefício fiscal. Uma vez susgados os efeitos do decreto regulamentador, torna-se inaplicável o benefício por absoluta falta de regulamentação. Um contribuinte, sentindo-se prejudicado, entra com uma ação declaratória, pedindo a declaração incidental de inconstitucionalidade do referido decreto legislativo de forma que possa manter o benefício fiscal. Procedente a ação, ter-se-á o benefício aplicável somente àquele contribuinte (efeito *inter partes*). Outros contribuintes inconformados entram com ações semelhantes; em decorrência, centenas de recursos extraordinários chegam ao

STF, que considera todos procedentes, dá provimento e, *ipso facto*, comunica ao Senado Federal que determinado decreto legislativo é inconstitucional. O Senado edita o ato previsto no artigo 52, inciso X, da CF/88, suspendendo a execução do decreto legislativo, agora com efeito *erga omnes*.

Aqui se tem um ato do Senado Federal sobrepondo-se a um ato do Congresso Nacional, como acontece normalmente quando o Senado suspende a execução de lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso. Ocorre que, no caso da lei, tratou-se de ato para cuja elaboração concorreram o Legislativo e o Executivo, a qual foi objeto de revisão judicial pelo órgão ao qual a Constituição atribuiu o juízo definitivo sobre a matéria. No caso de inconstitucionalidade do ato “sustador”, é como se houvesse um controle às avessas e a resolução do Senado Federal que suspendesse os efeitos do decreto legislativo “sustador”, declarado inconstitucional no controle difuso, teria as mesmas cores de um decreto legislativo que garantisse a constitucionalidade do ato do Poder Executivo. O ideal, nesse caso, é a edição de outro decreto legislativo, revogando o anterior.

Ademais, é também questionável a possibilidade de o Senado Federal editar resolução com base no artigo 52, inciso X, suspendendo a execução de decreto legislativo declarado inconstitucional pelo STF, porquanto o dispositivo constitucional faz menção à “lei declarada inconstitucional”. Assim, se se entender que se refere à lei em sentido estrito, tal dispositivo não se aplicaria ao decreto legislativo inconstitucional. Em face dos argumentos acima, parece que esta seria a melhor decisão, mas não somente por este último simplório fundamento.

5. Poder regulamentar e sua sustação pelo Congresso Nacional – a concretização de sua aplicação

Conquanto existam casos de sustação de atos do Poder Executivo pelo Poder Legisla-

tivo com base em dispositivos da Constituição do RS e DF, que ensejaram as citadas ADIns nº 748-3/RS e 1.553-2/DF, o objeto deste precípua estudo são os atos do Congresso Nacional.

Tramitam no Congresso Nacional diversos projetos de decretos legislativos, originários do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, que sustentam atos do Poder Executivo, dirigindo-se tanto a decretos do Presidente da República, quanto a atos de ministros, e até de secretários e coordenadores dos ministérios. Selecionamos dois desses projetos, ambos em matéria tributária, mas que são paradigmáticos. Adiante segue uma verificação de seus principais aspectos.

5.1. Projeto de decreto legislativo CD nº 442, de 2000

Trata-se de projeto que propõe a sustação de efeitos dos arts 4º e 5º da Instrução Normativa do Secretário da Receita Federal nº 33, de 4 de março de 1999, e seu art. 1º tem a seguinte redação:

“Art. 1º Fica sustada a aplicação do disposto nos arts. 4º e 5º e seus parágrafos, da Instrução Normativa da Receita Federal nº 33, de 4 de março de 1999.”

É pressuposto, portanto, para a edição do decreto legislativo que a Instrução Normativa SRF nº 33/1999 exorbitou do poder regulamentar. Essa Instrução Normativa, disciplina aspectos no art. 11 da Lei nº 9.779, de 1999, que diz respeito ao aproveitamento de créditos do IPI. O art. 11 da citada Lei dispõe o seguinte:

“Art. 11. O saldo credor do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, acumulado em cada trimestre-calendário, decorrente de aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, aplicados na industrialização, inclusive de produto isento ou tributado à alíquota zero, que o contribuinte não puder compensar com o IPI devido na saída de outros produtos, poderá ser utili-

zado de conformidade com o disposto nos arts. 73 e 74 da Lei nº 9.430, de 1996, observadas normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal – SRF, do Ministério da Fazenda.”

Ocorre, como já foi dito, que nessa hipótese não se está em sede de poder regulamentar no sentido constante do artigo 49, inciso V, da CF/88, mas sim do poder normativo. A remessa, pela lei, às “normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal – SRF, do Ministério da Fazenda” é apenas a explicitação legal do dispositivo constante do artigo 87, inciso II, da Constituição, que estabelece como competência do Ministro de Estado expedir instruções para execução das leis, decretos e regulamentos, e se insere no âmbito do poder normativo. Só que nesse caso a atribuição é feita diretamente pela lei, e não por ato presidencial.

Daí que se afigura completamente inadequada a via do decreto legislativo para essa situação, i.e., para sustar atos de autoridades administrativas editados no âmbito do poder normativo.

Por outro lado, se fosse viável essa possibilidade, estar-se-ia adentrando um terreno do controle da atividade administrativa extremamente perigoso. Admitir-se que haja um controle direto do Congresso Nacional, por via de decreto legislativo, em relação a quaisquer atos administrativos por que esses não estariam adstritos aos comandos legais informadores, de maneira geral, é inovar na ordem jurídica constitucional, conforme já ressaltado no item 3 acima.

5.2. Projeto de decreto legislativo CD nº 893, de 2001

Este projeto de decreto pretende sustar a aplicação do Decreto nº 3.777, de 23 de março de 2001, e seu art. 1º tem a seguinte redação:

“Art. 1º Fica sustada a aplicação do decreto nº 3.777, de 23 de março, publicado no Diário Oficial da União de 26 de março de 2001.”

Na justificação do projeto de decreto legislativo, o argumento é de que o setor in-

dustrial de mármore e granitos (pedras de construção e ornamentais) estabeleceu convênio com o Governo Federal com o objetivo de incrementar suas exportações, por meio da concessão de alíquota zero, e que o Decreto nº 3.777, de 2001, além de aumentar as alíquotas sobre esses produtos de zero para dez por cento, determina a aplicação imediata de tal aumento, razões pelas quais propõe a sustação da aplicação do referido decreto, de modo que possam o governo e os diversos setores atingidos encontrar uma alternativa para a situação.

Primeiramente, deve ser ressaltado que, embora não esteja explicitado no projeto e na sua justificativa, não se trata de hipótese de delegação legislativa, e sim de suposta “exorbitância do poder regulamentar”. Para que se configure a exorbitância do poder regulamentar, é necessário que o ato contrarie a lei ou extrapole seus limites.

Na matéria *in casu*, parece não se ter configurado nenhuma dessas situações. A CF/88, em seu art. 153, § 1º, faculta ao Poder Executivo alterar as alíquotas do IPI, nos termos seguintes:

“Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

[...]

IV – produtos industrializados;

[...]

§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.”

Por sua vez, o art. 4º do Decreto-lei nº 1.199, de 27 de dezembro de 1971, o qual foi recepcionado pela Constituição, estabelece os limites de alteração de alíquotas do imposto, nos seguintes termos:

“Art. 4º O Poder Executivo, em relação ao Imposto sobre Produtos Industrializados, quando se torne necessário atingir os objetivos da política econômica governamental, mantida a seletividade em função da essencialidade do produto, ou, ainda, para cor-

rigir distorções, fica autorizado:

I – a reduzir alíquotas até 0 (zero);

II – a majorar alíquotas, acrescentando até 30 (trinta) unidades ao percentual de incidência fixado na lei;”

As alíquotas legais do IPI, conforme dispõe a Lei nº 9.493, de 10 de setembro de 1997, são as constantes da Tabela de Incidência aprovada pelo Decreto nº 2.092, de 1996.

Como as alterações de alíquotas promovidas pelo Decreto nº 3.777/2001 estão dentro dos limites dos dispositivos legais acima citados (não ultrapassam as trinta unidades percentuais), não houve exorbitância do poder regulamentar. Incabível seria, então, a expedição de tal decreto legislativo. Ou, em outras palavras, tal decreto, se editado, seria inconstitucional.

Não bastasse a apontada inconstitucionalidade do projeto de decreto legislativo, há outro aspecto que pode passar despercebido, mas que pode ter uma repercussão no mínimo curiosa. Como o Decreto nº 3.777, de 2001, aprova a tabela de Incidência do IPI, é ele que estabelece a alíquota do imposto a ser aplicada a todos os produtos tributados pelo IPI. Sobrevindo a sustação de sua aplicação, conforme previsto em seu art. 1º do Projeto em consideração, seria impossível a cobrança das novas alíquotas do IPI em relação a qualquer produto, e não somente em relação às pedras de construção e ornamentais.

Com isso, quer-se demonstrar que a edição desse tipo de decreto legislativo, nos casos em que é admitida, deve ser feita com extremo cuidado¹⁵, em especial quando se referir à matéria tributária, considerando a complexidade dessa legislação e suas eventuais repercussões financeiras.

O caso em questão é um exemplo de intervenção do Poder Legislativo no uso do poder discricionário pelo Poder Executivo, considerando-se que a faculdade de alteração de alíquotas do IPI, dentro dos limites previstos na lei (seguidos no Decreto nº 3.777/2001), faz parte da definição de políticas tributárias, a cargo do Poder Executivo.

Na verdade, o projeto de decreto legislativo CD nº 893, de 2001, perdeu o sentido, considerando-se a edição do Decreto nº 3.822, de 25 de maio de 2001, e posteriormente do *Decreto nº 3.903, de 30 de agosto de 2001*, o qual redefiniu as alíquotas para o setor de pedras de construção e ornamentais. É a via política da composição de conflitos entre os poderes.

6. Considerações finais

Não se entende, como alguns doutrinadores, que o dispositivo do art. 49, inciso V, da Constituição de 1988 seja uma norma aberrante, desequilibrando o sistema de freios e contrapesos, a ponto de se propor sua supressão do texto constitucional.

Contudo, tem-se que a utilização de tal modalidade de controle político é de uso limitado e não tem a amplitude que transparece nos projetos de decreto legislativo apresentados no Congresso Nacional.

Somente podem ser sustadas as leis delegadas que exorbitem dos termos da competência delegada, e somente por esse motivo, não outro. Os atos editados com base no poder regulamentar compreendem os decretos que regulamentem as leis, editados pelo Chefe do Poder Executivo.

Assim, não estão alcançados pelo controle previsto no art. 49, inciso V, da CF/88 os atos normativos editados com supedâneo no poder normativo do Poder Executivo e que não se destinem especificamente à regulamentação de leis, a exemplo dos regulamentos autônomos.

Também, não podem ser objeto dessa modalidade de controle político os atos editados com base no art. 87, inciso IV, da CF/88, e, muito menos, os atos praticados pelos secretários dos ministérios e outras autoridades hierarquicamente inferiores.

Ou seja, o controle que pode ser exercido pelo Poder Legislativo, com base no art. 49, inciso V, da CF/88, é constitucionalmente delimitado e restringe-se às hipóteses de extrapolação do poder regulamentar, no

sentido de não-adequação aos limites da lei regulamentada (disposições *contra legem*, *extra legem* ou *ultra legem*), configurando violação ao princípio da legalidade. Não é possível por meio desse instrumento a verificação de aspectos relacionados ao poder discricionário da Administração, ou da violação de outros princípios que não o da legalidade, e se aplica somente aos decretos regulamentares do Poder Executivo (decretos presidenciais), isto é, não abrange os decretos autônomos ou qualquer outro ato emanado na esfera do Poder Executivo.

Essas conclusões aplicam-se às esferas estadual e municipal, em virtude de que o art. 49, inciso V, da Constituição Federal, constitui-se em princípio constitucional extensível.

Notas

¹ Conforme Montesquieu (1996, p. 168): “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”.

² Não trataremos aqui das medidas provisórias, previstas no art. 62 da CF/88 (alterado pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, que impôs alguns limites à sua edição), considerando-se que essas medidas, embora correspondam ao que se denomina competência legislativa do Poder Executivo, são medidas de caráter excepcional (ou deveriam ser), com previsão específica de controle pelo Poder Legislativo e de sua vigência, e não estão subsumidas no comando do art. 49, inciso V.

³ Faz-se necessário lembrar da existência de um primoroso estudo sobre o tema do controle dos atos do Poder Executivo pelo Poder Legislativo, de autoria da Professora Anna Cândida da Cunha Ferraz (1994), obra da qual muito nos socorremos. O estudo da Professora Anna Ferraz foi desenvolvido apenas em nível teórico. O estudo que aqui se apresenta tem, também, como foco a análise de casos concretos de proposta de sustação de ato do Poder Executivo com base no art. 49, inciso V, da CF/88, fazendo, portanto, a verificação do problema sob um ângulo diferente daquele desenvolvido pela eminente Professora. As conclusões expostas no presente trabalho não coincidem com as da obra citada, embora tenham pontos de convergência.

⁴ Do poder regulamentar resulta a edição de decretos, que são atos de nível inferior em relação às medidas provisórias, as quais têm força de lei.

⁵ O art. 91, incisos II e III, da Constituição de 1934 tinha a seguinte redação:

“Art. 91. Compete ao Senado Federal:

[...]

II – examinar, em confronto com as respequitas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais;

III – propor ao Poder Executivo, mediante reclamação fundamentada dos interessados, a revogação de atos das autoridades administrativas, quando praticadas contra lei ou eivadas de abuso de poder.

[...]”

⁶ Ver, por todos, Anna Cândida da Cunha Ferraz (1994, p. 62-65).

⁷ Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz (1994, p. 210): “Diversamente do controle político, construído sob a inspiração francesa, o controle de que trata o preceito do artigo 49, inciso V, configura controle político de constitucionalidade interórgãos. É criticável no tocante ao poder regulamentar, em razão da ofensa que faz à separação de poderes, uma vez que permite a superposição do Legislativo ao Executivo. É também criticável, relativamente à lei delegada, principalmente em face aos princípios da supremacia constitucional e defesa da Constituição e da segurança e certeza das relações jurídicas.”

⁸ A mesma autora, a respeito do poder normativo, sustenta: “Além de poder regulamentar, a Administração detém a faculdade de emitir normas para disciplinar matérias não privativas de lei. Tais normas podem ter repercussão mais imediata sobre pessoas físicas, jurídicas, grupos, a população em geral ou mais imediata sobre a própria Administração, podendo ter ou não reflexos externos. Na Administração direta, o chefe do Executivo, Ministros e Secretários expedem atos que podem conter normas gerais destinadas a reger matérias de sua competência, com observância da Constituição e da lei” (MEDAUAR, 2000, p. 136-137).

⁹ Carlos Mário da Silva Velloso (1997, p. 450), em estudo feito sob a égide da Constituição de 1969, lecionava que entre as técnicas de delegação legislativa incluía-se, além da lei delegada, o decreto-lei. De lembrar que o decreto-lei, porquanto comportava limitações materiais, tinha ares de delegação, o que não se aplica às medidas provisórias, previstas no art. 62 da Carta de 1988, as quais não têm as mesmas peias e não se enquadram no figurino clássico da delegação legislativa, apesar das limitações impostas pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001.

¹⁰ Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1989, p. 24-25), tratando da matéria, sustenta que:

“Para nós, o tema da discricionariedade, descedendo de considerações de Direito Político, abarca, indistintamente, toda uma seqüência: poder discricionário enquanto modo de atuar do poder estatal; atividade discricionária, enquanto função estatal, expressão dinâmica desse poder; e ato discricionário, resultado qualificado do exercício dessa função.

Sob essa óptica, a discricionariedade não é um recurso excepcional e derogatório da vinculação, mas uma técnica ordinária, uma solução normal face à impossibilidade de tudo se prever na letra da norma.

Pelo exercício da discricionariedade atende-se, simultaneamente, à lei, pela fidelidade a seus comandos, e ao interesse público diretamente apercebido, pela sua concreção individuada, sem solução de continuidade e sem excepcionalidade derogatória da legitimidade ou de legalidade, pois a lei é o interesse público cristalizado, como o interesse público é a razão de ser da lei, na observação de Cino Vitta. A lei absorve o interesse público não por uma questão de moral, como propôs Hariou, mas por uma questão de coerência.”

¹¹ Ver, por exemplo, a ADIMC 309/DF, a ADIMC-708/DF (Relator Ministro Moreira Alves, DJ 07/08/1992, p. 11.778, em que o STF reconhece expressamente o cabimento dessa ação contra decreto autônomo), e também a ADIn nº 2155-9/PR e ADIMC 519/DF.

¹² Em sentido contrário a essa posição está Sérgio Ferraz (1993, p. 243), que, comentando o dispositivo em questão, sustenta: “Além disso, é preciso proclamar que o constituinte, aqui, ‘disse menos do que queria’ ou do que devia: sendo o preceptivo indiscutivelmente um meio de resguardo do princípio da separação dos Poderes, tem-se, por consequência, que, além dos atos normativos do Executivo, também os atos administrativos, nos normativos eventualmente exorbitantes respaldados, submetem-se à regra da sustação, do art. 49, V. Estamos, pois, em face de fortíssimo procedimento de controle administrativo.” Por outro lado o eminente Ministro Carlos Velloso (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1992, p. 84), em discussão que envolvia a interpretação do art. 49, inciso V, da CF/88, sustentou que: “Aqui, a questão não se resolve sem considerações em torno do sistema de governo consagrado pela Constituição, que é o presidencial, em que as funções executiva e legislativa são exercidas com nítida separação. Então, o dispositivo inscrito no citado inciso V do art. 49 deve ser interpretado com a máxima cautela, já que uma interpretação mais larga desse dispositivo pode fazer parar as rodas do Governo – utilizo-me de

terminologia usada pelo constitucionalista americano Bernard Schwartz, ao dissertar, no sistema constitucional americano, sobre a atividade regulamentar do Poder Executivo – pode, realmente, paralisar, de uma certa forma, a atividade administrativa, que é exercida, repito, no sistema presidencial de governo, com nítida separação legislativa.”

¹³ No mesmo sentido, Dirceu Torrecillas Ramos (1995, p. 97-104).

¹⁴ É possível, no plano teórico, que um decreto legislativo, que suste um ato regulamentar do Poder Executivo, seja inconstitucional por motivo que não a extrapolação do poder regulamentar por este Poder, e o decreto legislativo esteja por interferir na discricionariedade do Poder Executivo. Tal decreto estaria ferindo um preceito fundamental que é a independência dos poderes, previsto expressamente no art. 2º da Constituição. A Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, em seu art. 1º, parágrafo único, prevê a possibilidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental, perante o STF, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou *ato normativo federal*, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

¹⁵ No caso em questão, se a alíquota implementada pelo decreto presidencial ultrapassasse os trinta pontos percentuais permitidos na lei, o decreto legislativo sustador seria viável. Mas, mesmo assim, deveria dirigir-se somente à parte do decreto presidencial que tivesse exorbitado, e não ao ato como um todo.

Bibliografia

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ, Sérgio. Controle da administração pública na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 4, p. 239-246, out./dez. 1993.

GASPARINI, Diógenes. *Poder regulamentar*. São Paulo: Bushatsky, 1978.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2. ed. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

RAMOS, Dirceu Torrecillas. Controle do poder executivo pelo poder legislativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 200, p. 97-104, abr./jun. 1995.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADIn nº 784-3/RS*. Brasília. Ementário do STF nº 1683-1, p. 41-94, 1992.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *AG (Edcl – AgRg) nº 185.142-PE*. Brasília. Ementário do STF nº 1909-04, p. 732, 1998.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

**Seção Resenha Legislativa da
Consultoria Legislativa do Senado Federal**

A questão da autonomia das entidades desportivas e a obrigação jurídica do Estado em relação ao desporto

Ana Luiza Fleck Saibro

Sumário

1. Introdução. 2. Limites e competência das Comissões Parlamentares de Inquérito. 3. A questão da autonomia das entidades desportivas e a obrigação jurídica do Estado em relação ao desporto. 4. Considerações finais.

1. Introdução

Desde sua instalação, em outubro de 2000, a Comissão Parlamentar de Inquérito criada, no Senado Federal, por meio do Requerimento nº 497/00-SF, para investigar fatos envolvendo as associações brasileiras de futebol teve sua legitimidade juridicamente questionada. Em que pese o farto noticiário da imprensa acerca de ilícitos em que estariam incorrendo entidades dirigentes e de prática da modalidade, além de profissionais envolvidos com a atividade futebolística no País, mais tarde amplamente comprovados no curso do inquérito, argüia-se a falta de competência do Congresso Nacional para investigar tais entidades.

Com base no princípio constitucional da autonomia de organização e funcionamento das entidades desportivas, consagrado pela Carta Magna no inciso I de seu art. 217, foram interpostas ações junto ao Poder Judiciário, fundadas no pressuposto da ilegitimidade de se instituir Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a essa finalidade.

Ana Luiza Fleck Saibro é Consultora Legislativa do Senado Federal.

Justificavam essas iniciativas a natureza privada das entidades desportivas. Pessoas jurídicas de direito privado, com direitos e deveres peculiares a sua própria natureza, nos termos do parágrafo único do art. 13 da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, as entidades que congregam o Sistema Nacional do Desporto diferenciam-se das pessoas jurídicas de direito público exatamente pela margem maior de liberdade de que desfrutam seus administradores. Enquanto os administradores da coisa pública *somente podem fazer ou deixar de fazer aquilo que a lei lhes determina ou faculta* (princípio da legalidade da administração pública – art. 37, *caput*, da CF), os administradores da coisa privada *podem fazer tudo aquilo que a lei não os proíba de fazer, ou, ainda, podem deixar de fazer qualquer coisa, exceto aquilo que a lei os obrigue a fazer* (princípio da autonomia da vontade – art. 5º, II, da CF).

Dessa maneira, pretender-se investigar atos praticados pelas entidades desportivas contrariaria frontalmente os mandamentos constitucionais que lhes asseguram autonomia quanto à sua organização e funcionamento (art. 217, I, da CF) e estabelecem a plena liberdade de associação, a faculdade de se associar ou manter-se associado, além de determinarem que não depende de autorização a criação de associações, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento (art. 5º, XVII, XVIII, XX).

A discussão acerca do alcance e do estrito significado do preceito da autonomia das associações desportivas constitui o objeto do presente artigo. Os limites e consequências advindos da cláusula da liberdade associativa prevista na Carta Magna serão examinados, sem pretensão exaustiva, nas seções seguintes.

2. Limites e competência das Comissões Parlamentares de Inquérito

A par de sua função legiferante básica, o Poder Legislativo pode exercer outras funções que também lhe são inerentes, como, por exemplo, a função eleitoral, quando ele-

ge chefes de estado, a administrativa, quando organiza seus próprios serviços, e a de controle, quando toma as contas do Poder Executivo.

Já a atividade investigativa do Legislativo, limitada a exame de fato que se enquadre nas suas atribuições, é exercida por meio das comissões parlamentares de inquérito. A esses colegiados são conferidos poderes próprios das autoridades judiciais no que tange às investigações, não lhes cabendo, no entanto, julgar, sugerir punições ou classificar infrações. Assim, as CPI podem realizar diligências, requisitar documentos de órgãos públicos, convocar Ministros de Estado, tomar o depoimento de qualquer autoridade, inquirir testemunhas, ouvir indicados, solicitar a quebra do sigilo bancário, fiscal e telefônico de investigados, bem como requerer ao Tribunal de Contas da União a realização de inspeções e auditorias, embora seu poder seja, essencialmente, o de informação.

Constatados indícios de prática de crime apurados no transcorrer dos trabalhos das comissões parlamentares de inquérito, as conclusões serão encaminhadas ao Ministério Público, a quem caberá promover, junto ao foro competente, a responsabilidade civil ou criminal dos infratores. Esclareça-se, ainda, que as CPI encerram seus trabalhos com a apresentação de relatório circunstanciado, votado e aprovado no próprio colegiado, sem que seja submetido à aprovação do Plenário da Casa.

Com relação ao objeto das CPI, impende ressaltar que todos os fatos que possam constituir tema de legislação, de deliberação ou de controle por parte das Casas do Congresso são investigáveis pelas comissões parlamentares de inquérito. A esse respeito, por sua pertinência, convém reproduzir trecho do relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito que investigou as denúncias de Pedro Collor de Mello contra Paulo César Cavalcante Farias, e que redundou no *impeachment* do ex-Presidente Collor:

“Não importa que o fato a investigar esteja relacionado com negócios de ordem privada; desde que a investigação se justifique em termos de funções do Legislativo, reconhece a melhor doutrina que negócios particulares podem ser objeto de comissões de inquérito.

Quando determinada atividade privada produza repercussões negativas no governo ou interfira na esfera administrativa, a legitimidade de investigação congressual se torna ainda mais evidente, perante a necessidade de as soluções legislativas serem produzidas com vistas a sanear irregularidades apontadas” (SENADO FEDERAL, 1992, p. 37)”.

De fato, cabe anotar que a Lei nº 8.866, de 11 de abril de 1994, no art. 1º, considera depositário da Fazenda Pública a pessoa a quem a legislação tributária ou previdenciária imponha a obrigação de reter ou receber de terceiro e recolher aos cofres públicos impostos, taxas e contribuições, inclusive à Seguridade Social.

Nesses termos, conforme a justificação do requerimento que deu origem à CPI do Futebol,

“quem é depositário de valores guarda esses valores, e a Constituição Federal preceitua, no seu art. 70, que cabe ao Congresso Nacional exercer a fiscalização sobre o uso de bens e valores da União, estando obrigada a prestar contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos” (SENADO FEDERAL, 2001, p. 10).

E se cabe ao Congresso Nacional fiscalizar contas de pessoa física ou jurídica que guarde valores públicos, cabe também à comissão parlamentar de inquérito examinar essas contas. Isso porque, conforme rezam a doutrina e a jurisprudência – nacional e estrangeira –, as comissões parlamentares de inquérito se inserem na função fiscaliza-

dora do Parlamento. Ou seja, aquilo que está ao alcance da função fiscalizadora do Congresso pode ser investigado por comissão parlamentar de inquérito.

Dessa maneira, o não-recolhimento aos cofres públicos de valores relativos a imposto de renda ou a contribuição previdenciária, descontados na fonte, bem como a falta de registro, no Banco Central, de valores referentes a venda de jogadores para clubes do exterior, por quaisquer entidades – ainda que privadas –, configuram fato ilícito que está sujeito ao poder de sindicância de comissão parlamentar de inquérito.

Por fim, observe-se que a Constituição Federal vigente, em seu art. 58, § 3º, da mesma forma que as Cartas anteriores, desde a de 1934, exige que os fatos investigáveis pelas comissões parlamentares de inquérito sejam “determinados”, isto é, que o objeto do inquérito seja inequivocamente indicado. Analogamente, o Regimento Interno do Senado Federal prevê, nos termos do § 1º do art. 145, que o requerimento de criação de comissão parlamentar de inquérito determine o fato a ser apurado.

Desse modo, o trabalho realizado pela Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou as associações brasileiras de futebol teve como escopo os fatos determinados que originaram sua criação, arrolados com base em denúncias amplamente divulgadas pela imprensa e recebidas por membros do Parlamento. Foi criada, assim, para examinar os fatos relacionados no requerimento que lhe deu origem, sem que deles tenha-se afastado, por qualquer motivo. Evidentemente, no curso das investigações, como habitualmente ocorre nessa espécie de inquérito, a Comissão foi obrigada a agregar novos conhecimentos e perseguir caminhos inicialmente não imaginados, sob pena de simular ignorância e de faltar com seus deveres perante a Nação. Assim, manteve como norte, como convém, sua função precípua de esclarecimento público de situações relevantes para a vida política, econômica e social do País.

3. A questão da autonomia das entidades desportivas e a obrigação jurídica do estado em relação ao desporto

Impõe-se, a título preliminar, esclarecer o sentido e o alcance do conceito de autonomia desportiva, base da nova ordem jurídico-desportiva introduzida pela Constituição de 1988, freqüentemente utilizado como pretexto para questionar a competência da CPI do Futebol, e do poder público como um todo, para tratar do universo do futebol.

O ditame constitucional que conferiu autonomia de organização e funcionamento às entidades desportivas dirigentes e associações (art. 217, I, CF), mais tarde reafirmado na legislação infraconstitucional (art. 26 da Lei nº 9.615, de 1998), foi saudado pelo País como promissor princípio capaz de modernizar e democratizar as relações e práticas desportivas. Recorde-se o ambiente político vigente à época da elaboração da Carta Magna, após longos anos de tutela do Estado sobre as atividades sociais, e se terá a exata dimensão do que representou tal medida em termos de uma renovada conceituação do fenômeno desportivo.

Observe-se, além disso, que o direito de autodeterminação das entidades desportivas foi aprovado ainda sob a égide da Lei nº 6.251, de 1975, anterior e hierarquicamente inferior à Carta Magna, e recepcionada pela nova Constituição naquilo que não conflitava com os novos preceitos. Diploma legal de cunho intervencionista, em contraposição aos princípios de liberdade associativa, conferia poderes totais de controle ao Conselho Nacional de Desportos para fixar critérios para a organização e funcionamento, bem como para aprovar os estatutos das entidades desportivas.

A transição desse regime restritivo, marcado por limitações e tolhimentos, para um ambiente de concessões e estímulo à liberdade não tem tido histórico pacífico no entanto. O alcance do conceito de autonomia desportiva tem ensejado importantes dis-

cussões de natureza jurídica. Por um lado, a faculdade que tem as associações de se organizarem juridicamente, de criarem um direito próprio, é considerada como direito inalienável por diversos autores. Outras análises, no entanto, entendem que a autonomia desportiva não pode-se traduzir em liberdade absoluta, incondicional.

No plano desportivo, o jurista Álvaro Melo Filho adverte, por exemplo, que:

“Autonomia não quer dizer anárquica inexistência de normas, nem significa independência e insubordinação às normas gerais fixadas na legislação desportiva e indispensáveis àquele mínimo de coerência reclamado pelo próprio sistema desportivo nacional, sob pena de trazer nefastas conseqüências para o desporto brasileiro” (1995, p. 48).

Na mesma linha, Carzola Prieto argumenta que:

“*La autonomía del deporte moderno no puede de ninguna manera ser absoluta. (...) el creciente impacto social del hecho deportivo aconseja al Estado tomar en sus manos la ordenación, aunque sob sea externa, de muchas de sus manifestaciones. En tal sentido, hoy en día, aún los países que gozan de un asociacionismo de tradición y raigambre que asume un protagonismo destacado en la gestación deportiva, otorgan al deporte una autonomía relativa y en ningún caso absoluta*” (1979, p. 245).

À luz desses posicionamentos, resulta evidente que a questão da autonomia envolve o limite entre a liberdade de organização assegurada pela Carta Magna às entidades desportivas e o respeito ao ordenamento jurídico pátrio em geral. É certo que a Constituição Federal assegura, no art. 5º, XVII, plena liberdade de associação para fins lícitos e confere expressamente às entidades desportivas dirigentes e associações autonomia quanto à sua organização e funcionamento.

A inviolabilidade de tal liberdade, entretanto, parece vir sendo equivocadamente

interpretada, como se, em nome da independência administrativa, tudo fosse permitido fazer, empreender, ou, o que é mais grave, desrespeitar. Com efeito, conforme restou demonstrado à sociedade no transcorrer dos trabalhos da CPI do Futebol do Senado da República, o desatrelamento do Estado não significou a edificação de uma estrutura moderna para o desporto brasileiro. Ao contrário, independentes da tutela estatal, as entidades de administração e de prática desportiva, especialmente as de futebol, foram, no outro extremo, “privatizadas” como se feudos fossem por representantes da oligarquia que, há anos, vem governando os destinos do desporto no País.

Convém observar, no entanto, que a própria Constituição Federal, no art. 24, IX e § 1º, atribui competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre desportos, ainda que limitadas ao estabelecimento de normas gerais. No mesmo sentido, estabelece, no *caput* do art. 217, como dever do Estado – pressupondo a conseqüente obrigação jurídica – o fomento a práticas desportivas formais e não-formais.

Observe-se, portanto, ter a Constituição Federal estabelecido a regra e fixado as exceções, ao prever, concomitante ao exercício da liberdade de organização e funcionamento das entidades desportivas, a instituição, pelo Estado, de parâmetros legais que não afetem a unidade do sistema desportivo nacional e a aplicação de normas desportivas internacionais. Em outras palavras, a liberdade demanda responsabilidade, a bem de outros valores igualmente prezados com os quais deve-se harmonizar.

Outro não é o ensinamento do constitucionalista Gilmar Ferreira Mendes:

“As pessoas, na verdade, partem de uma idéia de liberdade absoluta, que não existe em lugar nenhum. A própria idéia de liberdade de organização e associação pressupõe determinados marcos jurídicos, estabelecidos pela própria legislação civil” (1998, p. 265).

No mesmo sentido, assim se pronuncia João Lyra Filho:

“[...] só por instinto de subversão poder-se-á recusar ao Estado, ainda o mais democraticamente organizado em regime de liberalismo ronflant, o direito de disciplinar as atividades públicas do desporto e o direito de policiar suas manifestações” (1952, p. 286).

Na verdade, podemos aplicar raciocínio análogo em relação ao ordenamento jurídico brasileiro como um todo. Aceita a tese de que a liberdade de organização e funcionamento das entidades desportivas não é um direito absoluto, torna-se evidente que essas associações devem respeito integral às normas previstas na legislação. Dessa maneira, ao mesmo tempo em que são livres para decidir sobre questões *interna corporis* a suas organizações, não estão desobrigadas do cumprimento dos demais ditames constitucionais, bem como das diretrizes estabelecidas pela legislação civil, tributária, trabalhista, penal, previdenciária, em vigor no País.

De fato, na lição de Pinto Ferreira,

“A autonomia [das entidades desportivas] é a capacidade de agir dentro de círculo predeterminado no texto constitucional. Ela significa a capacidade ou poder de gerir os próprios negócios dentro do círculo prefixado pela lei maior que é a Constituição” (1992, p. 472).

Note-se, portanto, que a autonomia conferida pela Carta Magna garante às entidades desportivas o poder de decidir sobre a elaboração de estatutos, organização e realização de campeonatos, venda e empréstimo de jogadores, no caso das modalidades profissionais, e outras questões internas. Tal faculdade não lhes dá o direito, no entanto, de desrespeito a normas, de ordem pública, de organização da sociedade.

Uma vez mais, recorreremos à visão de Álvaro Melo Filho sobre a questão:

“A Constituição Federal usa poucas vezes a palavra autonomia (arts.

18, *caput*, 34, VII, c, 207, *caput*, 217, I). É evidente que o conceito é o mesmo nos vários lugares que se refere o texto constitucional.

(...) a) o Município na organização político-administrativa da República Federativa brasileira é autônomo (art. 18), mas isso não significa que tenha independência para instituir e cobrar os tributos que lhe aprouver, nem realizar eleições municipais anualmente, nem conceder aposentadoria voluntária aos seus servidores com 10 anos de serviço efetivo;

b) a Universidade goza de autonomia (art. 207), o que não lhe dá direito de realizar dez vestibulares por ano, não lhe faculta alterar os currículos mínimos dos cursos e nem dispensar os discentes da frequência obrigatória mínima às aulas, pois, se assim o fizesse, estaria transformando sua autonomia em independência, sem o mais mínimo suporte constitucional” (1995, p. 47 e 90).

Analogamente, conquanto gozem de autonomia, as entidades desportivas dirigentes não podem, por exemplo, organizar competições que prevejam a realização de jogos do mesmo time todos os dias da semana. Igualmente, enquanto integrantes do Sistema Nacional do Desporto, nos termos do art. 13 da Lei nº 9.615, de 1998, as entidades de prática não estão dispensadas de registrar o contrato de trabalho do atleta nas respectivas federações.

O direito à autonomia não faculta às entidades de prática desportiva, que mantêm equipe de futebol profissional, deixar de recolher à Previdência Social a contribuição de 5% da receita bruta decorrente dos espetáculos desportivos de que participem no território nacional e de 5% sobre os contratos de patrocínio, licenciamento de uso de marcas e símbolos, publicidade, propaganda e transmissão dos espetáculos. Também não as exime de recolher contribuição sobre o desconto efetuado de seus atletas e demais

empregados, inclusive 13º salário. Ou ainda, em nome da autonomia administrativa, utilizar-se da condenável prática do chamado “caixa 2”, informando em folha de pagamento valores inferiores aos efetivamente pagos a atletas e funcionários.

4. Considerações finais

Demonstrados o sentido e o alcance do princípio da autonomia, bem assim a obrigação jurídica do Estado com relação ao desporto, resta reafirmar a tese defendida pela Comissão Parlamentar de Inquérito quanto à natureza social das atividades desportivas. De fato, consoante o § 2º do art. 4º da Lei nº 9.615, de 1998, a organização desportiva do País compõe o patrimônio cultural brasileiro e é considerada de elevado interesse social.

Conforme a lição do jurista Celso Bastos, o futebol integra o campo dos direitos difusos e qualquer atentado contra as normas jurídicas aplicáveis fere a cultura nacional e atinge amplas parcelas de brasileiros. Assim, está o Poder Público obrigado à concepção de instrumentos legais que protejam o interesse público na gestão de atividade, se não pública, *stricto sensu*, inegavelmente componente do patrimônio cultural brasileiro. A esse respeito, convém ter sempre em mente o que estabelece o art. 216 da Constituição Federal:

“Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I- as formas de expressão;
- II- os modos de criar, fazer e viver;
- III- as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV- as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais

V- os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

.....
§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei”.

.....
Pelo inquestionável significado social de que se reveste a atividade futebolística no País, o panorama dado à publicidade pela imprensa não tardou a chamar a atenção do Senado Federal. As crescentes denúncias envolvendo entidades, dirigentes, clubes, jogadores, técnicos e empresários desportivos em práticas de sonegação de imposto de renda, evasão e elisão fiscais, apropriação indébita de contribuição previdenciária e, especialmente, a situação pré-falimantar dos clubes brasileiros de futebol, por sua repercussão, não poderiam escapar à ação fiscalizadora do Senado da República.

Em seus diferentes aspectos, longe de configurar atividade de nível secundário, a prática desportiva representa uma atividade social relevante, devendo, por isso mesmo, constituir tema permanente de debate legislativo. Particularmente o futebol, por sua dimensão como fenômeno de massa em nosso País, como elemento repleto de significações simbólicas, culturais, políticas e econômicas, estava por merecer atenção especial do Parlamento brasileiro.

Tal posicionamento do Senado Federal, não se pode deixar de reconhecer, traz elementos novos para a cultura jurídica do Legislativo. De fato, firma jurisprudência a respeito da legitimidade de fiscalização e regulação públicas de entidades que, conquanto de natureza privada, pelo serviço que prestam, pela abrangência de seu envolvimento social, desempenham uma função que é, em sua essência, pública. Já que os efeitos e a repercussão de suas atividades são públicos, é necessário que, mediante algum mecanismo de controle e acompanhamento, suas ações se tornem visíveis à coletividade.

Enquadram-se nessa categoria, inquestionavelmente, as entidades de administração e de prática futebolística em nosso País. Embora constituam entidades de direito privado, a Confederação Brasileira de Desportos (CBF), as federações estaduais, as ligas profissionais e os clubes de futebol lidam com elementos de valor que envolvem não apenas o interesse específico dos associados ou das pessoas que integram seus quadros, mas que dizem respeito, igualmente, aos direitos de cidadania de grandes porções da população. Por sua importância para a formação de nossa identidade, o futebol está nitidamente atrelado à cultura do País, integrando, sem dúvida, o patrimônio cultural coletivo.

Sempre que, no desempenho de suas atividades, as entidades desportivas deixam de cumprir deveres e obrigações legalmente estabelecidos, lesam a sociedade, ferem o interesse coletivo. Toda vez que, por motivos casuísticos, modificam-se as regras de um campeonato de modo a beneficiar determinado competidor, há, sem dúvida, violação do princípio de igualdade entre os participantes, que deve caracterizar as disputas futebolísticas, e deseducativa demonstração pública do princípio da vantagem “a qualquer preço”. Em plano mais abrangente, o não-cumprimento de encargos fiscais e previdenciários, a sonegação de impostos, a evasão de divisas, a burla, enfim, ao ordenamento jurídico pátrio, contrariam frontalmente o interesse nacional.

Desse modo, a CPI do Futebol reuniu-se, nos termos regimentais, para, em última análise, garantir a proteção dos interesses da coletividade ante possíveis transgressões praticadas por integrantes do sistema futebolístico nacional. Esse o papel que entendemos os órgãos de representação legislativa devam desempenhar, paralelamente a sua função legiferante: o de defesa, em nome da sociedade, de direitos de índole difusa, aqueles que, por atingirem uma gama de pessoas juridicamente indeterminada, não permitem que a sociedade, ela mesma, promova sua proteção.

Bibliografia

- FERREIRA, Pinto. Autonomia das entidades desportivas. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*, ano XXIX, n. 20, Caruaru, 1992, p. 472.
- LYRA FILHO, João. *Introdução ao direito desportivo*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1952.
- MELO FILHO, Alvaro. *O desporto na ordem jurídico-constitucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Tendências e expectativas do direito desportivo. _____. *Direito Desportivo*, Campinas: Jurídica Mizuno, 2000. p. 261-92.
- PRIETO, L. Carzola. *Deporte y Estado*, Barcelona: Labor, 1979.
- SENADO FEDERAL. *Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito destinada a apurar fatos contidos nas denúncias do Sr. Pedro Collor de Mello referentes às atividades do Sr. Paulo César Cavalcante Farias, capazes de configurar ilicitude penal*. Brasília: Senado Federal, 1992.
- _____. *Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar fatos envolvendo as associações brasileiras de futebol*. Brasília: Senado Federal, 2001.