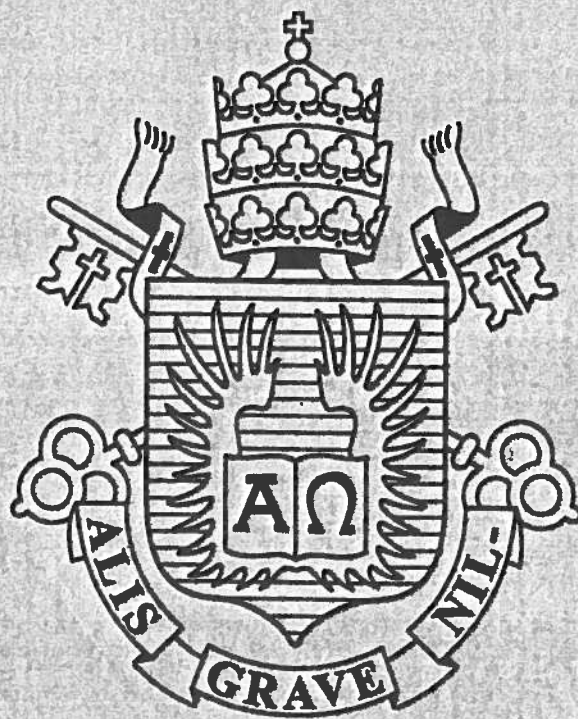


DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE



Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Departamento de Direito
n° 8, janeiro-julho de 1996

Direito, Estado e Sociedade - Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio - nº 8, janeiro-julho de 1996

Direção do Departamento de Direito

Francisco Mauro Dias

Conselho Editorial

Alejandro Bugallo Alvarez

Ana Lúcia de Lyra Tavares

Joaquim de Arruda Falcão

José Eduardo Campos de Oliveira Faria

José Ribas Vieira

Maria Celina Bodin de Moraes

Tânia da Silva Pereira

Coordenação da Publicação

Gisele Guimarães Cittadino

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE, nº 8,

1996

Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade

Católica do Rio de Janeiro,

Departamento de Direito.

1. Direito

Os artigos deverão ser enviados para a Secretaria do Departamento de Direito da PUC-Rio, Rua Marquês de São Vicente, 225/Ala Frings - 6º andar - Gávea - Rio de Janeiro - RJ - CEP 22.453.090

SUMÁRIO

1. Artigos e Ensaios

- Previdência Social em Debate: Direito ou Opção para a Aposentadoria?
Eliane Romeiro Costa.....1
- Marcadas e Manipuladas: Uma Reflexão sobre a Violência Contra as Mulheres
João Ricardo Wanderley Dornelles.....7
- Tributação sobre Grandes Fortunas: Fenômeno de Recepção no Campo Fiscal
Maria Clara de Mello Motta.....23
- Cultura Jurídica e Eficácia Normativa
Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca.....39
- Direito e Modernidade I: Preliminar Iluminista
Paulo Sérgio Daflon Barrozo.....47
- Direito Agrário no MERCOSUL
Rafael Augusto Mendonça Lima.....57
- Problemas da Teoria do Discurso
Robert Alexy.....71
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1086-70: o S.T.F., o Direito Ambiental e a Competência Legislativa Concorrente na Constituição Federal de 1988
Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas.....87

2. Jurisprudência

- Petitório versus Possessório (Acórdão da Corte Constitucional Italiana nº 25, de 3 de fevereiro de 1992).....103

3. Resenha

A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica - Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, Portugal, 1995
Margarida Maria Lacombe Camargo.....111

4. Notícias e Informações

Relação das Dissertações de Mestrado defendidas entre janeiro/julho de 1996

PREVIDÊNCIA SOCIAL EM DEBATE : DIREITO OU OPÇÃO PARA APOSENTADORIA?

Eliane Romeiro Costa *

Resumo

A previdência social evoca um "pacto entre gerações"; o Estado é o sujeito que organiza e administra o sistema obrigando pessoas físicas e jurídicas dele participarem por meio do recolhimento. O sistema complementar, por sua vez, baseia-se no cuidado "individual ou da empresa" para a constituição de um fundo de aposentadoria. O ponto central desta exposição formaliza considerações conceituais acerca de previdência privada e pública.

Todos os ângulos relacionados à gestão e financiamento da Seguridade Social são polêmicos, o que torna imprescindível admitir que o sistema mais justo depende de um consenso suficiente e sustentável do ponto de vista legal e moral.

A reforma da previdência traz no seu bojo proposta de capitalização do pecúlio social via participação das entidades complementares de aposentadoria. O setor público é, portanto, o grande incentivador da reformulação dos direitos adquiridos em tempo recente na Carta Constitucional de 1988.

Para os técnicos atuariais, o cenário atual demonstra desequilíbrio estrutural: os benefícios urbanos e rurais não acompanham a receita. A

* Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio

contribuição na previdência oficial 2:1, provoca descapitalização da previdência, pauperização dos beneficiários. A situação ideal ficaria em torno de 4 ou 5:1.

O discurso e um possível consenso em torno da falência do sistema de bem-estar social não é novidade. A novidade consiste na radicalização deste enunciado e no questionamento de novas formas de redistribuição pelo setor privado. Não se trata de considerar quanto o público é privado ou quanto o privado é público, mas de determinar as funções de cada um a partir da normatização, quer dizer, do exercício da regulação das entidades que asseguram benefícios previdenciários.

Neste momento começo a penetrar no objeto de minha explanação .A abordagem panorâmica do dois pólos conceituais: previdência privada e pública.

Ao lado da previdência oficial, há a previdência privada ou complementar, produto do sistema de capitalização. Entende-se capitalização como o regime não obrigatório, oriundo da poupança individual, tendo como único pressuposto a poupança facultativa. No regime de capitalização o valor dos benefícios é determinado pelas contribuições feitas previamente em função do volume e do rendimento, quer dizer, vincula-se as contribuições aos benefícios futuros. A previdência privada destina-se às camadas médias e altas da população.

A expressão previdência privada indica um espaço não preenchido pela previdência social na satisfação das necessidades previdenciárias, e constitui suplementação dos proventos de aposentadoria.

A previdência complementar é dividida em: entidades fechadas que se destinam a grupos restritos, empresas públicas ou mistas; e entidades abertas ligadas a uma clientela de caráter geral, mas de adesão individual, sem quaisquer outras exigências que não a filiação ao plano através do aporte regular das contribuições requeridas.

Em um regime de capitalização, as contribuições aportadas são capitalizadas real ou contabilmente, constituindo-se reservas para a cobertura das futuras despesas com benefícios. Por oposição, em um regime de repartição simples, os recursos arrecadados em um determinado exercício são utilizados para o pagamento dos benefícios durante este mesmo exercício.

No sistema de capitalização, que pode ser "em conta individual" ou "em conta coletiva ligada a empresas", as dificuldades residem principalmente na capacidade de regulação do governo diante do financiamento e das aplicações do

fundo e, conseqüentemente, da possibilidade de risco que o mercado oferece. O problema reside em quem arcará com o ônus do prejuízo.

Na capitalização, o equilíbrio do sistema fica dependente da razão entre o número de contribuintes e o número de beneficiários e, sobretudo, do retorno em aplicações no mercado financeiro.

Importante salientar que a maior restrição aos fundos privados é a constituição de reservas para o pagamento futuro do benefício.

Regulada pela Secretaria de Previdência Complementar, as "Reservas Técnicas" são fundos que as seguradoras são obrigadas a manter respeitando patamares mínimos e máximos de aplicação e, portanto, destinam-se à cobertura do benefício *em qualquer época, em qualquer tempo*.

O controle das reservas técnicas é feito pelo governo através da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

Consta do Decreto nº 81.240 de 1988, que regulamenta as entidades de previdência privada fechada (ou ligadas a empresas, sem fins lucrativos), que os fundos sejam mantidos sob a forma de renda em níveis não inferiores a 70%.

Os recursos dos fundos de pensão que complementam aposentadorias de funcionários devem ser aplicados: no máximo 25% em imóveis e no mínimo 25% em ações, 25% em títulos públicos e 5% em letras hipotecárias. Os 20% restantes são livres de movimentação financeira por parte dos fundos.

Os fundos de pensão alegam que o governo, ao determinar patamares máximos e mínimos de investimento, força a perda em investimentos de pouco retorno. Desejam essas entidades maior flexibilidade nas aplicações.

Pelo Decreto nº 93.597/86, as empresas não podem repassar aos fundos mais do que 7% da folha de salários. Consta também do Decreto nº 81.240 acima citado que a participação da empresa no custeio do fundo previdenciário "não será inferior a 30%".

Não é raro denúncias de irregularidade nas aplicações das entidades privadas, alertando a população sobre a necessidade de auditoria em fundos ligados a empresas estatais. O que quer dizer que eficiência previdenciária envolve comprometimento dos contratantes e presença de regulação.

Equiparadas a instituições financeiras com relação às suas operações, as entidades de previdência privada, mesmo vinculadas a empresas

estatais, possuem patrimônio próprio e regime jurídico próprio das empresas privadas.

Determinada por Leis, Decretos, Resoluções que regulam ou disciplinam as atividades dos fundos de pensão, como esperar que entidades tão complexas finalizem uma função de gerir o pecúlio social com limites de atuação? Agrava-se o cenário da eficiência previdenciária, quando se sabe que a cada equipe de governo mudam-se regras, direitos adquiridos, enfraquecendo a capacidade de consenso fundamentado.

A previdência pública, por sua vez, optou pelo princípio da compulsoriedade garantindo o pecúlio mediante contribuição. Convém elucidar que previdência pública faz parte do que denominamos **Seguridade Social**, sem misturar suas formas de custeio.

Em termos gerais, Seguridade Social é definida como o conjunto de políticas e ações articuladas com o objetivo de amparar o indivíduo e/ou grupo familiar ante os eventos e contingências da vida: morte, doença, incapacidade física, desemprego, aposentadoria, ou ainda, a criação de grande número de benefícios assistenciais sem a necessária cobertura da fonte de custeio. Representa manifestação da solidariedade, a partir da técnica de repartição dos recursos. Instrumento econômico de redistribuição de rendas, modalidade securitária para enfrentar os riscos ligados ao trabalho. Também é forma de poupança compulsória. A universalidade respeita os direitos adquiridos, a uniformidade dos benefícios e a obrigatoriedade do recolhimento.

A previdência pública recebe aportes de toda a comunidade: empresas, trabalhadores, lucros e prognósticos, garantindo ao segurado o recebimento do pecúlio mediante princípios de *solidariedade, universalidade, imutabilidade e irredutibilidade* do benefício.

O sistema de repartição é essencialmente constituído por transferência entre pessoas de uma mesma geração e/ou gerações distintas. A previdência social compulsória consiste na espinha dorsal da proteção social. Sem contribuição não há seguro; há assistência social.

O sistema de repartição ou pacto entre gerações promove o pecúlio social, na medida em que os ativos de hoje contribuem para os futuros jubilados, como numa corrente. Em outras palavras, o valor do benefício é condicionado pelo volume de recursos que entram no sistema em decorrência das contribuições.

Para o seguro social, a variável relevante é o salário de contribuição. A renda do segurado guarda uma progressão proporcional com o sistema através da existência de pisos e tetos.

Fala-se em crise fiscal quando a relação de inativos cresce e a dos ativos contribuintes diminuem, alterando a qualidade dos benefícios. Outro fator que contribui para a crise consiste na desaceleração da cidadania, ou como o cientista político Wanderley Guilherme dos Santos aludiu como "cidadania regulada", o direito social baseado no reconhecimento do trabalho formal, via carteira de trabalho. No Brasil, o recebimento dos benefícios está na maioria dos casos condicionado à comprovação de um vínculo formal de trabalho e não ao efetivo recolhimento.

O debate em torno da capitalização e repartição não é novo. A novidade consiste em considerar o processo de capitalização mais preciso, ou melhor, mais eficiente que a repartição. Um dos argumentos levantado contra o sistema de reparto é a alta propensão ao consumo. Fruto do baixo *status* sócio-econômico, um sistema de repartição não incentiva a poupança.

A decisão de como poupar, quando poupar e como investir esta poupança de modo a garantir um fluxo de rendas suficiente durante a inatividade apresenta dois debates: a expectativa de vida do país e a expectativa de aposentadoria.

A primazia do princípio de solidariedade e universalidade garantida pelo Estado tem no seu bojo o caráter de assegurar a continuidade pontual no pagamento dos benefícios.

Em outras palavras, tanto a previdência privada ou pública não carecem de regulamentação, mas de regulação e controle das suas reservas, o que depende do campo normativo do direito, da atividade de fiscalização continuamente operante, da não transferência do fundo de reserva para outras finalidades.

A certeza da previdência social reside na capacidade do poder público em garantir o recebimento do benefício. Todavia, a incerteza da previdência privada com relação aos planos de benefícios mora na garantia do "fiador" do sistema.

Torna-se consensual a falência do sistema de aposentadoria pública e a necessidade de ampliação do papel das entidades privadas. Esta tendência reforça a aceleração do procedimento de privatização nos países em desenvolvimento como Brasil, Chile, Peru, Argentina e Colômbia, na última década.

Buscando a ampliação do PIB, a América Latina orienta sua atenção à formação da poupança social a partir da mistura: fundos de pensão - mercado. Já nos países europeus de tradição de Welfare State o setor privado é residual, e o sistema oficial representa o lugar da distribuição de renda essencialmente às camadas médias, caso: França, Bélgica, Alemanha, Austria, Portugal.

Nesses países, o tempo de contribuição para a previdência oficial situa-se entre 35-40 anos, com um percentual a auferir na inatividade entre 50% a 75% do benefício correspondente aos 5-10 melhores anos. Outro dado consiste na preocupação da C.E.E. em delimitar limites máximos e mínimos de aplicação dos ativos no exterior. O maior Fundo de pensão privado da Holanda tem permissão para aplicar 5% de seus ativos no estrangeiro.

A previdência privada, em países em via de desenvolvimento, avança sem passar pelo estágio denominado Welfare, geralmente incentivados para sua constituição pelo poder público através de incentivos fiscais.

No Brasil, equiparados a entidades que prestam assistência social, estão isentos de tributação de impostos federais, estaduais e municipais conforme Lei nº 6.435 de 1977 que a instituiu, reforçado ainda pelo art. 239 do Decreto nº 85.450 de 04.12.80 (Regulamento do Imposto de Renda), determinando que os encargos das empresas com benefícios complementares ou assemelhados aos da previdência oficial poderão ser deduzidos como "despesas operacionais", quando pagos a entidades de previdência privada legalizada.

A responsabilidade das decisões políticas devem apontar coerência na integração: sistema - benefício - segurado. O que denota que as entidades privadas e o setor público previdenciário não carecem de regulamentação, mas de regulação, controle de suas reservas e transparência administrativa. O que exige respeito aos direitos adquiridos e repúdio a práticas de "benefícios extras", que abusam do interesse coletivo maior.

Convém, portanto, lançar um olhar para o futuro observando como estas novas mudanças constitucionais atingirão nossa forma de viver.

MARCADAS E MANIPULADAS: UMA REFLEXÃO SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES

João Ricardo W. Dornelles

I. Uma visão masculina sobre a questão de gênero? Falando de mulheres ou de todos nós?

Tratar o tema de gênero, entrar no mundo feminino, como se isso fosse possível impunemente, ou procurar entender questões que são colocadas pelas mulheres no contexto do final do século, passa a ser um desafio e uma necessidade imperiosa para todos aqueles que buscam não apenas explicações para a realidade mas, principalmente, para todos os que querem transformar essa realidade.

Dessa maneira, a problemática da condição feminina deixa os espaços localizados, ou as discussões políticas para alcançar em cheio outros espaços, o saber da ciência, a academia, os espaços da política institucional, a imprensa, o mundo empresarial, o sindicato, etc. Enfim, uma expansão para espaços dominados pelo "masculino".

Adotar o tema como importante, não apenas para a luta específica das mulheres pelo reconhecimento, expansão e cumprimento de seus direitos, mas também, principalmente, como uma das bases de fundamentação para práticas sócio-político-culturais transformadoras, é o que aparece como novidade nesse final de século.

O caminho já foi percorrido, ou seria melhor dizer aberto, por outros homens que perceberam que não seria possível continuar a formulação de um discurso progressista, revolucionário, de transformação da realidade, de libertação, de redenção dos oprimidos, sem um diálogo direto, franco, aberto com as referências e o saber acumulado pelos movimentos feministas no decorrer do Século XX.

II. Apresentando a questão de gênero

No decorrer da história humana as mulheres tem sido oprimidas, excluídas dos mesmos direitos e prerrogativas garantidas aos homens. Não dispunham de espaços de liberdade e de reconhecimento de direitos.

As mulheres, em sua imensa maioria, tem recebido, no decorrer da história, um tratamento de desrespeito por sua condição feminina. A resposta social apresentada tem sido punições e tratamentos violentos e desqualificadores da sua condição humana. Apedrejamentos, a fogueira para as "bruxas", guilhotina, torturas em praça pública, discriminações no mercado de trabalho, abusos sexuais, prostituição, violências domésticas, mercantilização da sua imagem e da sua sexualidade, apropriação forçada do seu corpo como objeto do prazer masculino ou para a reprodução. Em última instância, a estigmatização da mulher, considerando-a como ser inferior, como posse masculina, cuja diferença passa a ser o principal requisito para a desigualdade.

Hoje, nos anos noventa, às vésperas do terceiro milênio, podemos afirmar com toda a certeza que a ousadia das mulheres passa a ser o resultado da ação organizada e consciente sobre a sua condição subalterna e de ser sem voz e sem identidade, num ambiente onde predomina a visão masculina da existência que constituiu uma cultura patriarcal.

E é exatamente as novas formas de organização da sociedade civil, com a experiência da ampliação dos direitos da mulher, com a inserção da mulher no mercado de trabalho, que levou a uma ocupação do espaço público pelos movimentos organizados das mulheres.

Esta nova realidade leva a que os movimentos feministas em conjunto com diversos segmentos comprometidos com as mudanças sociais, a democracia, a justiça social e a defesa intransigente dos direitos humanos, possam construir um novo caminho para a história da humanidade, propondo a incorporação ativa e positiva da fala da mulher e da visão feminina da existência, expressando necessidades e sentimentos de solidariedade humana.

Dessa maneira, principalmente depois da Conferência das Nações Unidas sobre a Questão da Mulher, realizada em Pequim, na China, em setembro de 1995, milhões de mulheres em todo o mundo, da América Latina à Europa, da Ásia à África, da Oceania à América do Norte, se encontram organizadas em diferentes tipos de entidades através de uma forma solidária e comum de lutar não apenas pelos seus direitos, mas entendendo que a emancipação e a libertação humana passa pela emancipação das mulheres.

Dessa maneira, a longa caminhada que desembocou na Conferência de Pequim passou por etapas de preparação e reconhecimento de novos direitos.

Em 1993, na Conferência Mundial de Direitos Humanos, em Viena, o Fórum de Organizações Não Governamentais, realizado paralelamente ao encontro oficial, onde foram apresentadas propostas visando reescrever a Declaração de Direitos Humanos. O mesmo aconteceu um ano depois, na Conferência Mundial sobre População, realizada no Cairo, Egito.

Na Conferência sobre Direitos Humanos em Viena, as organizações feministas latino-americanas apresentaram um esboço inicial de uma proposta de Declaração. O documento latino-americano, assim, ressaltou a expressão da especificidade da condição feminina, por milênios sendo oprimida e não tendo direitos reconhecidos.

Na mesma Conferência de Viena foi apresentado um documento das mulheres asiáticas onde se ressalta a dimensão política da questão, expressando a concepção dos povos do Sul, das nações e sociedades do chamado "Terceiro Mundo", de todos os excluídos, oprimidos, expropriados e explorados do mundo, das mulheres como representantes legítimas de todas as explorações, opressões e humilhações impostas por um modelo que exclui dos direitos, da cidadania e da dignidade humana mais de 2/3 da humanidade.

A apresentação destes documentos possibilitou a formulação de uma proposta de reconstrução da Declaração dos Direitos Humanos a partir de uma perspectiva de gênero.

III. Reconstruindo o conceito de direitos humanos: uma proposta de Declaração Universal dos Direitos Humanos a partir de uma perspectiva de gênero.

O processo de luta pelo reconhecimento e cumprimento efetivo dos direitos humanos das mulheres intensificou-se a partir da Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, em junho de 1993.

A partir dos documentos iniciais preparados para o Fórum das Organizações Não Governamentais reunido paralelamente ao evento oficial da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, de Viena, o Comitê Latino Americano para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), através da sua Coordenação Nacional do Brasil, apresentou uma proposta de reconstrução da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Diferentes iniciativas prepararam o terreno para a apresentação da proposta em Viena, se destacando campanhas como a dos "16 dias de ativismo contra a violência de gênero" e a coleta de assinaturas solicitando que a ONU "reconheça os direitos humanos das mulheres", além de esforços visando a elaboração de um projeto de Convenção Interamericana com o objetivo de prevenir, sancionar e erradicar a violência contra as mulheres.

Partindo desse processo de mobilizações, foi criado um grupo de trabalho, por sugestão de representantes do Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), com o objetivo de elaborar uma proposta de Declaração de Direitos Humanos ressaltando a questão de gênero. Esta primeira proposta deveria servir de documento para a discussão, aberto para receber as modificações e contribuições das pessoas e grupos nos diferentes países envolvidos.

Parte do grupo de trabalho realizou uma reunião em janeiro de 1993, no Encontro Regional Preparatório da América Latina e Caribe. E a coordenação brasileira do CLADEM apresentou uma proposta abrangente de fusão/integração entre o texto elaborado a partir do grupo de trabalho proposto pelo IIDH na Conferência de San José de 1992, com os dispositivos do texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948. A idéia, assim, seria torná-lo mais abrangente, incluindo de maneira efetiva os direitos das mulheres e dos homens.

Essa iniciativa da coordenação brasileira foi aceita pela CLADEM que a apresentou na Conferência de Viena em 1993, configurando-se no documento latino-americano -anteriormente mencionado - que foi comparado com o documento do "Asian Women's Human Rights Council".

A justificativa para a apresentação dessa proposta de uma Nova Declaração de Direitos Humanos, parte do princípio de que os Direitos Humanos devem ser entendidos como abrangentes, integrando todos os grupos humanos, independente das diferenças de gênero, de raça, ou de qualquer outra diferença entre os seres humanos. Mas, por outro lado, apresenta como novidade a condição especial da mulher, e de demandas que lhes são específicas. Partindo-se dessa condição especial, e de uma condição feminina distinta, é que aparecem direitos que lhes são específicos.

Essa proposta, assim, passa a representar melhor a configuração das sociedades contemporâneas, sua diversificação, pluralidade e complexidade e, principalmente, reconhecendo e incorporando o novo discurso feminista que se tem se desenvolvido nas últimas décadas.

A verdade é que o texto da Declaração da ONU de 1948 tem como referência um conceito de direitos humanos historicamente construído a partir de um paradigma ocidental, do homem branco, cristão, heterossexual, e não excluído, construção de um ser humano que foi reificado como universal. Como toda construção histórica, no entanto, é passível de críticas e de um revisionismo, como também é passível de novas interpretações, de acordo com a dinâmica social e as transformações das relações dentro de uma sociedade.

A verdade é que os mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos são instrumentos insuficientes e inadequados para as necessidades das mulheres. E isso pode ser facilmente constatado com as continuadas violações de direitos humanos das mulheres. Na realidade o sexismo como expressão das violações não reconhece às mulheres a sua condição de humanas¹. Isso significa dizer que mesmo nas Declarações de Direitos Humanos predomina uma visão masculina, uma visão que exclui o feminino, que não considera as especificidades da condição feminina.

Por outro lado, Norberto Bobbio, em "A Era dos Direitos", constata que:

*"Manifestou-se nestes últimos anos uma nova linha de tendência, que se pode chamar de especificação; ela consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos. Ocorreu, com relação aos sujeitos, o que desde o início ocorrera com relação à idéia abstrata de liberdade, que se foi progressivamente determinando em liberdades singulares e concretas (de consciência, de opinião, de imprensa, de reunião, de associação), numa progressão ininterrupta que prossegue até hoje... essa especificação ocorreu com relação seja ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana. Com relação ao gênero, foram cada vez mais reconhecidas as diferenças específicas entre a mulher e o homem"*².

Novos instrumentos internacionais específicos de proteção aos direitos da mulher foram elaborados, como a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação à Mulher, de 1967, e a Convenção pela Eliminação de Todas as

¹ Citação da jurista Alda Facio, da Costa Rica, in "As Mulheres e a Construção dos Direitos Humanos", CLADEM, Brasil, 1993.

² BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Editora Campus.

Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979. São exemplos de avanços significativos que, no entanto, não chegaram a enfrentar completamente a questão.

Dessa maneira, partiu-se de uma noção de generalidade do ser humano, cujo modelo é o masculino, o homem branco, heterossexual, ocidental, para definir as especificidades das diferentes condições humanas, das mulheres, da juventude, das crianças, dos idosos, dos orientais, dos deficientes físicos, dos loucos, dos negros, dos índios, etc. Reproduz-se, mesmo que involuntariamente, a noção de normalidade e anormalidade, característica do discurso positivista que impregnou as ciências humanas e sociais a partir do século XIX.

É assim que os diferentes segmentos humanos discriminados passaram a reivindicar a condição de *sujeitos sociais diferenciados* colocando, portanto, a questão de serem *sujeitos de direitos específicos*. Verifica-se aqui uma passagem do plano abstrato como fórmula das Declarações e Instrumentos de Proteção dos Direitos Humanos, para um plano singular e concreto, materializando-se em sujeitos reais, nas relações sociais realmente existentes.

Embora, como já observamos antes, a tendência a atenuar a exclusão feminina tenha se verificado nas últimas décadas, ainda estamos longe de resolver de forma absoluta esse problema. Assim, o que se busca é a constituição de uma relação dialética, em que o todo, referente às generalidades, compreenda num plano abstrato todos os seres humanos concretos e, na sua generalidade, todo e cada ser singular.

Dessa maneira, justifica-se a necessidade de redefinição do conceito de direitos humanos, sob uma perspectiva de gênero. E, para tal redefinição e reconstrução do conceito de direitos humanos, deve-se partir de uma interpretação da realidade que torne visível a complexidade das relações entre homens e mulheres, revelando as causas e efeitos das diferentes formas de manifestação dos estereótipos e rótulos em relação à mulher e às discriminações sofridas.

É partindo dessa perspectiva de gênero que se aponta a proposta de reconstrução e redefinição de conceitos. E exclui a idéia de Declarações separadas. Não é possível pensarmos os direitos humanos sem ser numa perspectiva de gênero. Assim, o que se propõe é uma reconstrução dos princípios, do conceito e dos instrumentos de direitos humanos, revelando as diferenças existentes entre os diversos segmentos sociais e grupos humanos. Esse processo não significa uma fragmentação da condição humana. Ao contrário, ao tornar visível as diferenças entre os seres humanos, significa uma real universalização dos sujeitos de direito e dos direitos humanos, com base não num ser humano

ideal - que tem o Homem como paradigma do Humano -, mas com base na realidade dos diferentes setores sociais e de indivíduos.

IV. Mulheres como vítimas da violência

Neste final de século, a luta pelos direitos humanos das mulheres alcança um novo patamar. Após muitos anos e décadas lutando por igualdade de direitos entre mulheres e homens, o feminismo incorporou definitivamente a concepção do direito à diferença. Ou seja, o reconhecimento de direitos, implica no reconhecer as diferenças, como pré-condição para a igualdade. Isso significa afirmar que a luta pela igualdade de direitos não é contraditória com esse reconhecimento das diferenças. Dessa maneira, *a igualdade entre homens e mulheres pressupõe, na prática, o reconhecimento das suas diferenças*. A própria expressão "*Feminismo*" ganha um novo significado, perdendo uma conotação ideologizada das últimas décadas - perfeitamente compreensível quando o movimento ainda se caracterizava como manifestação de uma vanguarda, como expressão de consciência de grupos isolados do conjunto da sociedade - para se conformar numa dimensão efetivamente universalista da luta pela cidadania e pelos direitos humanos a partir da ocupação de espaços sociais, como uma das referências da sociedade civil organizada na luta pela cidadania e por transformações sociais. É dessa maneira que as organizações de mulheres adquirem, mundialmente, um papel cada vez mais decisivo nos encontros e atividades relacionados com os direitos humanos. Ao mesmo tempo, as violações - de diferentes modalidades - são denunciadas e motivam novas lutas.

Uma quantidade infindável de formas de violência são exercidas contra as mulheres, tanto na sua vida doméstica, no seio da família, quanto no seu ambiente de trabalho. São diferentes formas de violência, da violência física direta até as formas sutis de violência simbólica que se expressam na linguagem, no olhar dos meios de comunicação, na invisibilidade da mulher como ser humano com identidade própria, na educação, na formação do imaginário social.

"La lista cotidiana de violencias contra la mujer es abismal e interminable: agresiones verbales y físicas por parte de la pareja masculina, trata de mujeres, servidumbre sexual y doméstica, violaciones específicamente sexuales, palizas, mutilaciones de todo tipo y exclusiones de la esfera pública a las lesbianas, acoso sexual en el lugar de trabajo, lapidación de mujeres acusadas de infidelidad, violaciones en la guerra y en tiempos de paz, mujeres desplazadas y refugiadas por conflictos bélicos,

analfabetismo forzado, prostitución forzada, esposas golpeadas, circuncisión femenina, hospitalización psiquiátrica, incesto, negación de los derechos femeninos, privación de la dote, aislamiento de viudas y ancianas, abusos contra enfermas mentales, marginación cultural, infanticidio femenino, quema de brujas, sadomasoquismo, mutilaciones genitales..."³.

Em alguns países islâmicos persiste o ritual de mutilação de meninas que, sem anestesia, tem extirpado o clitóris, como rito de passagem para a fase adulta, preparando-se para o casamento. Na realidade, além da mutilação física, existe a humilhação e a mutilação da sexualidade feminina, do sentido do prazer, do desejo. A mulher aparece apenas como ser reprodutor, depósito do esperma. Segundo documentos da Organização Mundial de Saúde (OMS), essa prática já aleijou mais de 114 milhões de mulheres em todo mundo. A mutilação pode ser total ou parcial, muitas vezes chegando a extirpar os lábios vaginais.

Outra prática comum em algumas sociedades do Oriente Médio, da Ásia e da África é a infibulação, que é a costura dos lábios vaginais, muitas vezes levando a morte.

A Conferência das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, Egito, em 1994, revelou que a cada ano mais de 2 milhões de meninas são submetidas à mutilações ⁴.

Na Índia muitas noivas com dotes considerados insuficientes pela família do noivo continuam sendo assassinadas. Mais de 20 milhões de mulheres foram mortas entre 1990 e 1993. Em geral as vítimas são mortas queimadas com querosene, justificando-se como "acidente doméstico"⁵.

Outras formas de violência também são comuns contra as mulheres, independente da sua posição social, ou do grau de desenvolvimento econômico e social que tenha uma sociedade. Desde violências explícitas, diretas, atingindo a vida e a integridade física, até as formas de violência mais sutis, indiretas, subliminares, atingindo moralmente as mulheres ou reproduzindo conceitos - ou, no caso, preconceitos - sobre a condição feminina.

³ AGUIRRE, Luis Pérez. *La Condición Femenina*. Ediciones Trilce. Montevideo, Uruguai, 1995, pags. 41 e 42.

⁴ Jornal Zero Hora, Porto Alegre, 19/09/94. Dados recolhidos do Relatório Azul - Garantias e Violações dos Direitos Humanos no Rio Grande do Sul, 1994. Documento da Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, presidida pelo Deputado Estadual Marcos Rolim (PT-RS).

⁵ Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, 25/08/94. Dados também recolhidos do Relatório Azul, 1994.

Através do documento "Relatório Azul", elaborado pela Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, presidida pelo Deputado Estadual Marcos Rolim (PT-RS), podemos ter acesso a uma série de informações sobre o quadro de violência contra a mulher e sobre os limites da atuação policial no sentido de evitar as violências e de punir os responsáveis. Esse quadro revela a falta de uma política de prevenção da violência contra as mulheres.

A Comissão Parlamentar de Inquérito sobre a Violência Contra a Mulher (CPI da Violência Contra a Mulher) mostrou que em 20 Estados da Federação, entre janeiro de 1991 e agosto de 1992, foram formalizados 205.219 casos de agressão contra as mulheres, desde lesões corporais até estupros. No Rio de Janeiro, no ano de 1992, as Delegacias Especializadas da Mulher atenderam mais de 10 mil casos. Em São Paulo os casos de abuso sexual tiveram um acréscimo de mais de 30 % em 1993. Das 15 Delegacias Especializadas que funcionavam em 1993 no Rio Grande do Sul apenas 3 continuam atendendo os casos de violência contra a Mulher, segundo dados do já citado "Relatório Azul".

Nos Estados Unidos cerca de 5 milhões de mulheres de todas as idades são espancadas anualmente, enquanto cerca de 1.500 mulheres são assassinadas, pelos maridos ou companheiros. Pelas estatísticas oficiais a maior parte dos assassinatos ocorrem quando a mulher se separa, após sofrer vários espancamentos.

Violências domésticas, abusos sexuais praticados por pais ou responsáveis contra suas filhas, abusos sexuais contra as próprias companheiras (esposas ou concubinas)⁶; assédio sexual como forma de exercício de um poder para alcançar benefícios de caráter sexual; prostituição (adulta e infantil); o uso da imagem da mulher (nos meios de comunicação e em outros espaços culturais da sociedade) ou como Santa ou como Demônio (ou "Rainha do Lar", ou "Vagabunda"); a mercantilização da imagem da mulher como mercadoria a ser apropriada e objeto de prazer e de exercício do poder; etc. E é através dessas diferentes formas de violência, dos espancamentos ao tratamento desrespeitoso e desqualificador em relação às mulheres, que se consolidou a ideologia da opressão, com valores que são reproduzidos de pais para filhos, ou melhor, de pais e mães para filhos e filhas.

⁶ Por incrível que pareça, existe uma polêmica doutrinária no Direito Penal sobre a possibilidade ou não da existência do crime de estupro praticado pelo marido contra a própria esposa. Uma corrente mais conservadora entende que a mulher casada tem a obrigação de manter relações sexuais com o marido quando solicitada. Outra concepção que também revela o conservadorismo de parte da doutrina penal é sobre o conceito de "Mulher Honesta", para diferenciar aquelas cujos bens jurídicos são defendidos integralmente daquelas que, por terem uma conduta considerada duvidosa, não merecem a tutela penal. Assim, uma prostituta, ou uma "mulher de vida duvidosa" (?), receberia a proteção jurídico-penal em caso de sofrer violências sexuais ou afrontas morais ?

V. Participação e Cidadania: 20 anos de lutas pela conquista dos direitos das humanas

A ONU escolheu o ano de 1975 como o "Ano Internacional da Mulher". Desde aquele momento as mulheres tem conquistado direitos e acumulado experiências que possibilitaram o reconhecimento de suas reivindicações e propostas na esfera internacional, quando se trata de debater as questões relacionadas ao desenvolvimento humano e social. Exatamente para marcar esses 20 anos é que foi realizada, em setembro de 1995, a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, em Pequim, na China.

No Brasil, os movimentos de mulheres ganharam impulso a partir de meados dos anos setenta, no bojo das lutas democráticas contra o regime militar. Surgiram várias organizações, várias publicações, programas de rádio e TV, trabalhos acadêmicos foram elaborados, e a condição feminina começou a ocupar um espaço de preocupação acadêmica, política e cultural, na Universidade, na prática sócio-política e na sociedade como um todo.

Nos anos setenta se constituiram os primeiros grupos de SOS-MULHER, que possibilitaram uma visibilidade social às violações cotidianas que ocorrem contra as mulheres, não apenas no ambiente de trabalho, ou nas ruas, como também, e principalmente "entre as quatro paredes"... "daquilo que chamam lar".

Assim, nestes 20 anos, o movimento das mulheres tem ocupado uma posição decisiva nos encontros e fóruns internacionais de Direitos Humanos, culminando com a Conferência de Pequim em setembro de 1995.

VI. A discriminação sexual e a proteção Internacional dos direitos humanos

O princípio da igualdade entre os seres humanos e a proibição da discriminação se complementam. Estes princípios aparecem nos instrumentos internacionais de proteção em dispositivos separados, de forma tal que possam ser aplicados a diferentes categorias de direitos. Dessa maneira, se proíbe expressamente a discriminação e as violações dos direitos fundamentais reconhecidos pelos instrumentos internacionais, enquanto que o direito à igualdade jurídica e a igual proteção são incorporados aos direitos reconhecidos pelas legislações internas. Assim, o princípio da igualdade engloba uma série de direitos numa dimensão mais ampla que os direitos fundamentais consagrados nos dispositivos internacionais.

Por serem complementares, observamos que as práticas discriminatórias, proibidas pelos artigos 2º da Declaração Universal da ONU, II da Declaração Americana, 2.1 e 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, 1º da Convenção Americana, também são incompatíveis com o princípio da igualdade. Por exemplo, se a legislação interna de um país determina um tratamento discriminatório em relação às mulheres, no que se refere a qualquer direito (de herança, de acesso à educação, de disposição do patrimônio, de exercício dos direitos políticos, etc.), direitos que muitas vezes não estão expressos diretamente nos dispositivos internacionais, esta legislação se mostra contraditória com a normativa internacional, por violar o princípio da igualdade jurídica, mesmo que este direito específico não esteja consagrado pelo Direito Internacional.

Entre os mecanismos de proteção internacional dos Direitos Humanos, a discriminação sexual passou a ser tratada, entre as diferentes formas de discriminação proibidas expressamente, através do artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos; do artigo II da Declaração Americana; do artigo 2.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; e do artigo 1º da Convenção Americana (Pacto de San José).

O artigo 3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos contém uma cláusula que obriga aos Estados Partes "a garantir a homens e mulheres a igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados". O propósito do presente dispositivo é o de ressaltar o princípio da igualdade da mulher.

O que interessa notar, no momento, é a existência de um grande número de instrumentos internacionais dedicados aos direitos da mulher. O mais importante destes instrumentos foi a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, no ano de 1979, vigente desde 1981 e ratificada por 190 países. Esta Convenção atualiza e completa uma série de instrumentos mais antigos, como a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, de 1976, a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, de 1952, a Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher Casada, de 1957, entre outros.

Através do artigo 1.1 da Convenção Internacional de 1979, definiu-se a discriminação sexual como toda e qualquer distinção, exclusão, ou restrição baseada no sexo e que tenha por objetivo, ou por resultado, anular o reconhecimento, o gozo ou o exercício, por parte da mulher, independente do seu estado civil, dos direitos humanos e liberdades fundamentais na esfera política, econômica, social, cultural, civil ou em qualquer outra esfera.

VI. A crise dos Paradigmas da Modernidade e a transformação social e partir de uma perspectiva de gênero

*"La visión masculina del mundo, que las mujeres también reproducen, desplaza la femenina y se afirma como la única posible... El neoliberalismo es una visión masculina, aunque la teórica fuera una mujer"*⁷.

O final do século XX apresenta uma série de novas situações que questionam os modelos que nos últimos 300 anos serviram de referência para a humanidade. Um quadro de "Crise de Civilização", onde os paradigmas que serviram de base para a existência são questionados e apontam para a busca de alternativas.

Na verdade essa grande crise ainda não definiu os caminhos que poderão levar para sua solução. Assim, no quadro de "espaços vazios", o neoliberalismo ocupa uma posição aparentemente hegemônica. E com a ideologia neo-liberal vivencia-se um contexto de retrocesso das conquistas civilizatórias dos últimos 3 séculos, no que se refere às práticas sócio-políticas democráticas, à justiça social, aos direitos humanos. É importante ressaltar, portanto, como esse quadro leva a um reforço das práticas e valores conservadores, e mesmo reacionários, expressando-se no ressurgimento da intolerância racial, étnica, religiosa, nacional, etc.

Assistimos, assim, um cenário contraditório de globalização econômica e de fragmentação social e política. Um quadro em que coexistem os discursos de exaltação do mercado, como uma panacéia para os males das sociedades, de negação do Estado Nacional como referência política e de soberania, e de um discurso neo-nacionalista nas sociedades que viveram o esgotamento da experiência do chamado socialismo real. E é nesse contexto que se abrem as brechas para a intolerância com a diferença e para os retrocessos em diversos esferas da existência. O estreitamento das políticas públicas sociais e da legislação social, e o conseqüente neo-corporativismo, a crise do "Welfare State", o surgimento do neo-nazismo e do neo-fascismo, a retomada de teses racistas, neo-positivistas, o darwinismo social como mecanismo de controle social, a violência como fenômeno contemporâneo se expressando de diferentes maneiras pelo mundo afora, o ressurgimento dos fundamentalismos religiosos, as inúmeras seitas evangélicas, o crescimento de um discurso conservador de "valorização" do

⁷ Trechos da Conferência proferida por mim em 12 de outubro de 1995, em Montevidéu, Uruguai, no encontro organizado pela ONG "KAIROS", que trabalha, naquele país, nas áreas de saúde mental e direitos humanos e por "RESPIRAR", entidade uruguaia interdisciplinar de técnicos que prestam serviços de saúde para crianças e adolescentes. O trecho transcrito acima foi publicado no periódico "La República de las Mujeres", de 22 de outubro de 1995, Montevidéu, Uruguai.

papel familiar da mulher⁸, são, entre outros, expressões de um quadro de Crise de Paradigmas que confronta todos os modelos e referências que existiam na sociedade.

Dessa maneira, a crise afeta todas as instâncias da existência humana, onde todos os modelos estão confrontados com a necessidade de transformação. No entanto, ainda não se construíram novos paradigmas ou referências. Por outro lado, a existência da crise e a busca de novos modelos não serve de garantia necessária para avanços. Ao contrário, vivemos um período histórico, iniciado nos anos 80 e se estendendo pelos anos 90, de retrocessos ou, pelo menos, de ameaça às conquistas democráticas e sociais e aos direitos humanos, alcançadas depois de muitas lutas sociais e políticas.

Assim, os diferentes segmentos humanos excluídos, discriminados, expropriados, oprimidos ou explorados (trabalhadores, mulheres, negros, homossexuais, etc.), minorias ou não, estão confrontados com transformações muito rápidas, e o desafio é ocupar espaço visando adquirir poder para influenciar na renovação dos valores. E é essa luta no campo ideológico que passa a ser central para a construção de novos paradigmas com base no respeito integral aos direitos humanos. E essa luta ideológica em busca de alternativas de transformação só é possível incorporando a questão de gênero e atacando diretamente os alicerces da sociedade e da cultura patriarcal.

Como pudemos ver anteriormente, muitas formas de violência são praticadas contra as mulheres. E não apenas em sociedades consideradas subdesenvolvidas, ou em camadas sociais empobrecidas e marginalizadas. As violências contra as mulheres estão presentes em todas as sociedades e em todas as classes sociais. E se expressam de forma direta, como nos casos de espancamentos e assassinatos. E de forma indireta, como os casos de violência simbólica e outras modalidades mais sutis de opressão e violência. As mulheres, assim, vivenciam um conjunto de práticas discriminatórias que se inicia com o nascimento, e continuam com as práticas de socialização através da família e da educação. E o papel de reprodução ideológica - inclusive através da própria mulher - é fundamental na continuidade destas práticas e deste posicionamento de subalternidade e submissão das mulheres, numa sociedade historicamente patriarcal. Enquanto as meninas são, em todas as sociedades (com diferenciações quanto à forma e a intensidade), educadas, formadas e adestradas para

⁸ Nos Estados Unidos se divulga, com o crescimento de um fundamentalismo cristão ultra-conservador, de forma subliminar, a proposta da "Volta ao Lar", como forma de "proteção da família", dos valores tradicionais e do estilo de vida norte-americano. Com a retomada desses valores conservadores, observamos o aumento da intolerância e a elaboração de um discurso que busca as causas de problemas de caráter sócio-econômico-cultural, como a violência, o consumo de drogas, a prostituição, etc, como resultado da falta da mulher no lar, junto aos filhos na sua formação. Para essas correntes, a propalada "liberação feminina", com a mulher ocupando o espaço público, levaria a um quadro de esfacelamento do núcleo familiar.

desempenharem o papel de "mãe", de assistência à prole, de reprodutora, de organizadora do lar - a chamada "Rainha do Lar" - , aquela que ocupa o espaço privado, o menino é preparado para o espaço público, para ocupar a posição de mando, ter o poder de tomar decisões sobre a vida, a existência e o conjunto da sociedade. O homem era o guerreiro, o sacerdote, o chefe, aquele que se apropria do conhecimento, dos bens materiais, dos despojos de guerra, das mulheres. Aquele que se apossa da fêmea na disputa com os outros machos e que, consolidada a conquista da "presa", assume o papel de "protetor". Esta mesma lógica das sociedades primitivas permanece - mesmo que atenuada - nas sociedades contemporâneas, mesmo as de corte urbano-industrial onde as mulheres ocupam espaços públicos, conquistam direitos e cidadania, poder econômico e independência. É só observarmos as inúmeras violências do cotidiano contra as mulheres urbanas, como o tratamento diferencial, o tradicional machismo travestido de gentileza, a existência da chamada "dupla jornada de trabalho", os assédios sexuais, o tratamento dos meios de comunicação de massa, e a utilização de uma imagem distorcida da mulher, ou a sua visibilidade "miope" no espaço social.

É curioso notar que com a conquista de espaços de liberdade e de emancipação - mesmo que limitados - muitas vezes as mulheres passam a exercer uma conduta tipicamente masculina, com o exercício "masculino" do poder. O que isso significa ? Significa a reprodução ideológica de um modelo. Um modelo que retira dos seres humanos - mulheres e homens - a capacidade de reflexão crítica sobre os seus papéis. Um modelo que fragmenta a humanidade e que faz de cada ser humano um ser descartável. E nesse processo de perda da essência humana, todos perdem a sua essência "feminina". Perdem, portanto, parte de sua humanidade. Ao prevalecer o caráter "masculino" dos seres humanos - sejam homens ou mulheres acaba-se por reproduzir um modelo, mesmo que sejam ampliados os espaços para conquistas de direitos para as mulheres.

Não se trata de reproduzir o modelo "masculino" de existência, com as mulheres ocupando sozinhas, ou em conjunto com os homens, as posições de mando, de poder e de opressão, como não se trata apenas de ampliar as oportunidades para as mulheres. E é aqui que a perspectiva de gênero obriga a uma reflexão real sobre a transformação social, sobre a revolução, sobre uma mudança radical de atitudes, sobre novos paradigmas, novas referências, novos valores, um novo modelo de sociedade, abrangendo a totalidade da realidade social. Trata-se, portanto, de percebermos o papel fundamental que desempenha a luta ideológica na destruição do modelo existente, modelo excludente, marginalizador, machista, discriminatório, opressor e explorador (não apenas em relação à mulher, mas aos negros, índios, jovens, velhos, despossuídos de capital, etc.). A luta ideológica, assim, passa a ser fundamental quando olhamos a transformação social com uma perspectiva de gênero.

Trata-se, dessa maneira, de construir novos paradigmas, com base numa ética solidária. Ou seja, uma nova hegemonia que tenha fundamento nos princípios de direitos humanos.

Conclusão

"As velhas categorias, os velhos conceitos tornaram-se insuficientes; são quase incapazes de apreender a violência dos tempos. Enquanto tratamos de estender os horizontes e aprofundar o discurso dos direitos humanos existentes, necessitamos também de uma nova geração de direitos humanos. Necessitamos mudar o paradigma que concebeu os direitos humanos como direitos dos poderosos, necessitamos escutar as vozes daqueles que não compartilham desse poder. Necessitamos ver essas violações através dos olhos das vítimas, vítimas do desenvolvimento, do progresso, dos apuros técnicos; através dos olhos dos impotentes; através dos olhos daqueles cujas culturas têm sido destruídas, cujos povos têm sido arruinados; através dos olhos daqueles que têm estado nas margens, nos flancos; através dos olhos dos bordos, através dos olhos daqueles do Sul, no Sul e daqueles do Sul, no Norte; através dos olhos das mulheres." 9

Assim, uma proposta de rompimento radical com o modelo existente, o modelo de uma sociedade patriarcal, concentradora das riquezas, do saber, dos benefícios sociais, uma sociedade carente de sentido humano de justiça, passa por uma mudança de atitudes incorporando a questão de gênero como central.

E foi essa visão "masculina", patriarcal, da existência que criou um "Terceiro Mundo", que criou um mundo dividido em "desenvolvidos" e "subdesenvolvidos", um mundo dividido entre aqueles que tudo têm e aqueles que nada, ou quase nada, têm. A construção de um modelo perverso que exclui, marginaliza, estigmatiza e violenta, das mais diferentes formas, mais de 2/3 da humanidade, que se vêem excluídos dos benefícios de uma sociedade tecnológica e vivem abaixo das condições mínimas de dignidade para um ser humano. E desse contingente humano deserdado, mais de 70 % são mulheres. Um verdadeiro processo de "apartheid" e de "feminização" da miséria. Por essa razão, falar em transformação social passa pela construção de novos paradigmas, por uma

⁹ Ver documento do CLADEM-Brasil "As Mulheres e a Construção dos Direitos Humanos", pag 39.

transformação das consciências, por uma contra-hegemonia que possibilite a destruição de um modelo universal patriarcal que negou a mulher.

Por essas e outras razões falar em direitos das mulheres é checar um modelo e nos obriga à constituição de novas referências. Não se pode e não se deve mais ver as mulheres e a existência com o olhar dos paradigmas patriarcais existentes. Passa a ser imperioso uma refundação, construir um novo conhecimento, desmontando um saber antigo e conservador, cujos conceitos e categorias destinam o lugar das mulheres nas sombras, onde a mulher inexistente como pessoa, onde não se revela a sua verdadeira imagem, onde a invisibilidade a transforma em ser descartável, onde a sua imagem e as suas atitudes são moldadas de acordo como olhar masculino.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIRRE, Luis Pérez. *La Condición Femenina*. Ediciones Trilce. Montevideo, Uruguai, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Editora Campus.
- MAGENDZO, Abraham (org.). *Superando la Racionalidad Instrumental? Ensayos en busca de un nuevo paradigma para la educación y la discusión de los Derechos Humanos*. Programa Interdisciplinario de Investigaciones en Educación. Santiago, Chile.
- CLADEM (Comitê Latino Americano para a Defesa dos Direitos da Mulher). *As Mulheres e a Construção dos Direitos Humanos no Brasil*, 1993.
- RELATÓRIO AZUL 1994. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul.

TRIBUTAÇÃO SOBRE GRANDES FORTUNAS: FENÔMENO DE RECEPÇÃO NO CAMPO FISCAL

Maria Clara de Mello Motta

Introdução

Especialmente no momento em que a atenção da sociedade se volta para o debate sobre alternativas de ampla reforma tributária, é oportuna a análise de um fenômeno de recepção no campo fiscal: o imposto sobre grandes fortunas. Instituído em alguns países — seja em caráter permanente, seja temporário — o imposto sintético sobre o patrimônio não parece ter alcançado os resultados almejados, vindo a ser extinto na maioria dos casos conhecidos. Recepcionado pelo constituinte brasileiro em 1988, o instituto não logrou regulamentação desde então.

A proposta do presente estudo é examinar o fenômeno da recepção do denominado imposto sobre grandes fortunas, recepção essa feita pelo legislador brasileiro através da Constituição Federal (art. 153, inciso VII) em vigor, sob os ângulos da própria caracterização do fenômeno, das influências que concorreram para sua realização, das causas que a promoveram, dos agentes encarregados de sua efetivação, dos objetivos visados, das cautelas a serem consideradas na sua implantação e dos efeitos constatados por sua adoção.

1. Conceituação e Abrangência de Termos

Embora o termo *recepção de direitos* possa ser usado no sentido lato para designar a introdução em um sistema jurídico de regras, noções ou institutos pertencentes a outro, esse conceito não tem aceitação unânime.

Assim, os estudiosos da matéria se utilizam de terminologia diversificada na análise e identificação do fenômeno, em razão da ênfase atribuída a certas formas de sua manifestação, tais como a natureza do instituto importado (Marc Ancel), as causas da recepção (Papachristos), a voluntariedade do desencadeamento do processo (Rheinstein), ou a extensão do fenômeno (Constantinesco). Enquanto, de um lado, os sócio-juristas julgam a recepção uma manifestação anormal, pois contrária à noção de direito como produto do contexto social, de outro, os comparatistas a consideram decorrência natural de movimentos de aproximação entre sistemas jurídicos, que resulta — sob uma ótica utilitária — tanto em aperfeiçoamento da ordem jurídica nacional quanto em harmonização de padrões jurídicos internacionais¹.

Se originariamente a palavra *tributo* era usada para designar a imposição de reparações de guerra ao vencido pelo vencedor, seu significado moderno abrange todos os "meios ordinários e normais de manutenção do Estado e de seu sistema de serviços públicos"². Na legislação fiscal vigente, tributo é gênero de receitas, tendo como espécie a taxa, a contribuição de melhoria e o *imposto*³, que se caracteriza por ser uma obrigação cujo fato gerador independe de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte⁴. Além de constituir uma importante fonte de recursos do Estado, o imposto é também instrumento de política econômica, social e demográfica⁵.

2. Análise da Recepção do Instituto

Para a justa compreensão do fenômeno da recepção, é preciso caracterizá-lo não só quanto à origem mas também quanto à amplitude. É preciso, ainda, observar as influências havidas tanto de caráter geral quanto específico para sua realização e apontar-lhe as possíveis causas propulsoras — sejam fiscais, sejam extrafiscais — além dos diversos agentes encarregados de sua efetivação. Cabe também detectar os objetivos visados com o instituto, sem descurar das cautelas necessárias baseadas no conhecimento dos efeitos de sua adoção na experiência alienígena.

¹ TAVARES, Ana Lucia de Lyra. "O Estudo das Recepções de Direito". In *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Haroldo Valladão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, s/d, p. 45-66.

² BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 159.

³ BRASIL. *Constituições do Brasil*. Compilação e atualização de textos, notas, revisão e índices por Adriano e Hilton Lobo Campanhole. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 77, art. 145 (CF/1988).

⁴ BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Organização de textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 25, art. 16.

⁵ DEODATO, Alberto. *Manual de Ciência das Finanças*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 67.

2.1. Caracterização do Fenômeno

Em relação à sua origem, o fenômeno se deu de forma voluntária, em decorrência da aproximação dos sistemas jurídicos europeus com o brasileiro. Assim, através de movimento provocado, a recepção se processou por contágio legislativo no nível infraconstitucional estrangeiro. Constituiu-se, portanto, em empréstimo legislativo promovido por via imediata, ou seja, através de ato do próprio legislador, embora houvesse raízes mediatas, resultantes de trabalho de pesquisa acadêmica e estudos pré-constituintes.

Do ponto de vista da extensão do fenômeno, a recepção se caracteriza como parcial, já que se trata de um único instituto, mas eclética, pois gerada por pluralismo e mescla de fontes.

2.2. Influências para a Realização

O instituto sob análise encontra-se no bojo de um grande movimento de recepção ocorrido com a promulgação da Constituição de 1988. Convém assinalar, nesse movimento, a interação de vários fatores, tais como o natural mimetismo jurídico, juntamente com a reconhecida atração do elemento estrangeiro sobre o autóctone, além da convicção de que o progresso jurídico é capaz de acelerar o sócio-econômico⁶. Isso, sem falar dos tradicionais vínculos histórico-culturais que ligam o Brasil aos países da Europa, especialmente aos da península ibérica, merecendo destaque, ainda, a afinidade do processo político de redemocratização⁷ que se deu concomitantemente em diversos países.

A tributação sintética sobre patrimônio, adotada por diversos países da Comunidade Européia, sob denominações variadas — imposto sobre patrimônio, sobre fortuna ou sobre o ativo líquido do contribuinte — constituiu a influência específica para a adoção, pelo constituinte brasileiro, do imposto sobre grandes fortunas. Esse tipo de tributo, em vigor na França, na Alemanha — até 1995 — na Espanha, na Dinamarca, em Luxemburgo e nos Países Baixos, foi descartado pela Bélgica, pela Grã-Bretanha, pela Grécia, pela Irlanda, pela Itália e por Portugal⁸. Já a tributação analítica,

⁶ TAVARES, Ana Lucia de Lyra. "O Direito Comparado na História do Sistema Jurídico Brasileiro". *Revista de Ciência Política*, 33 (1): 55-90. Rio de Janeiro: FGV, nov/89-jan/90, p. 56-57.

⁷ *Ibidem*, p. 64-65.

⁸ MALTA, Pierre Di. *Droit Fiscal Européen Comparé*. 1ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 401-404.

incidente sobre categorias específicas do patrimônio, além de instituição muito anterior à sintética, goza atualmente de caráter quase universal⁹.

Em termos gerais, foram os textos constitucionais contemporâneos — português, espanhol, francês, italiano e alemão — que nortearam o constituinte. Contudo, no caso da recepção do imposto sobre grandes fortunas, a influência proveio de legislação alienígena de nível infraconstitucional, já que nas cartas políticas européias, diversamente da nossa, a estruturação do sistema fiscal é delegada inteiramente à legislação ordinária.

A Constituição portuguesa de 1976 estabelece que os impostos sejam criados por lei determinadora da incidência, da taxa, dos benefícios fiscais e das garantias dos contribuintes¹⁰. A francesa de 1958 estatui não só que a lei deva estabelecer o regime da propriedade, dos direitos reais e das obrigações civis e comerciais, como os regulamentos referentes à base, à taxa e às modalidades de arrecadação de impostos de todo tipo¹¹. A espanhola de 1978 segue a mesma linha, delegando à lei a criação de impostos¹². No nosso caso, se bem que nos termos de lei complementar, o constituinte de 1988 achou por bem ordenar a nível constitucional a competência da União para a criação do novo imposto (art. 153, VII).

Promulgada a CF/88, pendente ainda a matéria de legislação complementar a definir-lhe os parâmetros, os comentaristas em geral consideraram obscura a origem do imposto, muitos seguindo a interpretação de Hamilton Dias de Souza de que se assemelhava ao imposto espanhol incidente sobre o luxo¹³, embora já indicassem a Comissão Afonso Arinos como mentora inicial da idéia do tributo¹⁴. Ao lado da obscuridade quanto à origem, pairava também dúvidas quanto à amplitude da sua incidência: se sobre universalidade dos bens do sujeito passivo ou se apenas sobre bens suntuários, só possíveis aos muito ricos¹⁵.

⁹ *Ibidem*, p. 419.

¹⁰ PORTUGAL. *Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras*. Textos, índice temático comparativo de Ana Valdez Alencar e Laudicene de Paula Cerqueira. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987, vol. 2, p. 793.

¹¹ FRANÇA. *Constituição da França*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987, p. 21.

¹² ESPANHA. *Constituição da Espanha*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987, p. 38.

¹³ CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, vol. 7, p. 3611-3612.

¹⁴ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 5, p. 404.

¹⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 203.

Apresentados dois projetos de lei, tornou-se possível a realização de uma análise comparativa¹⁶, cujos resultados apontaram proximidade do instituto recepcionado ao adotado pela legislação francesa, através dos artigos 2 a 11 da lei de finanças de 1982, com a finalidade de fazer os ricos pagarem. Suprimido em 1987, foi restabelecido em 1989, sob outra denominação, então de imposto de solidariedade sobre a fortuna¹⁷.

2.3. Causas Propulsoras

O aumento da carga tributária tem sido historicamente a saída preferida pelos governos para resolver um constante *deficit* nas contas públicas. No entanto, estimativas feitas em novembro de 1994 pelo Grupo de Acompanhamento Conjuntural do Ipea indicaram que a carga tributária brasileira não era tão baixa quanto se julgava, representando 27,9% do PIB naquele ano. Essa arrecadação não estava longe da apurada por outros países do primeiro mundo, tais como Estados Unidos (29,9%) e Japão (31,3%)¹⁸. Na verdade, como o problema básico é mais o excesso de despesa do que a falta de receita, um ajuste fiscal sério teria que começar por uma reforma tributária que não favorecesse a sonegação fiscal, aliada à melhoria da eficiência da administração pública. Já que a capacidade de gastar do Estado só depende dele, o limite da despesa não é uma questão apenas financeira e sim política.

Concomitantemente ao aumento da carga tributária, o imposto sobre grandes fortunas propiciaria a ampliação da abrangência do campo impositivo sobre o domínio ou posse de bens patrimoniais. Tal imposto viria como um tributo complementar ao imposto de renda, incidindo especialmente sobre determinada faixa de contribuintes, que pagam proporcionalmente menos impostos do que a classe média, segundo relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito da Evasão Fiscal, fundado em levantamento de uma relação de 460 milionários detentores de patrimônio de US\$26 bilhões¹⁹.

Além das causas fiscais apontadas, a adoção do instituto se funda numa tentativa de alteração do quadro iníquo de distribuição de renda

¹⁶ LEMOS, Maria José Cardoso. *Imposto sobre Grandes Fortunas: um caso de recepção no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Trabalho apresentado à disciplina de Direito Constitucional Comparado como parte da obtenção de créditos do Curso de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC/RJ, 1989, p. 6-10.

¹⁷ MALTA, Pierre Di. *Op. cit.*, p. 402.

¹⁸ CRISTINA, Léa. "Ipea: carga tributária vai a 27,9% do PIB". *O Globo*, LXX (22.266); 8, novembro de 1994, p. 23.

¹⁹ "FH quer tributar grandes fortunas". *O Globo*, LXX (22.266); 8, novembro de 1994, p. 22.

no Brasil, pois já há algum tempo os impostos patrimoniais brasileiros deixaram de ter "participação significativa no total das receitas tributárias e na composição da carga impositiva nacional"²⁰. Hoje em dia a imposição analítica sobre o patrimônio grava principalmente a propriedade imobiliária — através do IPTU e do ITR, além do ITBI — e a propriedade de veículos automotores, através do IPVA. O imposto de renda, que a princípio se impôs como um tributo igualitário e nivelador em razão de seu caráter progressivo, mostra-se hoje de restrita eficácia. De uma análise do IPMF, realizada pela Receita Federal nas três semanas de cobrança do imposto em 1993, ficou demonstrado que dois em cada cinco contribuintes que movimentaram mais de US\$1 milhão não declaram IR²¹.

Como a adoção do imposto sobre grandes fortunas imporia o levantamento do patrimônio nacional para possibilitar sua taxação, tal levantamento seria de extrema utilidade, do ponto de vista extrafiscal, como instrumento de uma política econômica global em relação à propriedade. Isso proporcionaria a formação de um cadastro atualizado da propriedade privada *lato sensu*, pois hoje "lamentavelmente o Brasil não possui séries estatísticas patrimoniais globais, nem setoriais, elaboradas com rigor metodológico e sem interrupção temporal, o que inviabiliza qualquer tipo de ilação consistente, a partir de dados empíricos, sobre a forma de distribuição da riqueza nacional"²².

2.4. Objetivos Visados

Na qualidade de tributo complementar ao IR, o novo imposto poderia recuperar o antigo atributo da incidência cedular que gravava diferentemente os rendimentos em função de sua origem. Como atualmente o rentista que obtém o mesmo volume de rendimentos que um trabalhador autônomo ou assalariado, com as mesmas deduções cedulares, tem igual carga tributária direta pelo IR, a diferenciação seria feita pelo imposto recepcionado. O caráter complementar permitiria, assim, uma melhor adaptação da carga fiscal direta ao princípio da individualização, referencial básico da equidade tributária. A complementaridade proporcionaria, ainda, uma compilação de dados econômico-fiscais que, integrados aos da declaração de renda, possibilitariam uma administração eficaz de ambos²³.

²⁰ GIFFONI, Francisco de Paula & VILLELA, Luiz A. "Tributação da Renda e do Patrimônio". *Estudos para a Reforma Tributária*, Tomo 2. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, março/1987, p. 2.

²¹ "Receita Federal vai intimar 4.008 ricos". *O Globo*, LXX (22.266); 8, novembro de 1994, p. 22.

²² GIFFONI, Francisco de Paula & VILLELA, Luiz A. Op. cit., p. 2.

²³ *Ibidem*, p. 15-16.

A adoção de um tributo sintético sobre a propriedade, associado ao imposto sobre sucessões e doações, poderia vir a atenuar, a longo prazo, a concentração da riqueza nacional. Além disso, sua regulamentação, a partir de interesses de política econômica, poderia transformá-lo em "instrumento de incentivo ao estoque de ativos produtivos, penalizando mais rigidamente a estocagem especulativa e a retenção de bens patrimoniais improdutivos"²⁴.

2.5. Cautelas

Além da alegada obsolescência do instituto recepcionado, vez que adotado e já descartado em vários países do primeiro mundo há algumas décadas, diversos outros argumentos desaconselham a introdução do imposto sintético sobre a propriedade, entre eles a dificuldade administrativa, a redução da poupança interna, o resultado insignificante de sua arrecadação, e — no caso brasileiro — o perigo da evasão de capitais²⁵.

Quanto à natureza redistributiva do novel imposto, "é mister esclarecer que o distributivismo, via Estado, é uma falácia. O Estado retira recursos do cidadão e, no mais das vezes, os distribui apenas entre os detentores do poder. A redistribuição de renda, no Brasil, tem o seguinte caminho: sai do povo e é destinada realmente para os governantes, em todos os escalões, algumas migalhas retornando de novo ao povo. Nada obstante ser esta a tradição brasileira, os constituintes continuaram a insistir na função redistributivista da imposição, mais por desejo do que alicerçados em qualquer evidência. Tal profissão de fé é, aliás, privilegiada, visto que foram os primeiros a aumentar os seus próprios vencimentos acima de quaisquer índices inflacionários, em antecipação declarada da sua especial visão da redistribuição de rendas. Já as redistribuíram *pro domo suo*"²⁶.

2.6. Agentes

Na qualidade de agentes da recepção, vale ressaltar a influência indireta de pertinentes estudos acadêmicos e doutrinários pré-constitucionais,

²⁴ *Ibidem*, p. 16

²⁵ CARVALHO, Gomes. "Parecer nº 209, de 1989, da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o Projeto de Lei do Senado nº 162 de 1989". Brasília: Diário do Congresso Nacional (Seção II), 23 de setembro de 1989, p. 5065.

²⁶ MARTINS, Ives Gandra. *Sistema Tributário na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 191.

se bem que o fenômeno propriamente dito se efetive através de processo legislativo constituinte, subordinado à posterior complementação.

2.6.1. Pré-constitucionais

Na fase que precedeu à Constituinte, em razão da necessidade premente de alteração no quadro tributário nacional, o Instituto de Planejamento Econômico e Social — IPEA, através do seu Instituto de Pesquisa — INPES, promoveu uma série de *Estudos para a Reforma Tributária*, depois publicados sob os números 104 a 108, reunindo idéias e sugestões contidas em trabalhos de diversos autores ou apresentadas e debatidas em reuniões realizadas desde meados de 1985. Nos *Textos para Discussão Interna nº 105*, os coordenadores Giffoni e Villela, depois de esplanar sobre a situação tributária brasileira, apresentavam proposta para a implantação de um imposto sobre o patrimônio líquido, complementar ao imposto de renda, concomitantemente ao aperfeiçoamento dos demais impostos analíticos já existentes. O conjunto de medidas apresentado visava a reverter a detectada incidência da tributação progressiva baseada fundamentalmente na imposição sobre rendimentos do trabalho assalariado e autônomo²⁷.

Ainda em fase pré-constitucional, a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, denominada Comissão Afonso Arinos, apresentou projeto em cujo bojo estava inserto o imposto sobre grandes fortunas, projeto esse que "inicialmente havia sido feito na Comissão do Instituto dos Advogados de São Paulo e da Associação Brasileira de Direito Financeiro"²⁸.

2.6.2. Pós-constitucionais

- Projeto de Lei nº 2.671 de 1989, de autoria do Deputado Juarez Marques Batista²⁹.

Nesse projeto, grande fortuna era definida como a soma dos valores dos bens e direitos de uma pessoa física e seus dependentes legais

²⁷ GIFFONI, Francisco de Paula & VILLELA, Luiz A. Op. cit., p. 66.

²⁸ SOUZA, Hamilton Dias de. *A Constituição Brasileira - Interpretações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 320-321, apud MARTINS, Ives Gandra, op. cit, p. 194.

²⁹ BATISTA, Juarez Marques. "Projeto de Lei nº 2.671, de 1989". Brasília: Diário do Congresso Nacional (Seção I), 15 de junho de 1989, p. 4817.

que ultrapassassem o equivalente a 2.999.999 BTN's (cerca de um milhão de dólares). A progressividade era a tônica do tributo proposto, cujas alíquotas variavam de 1% a 4%, sem previsão de qualquer exoneração. Para efeito de base de cálculo, os bens pertencentes ao contribuinte deveriam ser registrados em declaração de bens, cujos valores a autoridade lançadora, mediante processo, poderia arbitrar, sempre que o informado pelo contribuinte não merecesse fé, por notoriamente diferente do de mercado, tudo sob a justificativa de que "a tributação constitui a melhor fonte de recursos de que se pode valer o Estado em busca do tripé riqueza, equidade e liberdade para o povo". A principal vantagem indicada na justificativa do projeto era o fato desse imposto gravar a acumulação e não o fluxo da riqueza servindo, portanto, como instrumento complementar do imposto de renda.

- Projeto de Lei do Senado nº 162, de 1989 - Complementar, de autoria do Senador Fernando Henrique Cardoso³⁰.

Diversamente do projeto anterior, a definição de grande fortuna não se limitou ao patrimônio — cujo ativo excedesse dois milhões de cruzados novos — englobando também situação profissional que proporcionasse renda bruta anual superior a trezentos mil cruzados novos, não considerados nessa renda bruta os rendimentos de trabalho assalariado. Além de estabelecer progressividade mais amena — variando de 0,3% a 1% — foram previstas exonerações parciais, quais sejam, imóvel próprio de residência do contribuinte, instrumentos de trabalho ou de atividade, bens e direitos pendentes de pagamento, antiguidades e objetos de arte ou coleção, e outros bens cuja utilização fosse considerada de alta relevância social, econômica ou ecológica. Instituiu rigorosas medidas contra a sonegação, o projeto remeteu à lei ordinária "a tarefa de disciplinar e definir elementos inerentes ao imposto em causa, mas de natureza acessória".

- Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado nº 162, de 1989 - Complementar, de autoria do Senador Gomes Carvalho³¹.

O substitutivo aprovado, que teve como mentor intelectual o Senador Roberto Campos³², reproduziu em grande parte o projeto original.

³⁰ CARDOSO, Fernando Henrique. "Projeto de Lei do Senado nº 162, de 1989 - Complementar". Brasília: Diário do Congresso Nacional (Seção II), 24 de junho de 1989, p. 3063.

³¹ CARVALHO, Gomes. "Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado nº 162, de 1989 - Complementar". Brasília: Diário do Congresso Nacional (Seção II), 8 de dezembro de 1989, p. 7719.

Recorrendo explicitamente às fontes estrangeiras na sua fundamentação, ampliou as exclusões, entre as quais os investimentos na infra-estrutura de eletricidade, transporte e comunicações, diante da insuficiência de recursos estatais para esses setores de base. À lei ordinária caberia especificar os instrumentos comprovadores desses investimentos e o seu período de negociabilidade. Isentava, ainda, os detentores de títulos mobiliários, sujeitos à tributação no projeto original. Após longa tramitação, o projeto foi enviado em março do corrente para a Comissão de Finanças e Tributação, tendo como relatora a Deputada Maria da Conceição Tavares.

• Projeto de Lei Complementar nº 70, de 1991, de autoria do Deputado Mavíael Cavalcanti³³.

Nesse projeto, a definição de grande fortuna se distinguiu dos anteriores, compreendendo-se como tal "aquela abrangida pelos cinco por cento dos maiores contribuintes do imposto de renda e outros proventos, no ano anterior, não se contando os ganhos resultantes de salários". A progressividade variava em alíquotas de 0,1% a 1%, seja de pessoa física ou jurídica, a ser regulamentada pelo Executivo. Sob a justificativa de que o imposto de renda não se tem revelado justo com a classe média, informava que o novo tributo teria incidência sobre cerca de cinquenta a oitenta mil contribuintes de elevada capacidade financeira, afinal tratando desigualmente os desiguais. O projeto foi arquivado em 02.02.95.

• Projeto de Lei Complementar nº 77, de 1991, de autoria do Deputado Wilson Campos³⁴.

Sob a mesma justificativa do projeto anterior quanto à injustiça fiscal que abate a classe média, e com base em percentual de cálculo semelhante, apenas restrito à média dos valores declarados pelos cinco mil maiores contribuintes, para a definição de grande fortuna, esse projeto, contudo, não excluiu os ganhos resultantes de salários. Também sem fazer distinção entre pessoa física e jurídica, remeteu a regulamentação ao Executivo, ressaltando que o novo imposto não configura bitributação, em

³² LEMOS, Maria José Cardoso. Op. cit., p. 8.

³³ CAVALCANTI, Mavíael. "Projeto de Lei Complementar nº 70, de 1991". Brasília: Diário do Congresso Nacional (Seção I), 20 de novembro de 1991, p. 23801.

³⁴ CAMPOS, Wilson. "Projeto de Lei Complementar nº 77, de 1991". Brasília: Diário do Congresso Nacional (Seção I), 29 de novembro de 1991, p. 24882.

razão da inexistência de reincidência tributária sobre valor a que o imposto se vincula. Deu-se o arquivamento definitivo do projeto em 02.02.95.

2.7. Efeitos

Há décadas vários países na Europa, bem como na Ásia, instituíram o imposto sintético sobre o patrimônio. Alguns o extinguíram em razão da redução da poupança interna, ou da arrecadação pouco significativa. Outros, como a Inglaterra, os Estados Unidos, o Canadá e a Austrália, diante da evidência das experiências mal sucedidas, nem chegaram a introduzi-lo no sistema tributário. O Japão o adotou em 1950, abolindo-o três anos depois. Na Itália, introduzido em 1946, foi suprimido no ano seguinte. Na Alemanha vigiu até 1995 e, como na França, a alíquota foi sensivelmente reduzida.

Diante da aguda ineficiência do Estado no seu redistributivismo, implantou-se em sucessivo nos Estados Unidos, na Inglaterra, na Alemanha, na França e no Japão — bem como nos países escandinavos — uma nova cultura fiscal, pela qual a redução da progressividade do imposto de renda tem resultado em aumento da arrecadação, redução da taxa de evasão, rápido progresso tecnológico e sustentada atividade econômica³⁵.

No Brasil, não há como constatar efeitos práticos do instituto recepcionado, já que o legislador pátrio ainda não aprovou qualquer dos projetos de lei complementar apresentados, muito embora já decorridos sete anos da promulgação da constituição em vigor. Esse fato, por si só, é merecedor de questionamento.

Conclusão

A adoção do imposto sobre grandes fortunas se defronta com dois tipos de obstáculos, um de âmbito interno e caráter individual, outro, externo e coletivo. Em primeiro lugar, a todo aumento da carga tributária corresponde um movimento de resistência por parte dos sujeitos passivos. Na verdade, a carga é sempre considerada desmedida, por aspectos distintos, quais sejam: má definição de objetivos e necessidades, através de metas superiores às possibilidades ou prioridades consideradas pelo contribuinte como descabidas; gastos supérfluos do Poder Público, na linha de funcionalismo extranumerário e de mordomias institucionalizadas; contribuintes apenados, por privilégios concedidos a título de incentivos

³⁵ CARVALHO, Gomes. Op. cit., p. 5065.

fiscais; sonegação e tratamento prático diferencial, que gera revolta dos que pagam em relação aos que sonegam; fiscalização realizada por agentes de baixa moralidade que pressionam para vender favores; e, finalmente, sonegação e aumento da receita, dentro do princípio de que a tributação se eleva para compensar receita não arrecadável³⁶. Em segundo, além da natural resistência dos contribuintes, observa-se forte tendência neoliberal de redução de tributos — face ao enxugamento da máquina no Estado — que se amplia pelos países membros de comunidades internacionais, até porque vital a necessária harmonização de suas políticas fiscais.

Diante de tais obstáculos, seria aconselhável uma análise comparativa — que extrapola o escopo deste estudo — do instituto a ser recepcionado em suas origens, com real avaliação das conseqüências de sua implantação nos diversos países que o adotaram, já que diferenças relevantes o distinguem nos vários sistemas fiscais, seja na determinação dos bens submetidos ao imposto, seja na fixação do valor taxável, seja, ainda, nas exonerações concedidas. Tal análise, no entanto, deveria integrar um estudo amplo de todo o sistema tributário nacional, há muito merecedor de reforma, vez que implica atualmente uma imposição de cerca de cinquenta e oito tributos, entre taxas, contribuições e impostos, correspondentes a 31,5% do PIB³⁷. Para tanto, seria interessante instituir uma competente comissão de caráter interdisciplinar — imbuída de valores éticos — cujos membros dominem os princípios fundamentais que regem a economia (fato), as finanças públicas (valor) e o direito (norma), e considerem as realidades nacionais diante do momento internacional, sem o que se corre "o risco de um exame distorcido, insuficiente e de resultado, o mais das vezes, incorreto"³⁸.

Tido como fórmula fiscal das mais condenáveis por não levar em consideração a origem do capital taxável ou sua forma de aquisição, pouco importando se proveniente de economias de remuneração pelo trabalho, de doação, de resultado de exploração, de especulação ou mesmo de operação ilícita³⁹, o imposto sobre grandes fortunas parece ter poucas chances de inclusão na reforma fiscal e tributária anunciada, até porque já excluído em propostas anteriores: do Governo Itamar, através da Emenda nº 8/92, do Deputado Roberto Freire, Líder do Governo, à Proposta de Emenda à Constituição nº 48/91; da Emenda à Constituição nº 17/91, do Deputado Flávio Rocha, proponente do imposto único; da Emenda à Constituição nº 48/91, do Deputado Luiz Carlos Hauly; das Emendas nº 3/92 e nº 6/92, respectivamente dos Deputados Renato Johnson e Luis Roberto Pontes, à PEC

³⁶ MARTINS, Ives Gandra. Op. cit., p. 8-10.

³⁷ "Impostos consomem 55% do lucro bruto de empresas". *O Globo*, LXX (22.471); 1, junho de 1995, p. 31.

³⁸ MARTINS, Ives Gandra. Op. cit., p. 2.

³⁹ MALTA, Pierre Di. Op. cit., p. 401.

nº 48/91; da proposta do Prof. Ives Gandra da Silva Martins; e do substitutivo do Relator, Deputado Benito da Gama⁴⁰. Torna-se cada vez mais clara a preferência pela universalização das contribuições, em que se arrecada menos sobre cada vez mais, e pela simplificação do sistema, evitando os ralos de sonegação, evasão, isenção e elisão fiscal. Além da franca tendência de simplificação de tributos, com possibilidade até de fusão de impostos incidentes sobre o patrimônio, como o IPTU e o ITR, e dos de transmissão *inter vivos* e *causa mortis*⁴¹, a grande polêmica atual está voltada para outra questão: a da repartição dos tributos, em que as diferentes esferas — Municípios, Estados ou União — não aceitam perder receita. Dentro desse quadro, tudo leva a crer que o imposto sobre grandes fortunas constituirá um caso de recepção não completado, com base não apenas em motivos técnicos mas, principalmente, em razões de ordem política e conjuntural.

Bibliografia

BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BATISTA, Juarez Marques. "Projeto de Lei nº 2.671, de 1989". Brasília: Diário do Congresso Nacional (Seção I), 15 de junho de 1989.

BRASIL. *Constituições do Brasil*. Compilação e atualização de textos, notas, revisão e índices por Adriano e Hilton Lobo Campanhole. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Organização de textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

CAMPOS, Wilson. "Projeto de Lei Complementar nº 77, de 1991". Brasília: Diário do Congresso Nacional (Seção I), 29 de novembro de 1991.

CARDOSO, Fernando Henrique. "Projeto de Lei do Senado nº 162, de 1989 - Complementar". Brasília: Diário do Congresso Nacional (Seção II), 24 de junho de 1989.

⁴⁰ SCHÖLLER, Harry Conrado. "Análise das Propostas de Reforma Tributária". *Revista de Informação Legislativa*, vol. 32, nº 125: 253-270. Brasília: Senado Federal, jan/mar, 1995.

⁴¹ CRUVINEL, Tereza. "Reforma Fiscal Possível". *O Globo*, LXX (22.507); 7, julho de 1995, p. 2.

CARVALHO, Gomes. "Parecer nº 209, de 1989, da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o Projeto de Lei do Senado nº 162 de 1989". Brasília: Diário do Congresso Nacional (Seção II), 23 de setembro de 1989.

CARVALHO, Gomes. "Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado nº 162, de 1989 - Complementar". Brasília: Diário do Congresso Nacional (Seção II), 8 de dezembro de 1989.

CAVALCANTI, Mavíael. "Projeto de Lei Complementar nº 70, de 1991". Brasília: Diário do Congresso Nacional (Seção I), 20 de novembro de 1991.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. 6ª ed. *Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

CRISTINA, Léa. "Ipea: carga tributária vai a 27,9% do PIB". *O Globo*, LXX (22.266); 8, novembro de 1994.

CRUVINEL, Tereza. "Reforma Fiscal Possível". *O Globo*, LXX (22.507); 7, julho de 1995.

DEODATO, Alberto. *Manual de Ciência das Finanças*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

ESPANHA. *Constituição da Espanha*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989.

"FH quer tributar grandes fortunas". *O Globo*, LXX (22.266); 8, novembro de 1994.

FRANÇA. *Constituição da França*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987.

GIFFONI, Francisco de Paula & VILLELA, Luiz A. "Tributação da Renda e do Patrimônio". *Estudos para a Reforma Tributária*, Tomo 2. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, março/1987.

"Impostos consomem 55% do lucro bruto de empresas". *O Globo*, LXX (22.471); 1, junho de 1995.

LEMOS, Maria José Cardoso. *Imposto sobre Grandes Fortunas: um caso de recepção no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Trabalho apresentado à disciplina de Direito Constitucional Comparado, como parte da obtenção de créditos do Curso de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC/RJ, 1989.

MALTA, Pierre Di. *Droit Fiscal Européen Comparé*. 1ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

MARTINS, Ives Gandra. *Sistema Tributário na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

PORTUGAL. *Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras*. Textos, índice temático comparativo de Ana Valdevez Alencar e Laudicene de Paula Cerqueira. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987, vol. 2.

"Receita Federal vai intimar 4.008 ricos". *O Globo*, LXX (22.266); 8, novembro de 1994.

SCHÜLLER, Harry Conrado. "Análise das Propostas de Reforma Tributária". *Revista de Informação Legislativa*, vol. 32, nº 125: 253-270. Brasília: Senado Federal, jan/mar, 1995.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. "O Direito Comparado na História do Sistema Jurídico Brasileiro". *Revista de Ciência Política*, 33 (1): 55-90. Rio de Janeiro: FGV, nov/89-jan/90.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. "O Estudo das Recepções de Direito". In *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Haroldo Valladão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

CULTURA JURÍDICA E EFICÁCIA NORMATIVA*

Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca

O presente texto é o primeiro no contexto da pesquisa que focaliza a cultura jurídica, analisada no interior da idéia de *espaço público*, aqui entendido de acordo com o conceito habermasiano, acrescido da correção que lhe foi feita por LENOBLE e BERTEN¹

O interesse pelo tema central surge da situação de quase desconhecimento ou insuficiente conhecimento das características, extensão e forma do que se convencionou chamar cultura jurídica. Os enfoques de autores mais questionadores não têm poupado a cultura jurídica, ou dos juristas, atribuindo-lhes, por vezes, uma força negativa capaz de funcionar como obstáculo à realização de um ideal democrático². Por outro lado, e complementamente, há quem sugira a possibilidade do desdobramento de níveis de cultura jurídica, admitindo-se, de modo implícito, que esta não se esgota na dimensão do conhecimento específico do direito, nem na existência do ordenamento normativo institucionalizado, mas se encontra, também, de modo difuso, nas opiniões, regulações e práticas sócio-jurídicas dos não juristas³.

* Este artigo integra, tematicamente, o número 7 deste periódico, dedicado aos estudos sobre as transformações do espaço público.

¹ Interessa focalizar aqui a procedimentalização do agir comunicacional nos termos propostos por Habermas e a tentativa de LENOBLE e BERTEN de ligar as duas dimensões dos atos de linguagem, a semântica e a pragmática, avaliando as consequências acarretadas para o sentido das discussões jurídicas, principalmente no âmbito da decisão judicial.

² Vd. FALCÃO NETO, J.A. *Cultura Jurídica e Democracia: a favor da democratização do judiciário*, in *Direito, Cidadania e Participação*, org. BENEVIDES, M. V., T. A. Queiroz Editor, São Paulo, 1981.

³ MACHADO, M.B. entende que a questão da cultura jurídica exige um trabalho prévio de pesquisa empírica sobre os elementos fundamentais da nossa cultura jurídica... "não apenas a cultura jurídica tal como se encontra elaborada por nossos juristas... mas também tal como a encontramos internalizada em nossa população em geral", *Comentários ao texto de FALCÃO*, in *Direito, Cidadania e Participação*, p. 22.

A partir dessas afirmações e sugestões, um tanto vagas, mas nem por isso menos instigantes, o presente estudo decidiu investir na hipótese da distinção entre a cultura jurídica dos profissionais do direito e a cultura jurídica leiga, investigando sobretudo o reflexo dessa suposta distinção sobre a eficácia normativa das leis e decisões judiciais. Com esse propósito, estuda-se nesta pesquisa, por um lado, o discurso das decisões de juizes e tribunais e, por outro, o discurso das práticas dos não-juristas, em face dos conflitos de interesses.

No que concerne à cultura jurídica leiga ou popular, supõe-se que se manifeste, notadamente, nas percepções correntes a respeito da existência de direitos individuais e/ou coletivos, aliada à respectiva proteção através dos recursos jurídicos adequados e de instituições jurídicas; supõe-se ainda que se manifeste na percepção de critérios de justiça aceitos como norteadores da busca de soluções razoáveis para os litígios concretos. Com base nessa suposição, trata-se pois, nesse nível, de detectar o que pensam que seja e como avaliam os leigos o direito e sua operacionalização.

A dicotomia acima, de certa forma explicita a afirmação de caráter epistemológico de que o direito é uma realidade histórico-cultural⁴. Por isso mesmo, o conhecimento da realidade jurídica é mais do que uma ciência das normas, é, principalmente, ciência dos sentidos do comportamento, como também do sentido das regras que regem os comportamentos. Sendo assim, mais do que designar o objeto da ciência do direito como sendo cultural, interessa afirmar a própria construção do conhecimento sobre o direito, ao mesmo tempo, como produto cultural e como manifestação da cultura.

Adotou-se para efeito deste estudo o conceito de cultura de CLIFFORD GEERTZ⁵ que, inspirado em WEBER, para quem o homem está atado às teias de significado que ele mesmo constrói, define a cultura, no plano dos fatos, como sendo essas "teias", e no plano teórico, como a sua análise. Neste caso, a cultura é ciência interpretativa em busca dos significados, por vezes difíceis de discernir, dos comportamentos sociais. Trata-se, no dizer da GEERTZ, de um "conceito semântico", cuja vantagem é estabelecer uma hierarquia estratificada de estruturas significantes através do que chama de "descrições densas"⁶.

A hipótese da dicotomia em questão está referenciada na dita "crise do político", mais ampla do que a crise do Estado - quer liberal, quer

⁴ Vd. REALE, Miguel, *O Direito como Experiência*, Ed. Saraiva, SP, 1968.

⁵ GEERTZ, A *Interpretação das Culturas*, Ed. Guanabara Koogan, RJ, 1989.

⁶ Em busca de uma definição de cultura, GEERTZ começa por apontar o que a cultura não é: não é realidade super orgânica, nem padrão bruto de comportantes, nem está (como quer GOODENOUGH) no coração e na mente dos homens. A cultura consiste em estruturas de significado socialmente estabelecidas; é um contexto dentro do qual acontecimentos, instituições, comportamentos podem ser descritos com densidade. Op. cit., p. 21 e seguintes.

providencial. Mas, são sobretudo os reflexos dessa crise do político na crise do direito que importa aqui ressaltar. A crise do direito se manifesta, hoje, na necessidade de revisar os pressupostos teóricos da ciência do direito com base numa dupla observação: do que ocorre no âmbito da construção jurídico - normativa geral, ou da legislação, e particular, ou da aplicação administrativa e judicial, e também no que se passa no denominado por HABERMAS de espaço público, lugar da intercompreensão argumentativa.

Parte dos dados empíricos com os quais se trabalha nesta pesquisa foram obtidos no Poder Judiciário (perfil dos juizes fluminenses, sentenças dos juizes federais). A preferência por esse campo de informações empíricas se deve a que através da atuação do juiz se pretende avaliar em que medida a decisão judicial desempenha a função propriamente democrática de permitir as "trocas comunicacionais"⁷.

Supõe-se que a dicotomia - cultura jurídica dos profissionais e dos não-profissionais - corresponda a duas perspectivas de justiça presentes no imaginário sócio-político. A primeira, no interior do seu "campo" próprio (BOURDIEU, 1989) analisado no nível da atividade de interpretação e aplicação normativa para a solução de problemas, obedecendo aos requisitos formais de juridicidade segundo o critério de lícito/ilícito. Neste nível se avaliarão as condições de possibilidade de uma procedimentalização ético-comunicacional. A segunda, corresponde à percepção do justo e do injusto, forjada a partir das experiências cotidianas do jogo de interesses e das situações de conflito vivenciadas no contexto do que HABERMAS denomina "monde vécu"⁸.

Segundo resultados já alcançados em pesquisa sobre o perfil dos juizes do Estado do Rio de Janeiro é possível afirmar que no que diz respeito ao agente decisor, no caso o juiz, este está condicionado não tanto pelas características de sua personalidade, tomada isoladamente, como, sobretudo, pela formação especializada que adquiriu e pela inserção em um universo onde o *habitus* é fundado em convicções, responsáveis pela preservação da identidade do "corpo" dos magistrados. Nesse ambiente, instala-se um modo peculiar de conceber a regulamentação da vida social, orientada para fins de ordem, de segurança, de certeza e de justiça, valores estes entendimentos sob o enfoque mais impessoal e intemporal e menos sob os aspectos concretos e situados. De acordo com esses pressupostos, constrói-se o imaginário dos juristas, rico de detalhes formais e amplo quanto às possibilidades de gerar soluções, ao qual Warat (1988) chama de "sentido comum teórico dos juristas". O sentido comum dos juristas significa, no plano teórico, o que *habitus* significa no plano da

⁷Vd. LENOBLE E BERTEN, *L'espace public comme procédure*, in *Figures de l'espace public*, textos reunidos por COTTEREAU e LADRIÈRE, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales Paris, 1992, p. 99 e segtes. Em face disso entendem que é necessário redefinir o conceito de procedimentalização e o de julgamento jurídico e daí transformar a função do direito no espaço público.

⁸ HABERMAS, J. *Consciência, Moral e Agir Comunicativo*, ed. Tempo Brasileiro, RJ, 1984.

postura funcional do profissional do direito. Com certeza, são complementares, já que, raciocinar e argumentar de acordo com determinados padrões faz parte do conjunto de atitudes que se incorporam ao comportamento do magistrado, como signos do papel social que se auto-atribuem.

Sendo assim, mesmo aqueles juízes identificados, ou que se auto-identificam, com concepções sociais progressistas, que supostamente sintonizam com a realidade renovada e que admitem a interação de elementos sociais vivos com a técnica jurídica, não podem abrir mão do legal abstrato, ou, o que dá no mesmo, dos critérios gerais da legalidade.

A consciência de legalidade/ilegalidade pertence à instância do imaginário jurídico do profissional, esfera da construção/reconstrução teórica, graças à qual se edifica a doutrina jurídica.

Os estudos jurídicos mostram, principalmente quando feitos a partir de casos concretos, que o imaginário dos profissionais do direito (institucionalizado, teórico), possuem as suas *cláusulas pétreas*, haja visto que estes institutos e princípios tradicionais e prestigiados da teoria dogmática, mesmo quando submetidos à revisão, ou como hoje se diz, *redefinição*, mantêm o seu núcleo central intacto, como garantia do seu pertencimento ao rol dos instrumentos conceituais da ciência do direito. Assim, por exemplo, ocorreu com o instituto da propriedade privada, que sofreu no Brasil, alterações ao longo das últimas cinco décadas, absorvendo-as, contudo, sem quebra de sua *essência*. A função social da propriedade, uma limitação ao exercício individual do direito em nome do interesse coletivo, é mais retórica do que efetiva, pois, teoricamente, não altera a concepção clássica do direito sobre a titularidade do bem patrimonial, apenas substitui estrategicamente valores econômicos no patrimônio do proprietário expropriado. Na prática, dadas as delongas impostas pela burocracia processual da ação de desapropriação justificada pela função social da propriedade, os resultados positivos dos beneficiários da mesma são altamente discutíveis⁹.

Em outros termos, continua a predominar nesse instituto a dimensão individual tipicamente moderna que é a sua nota distintiva. Um outro exemplo, para ficar com os básicos institutos da dogmática civilística, é o contrato de compra e venda, elástico ou plástico o suficiente para abranger negócios *assemelhados* sem contudo colocar em risco a tradicional construção da teoria contratual¹⁰.

⁹ FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. et. alii, *Teoria Jurídica e práticas agrárias*, ed. Idéia jurídica, RJ, 1994. A função social da propriedade é analisada à luz das relações agrárias no município no município de Cachoeiras de Macacu, onde o INCRA parcelou a terra de uma fazenda desapropriada, concluindo-se sobre a diversidade da lógica que norteia a propriedade do camponês e portanto sobre a inadequação da racionalidade própria do instituto propriedade de privada ao uso da terra rural.

¹⁰ CAVALLAZZI, Rosângela. *A plasticidade da teoria contratual*, tese de doutoramento, mimeo, 1993.

Quanto à sua operacionalização, a cultura jurídica dos profissionais está balizada por fronteiras estáveis: do ponto de vista processual, a percepção individualizada dos conflitos e, do ponto de vista conceitual, a percepção impessoal e abstrata das prescrições legais e das relações sociais.

O “*sentido comum teórico dos juristas*”, expressão máxima da cultura dos profissionais, permaneceu estável enquanto o conteúdo democrático dos regimes liberais, fundados nos princípios da liberdade e igualdade dos cidadãos diante da lei, manteve-se dentro dos limites toleráveis de questionamento. A partir, entretanto, de meados da década de 40, vai-se formando uma corrente de opiniões que levará a médio prazo a tentativas de revisão desse princípio e de suas conseqüências.

*“as lutas sociais protagonizadas por grupos sociais até então sem tradição histórica de ação coletiva de confrontação (...) por no-vos direitos sociais (...) procuram aprofundar o conteúdo democrático dos regimes saídos do pós-guerra”. As provenientes dessas lutas “aceleram a transformação do Estado assistencial(...) apostado na minimização possível das desigualdades sociais”*¹¹

Na ótica da dicotomia em questão, interessa enfatizar que a implantação do Estado Providência como Estado amortecedor de conflitos, por um lado, e, por outro, a “explosão de litigiosidade”, tornada aguda no início dos anos 70 (Santos, 1989:44) e que desagua nos tribunais do Estado providencial são fatos lastreados por um esquema ampliado dos direitos humanos graças à inclusão dos conflitos sociais. Essa visão contemporânea e estatal dos direitos fundamentais prevenirá possíveis rupturas sociais geradas pela fragmentação social crescente.

As transformações que atingiram o Estado moderno, assim como a tentativa de auto-organização da sociedade em movimentos sociais que surgem nos setores excluídos da população, ocorreram no palco de uma cultura jurídica leiga em formação, a partir da maior participação dos trabalhadores na dinâmica do consumo, da integração das mulheres na atividade produtiva e da progressiva formação de novos modelos de comportamento familiar¹².

Contudo, essa emersão da cultura jurídica popular, com implicações na forma de avaliação ética dos comportamentos e, conseqüentemente, na

¹¹ SANTOS, Boaventura Souza, *Introdução à Sociologia da Administração da Justiça*, in *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*, ed. Ática, SP, 1989.

¹² SANTOS, Boaventura Souza, *op. cit.*

avaliação do caráter jurídico/anti-jurídico dos mesmos, não teve reflexos no nível da cultura jurídica dos profissionais. A ciência do direito não acompanhou o ritmo do imaginário político-jurídico dos segmentos majoritários da sociedade. Pelo contrário, reafirmou os modelos consagrados, maquiando-os apenas a título de modernização.

Nessas condições, o acesso à Justiça, já declarado legalmente direito fundamental, além das dificuldades econômicas, bastante analisadas pelos estudos sociológicos das últimas décadas, teve que enfrentar obstáculos de ordem cultural, tanto mais desconcertantes e desafiadores, quando maior o desconhecimento da lógica que comanda a dinâmica dos imaginários sócio-jurídico-políticos possivelmente antagonísticos.

Quando os obstáculos culturais do acesso à Justiça, são abordados, geralmente fala-se na ignorância dos interessados em relação à existência dos direitos, na sua timidez com relação à reivindicação judicial, seja por temor aos tribunais (muitas vezes o juiz é confundido com o delegado de polícia), seja por falta de condições de obter o patrocínio de um advogado competente (embora não se trate aqui de condições econômicas, estas frequentemente estão imbricadas). Raramente, ou nunca, inclui-se nesta lista de dificuldades a discrepância entre o que popularmente se entende por justiça, punibilidade, direitos de cidadania, etc., e muitos dos conceitos dogmático-jurídicos e a interpretação que respalda as decisões legislativas e judiciais. Suspeita-se que a pouca ou nenhuma ressonância do imaginário jurídico popular sobre "*sentido comum dos juristas*" (legisladores, magistrados) possa levar ao descrédito não só dos poderes Legislativo e Judiciário mas do direito estatal como um todo.

Considerando-se o especial caso do Judiciário brasileiro, a oposição entre cultura jurídica dos profissionais e do povo (leigos) pode ser atribuída a dois tipos de causas: jurídico-dogmáticas e jurídico-políticas. Ao primeiro grupo de causas pertence o estágio atual da reflexão jurídica, lenta na revisão das suas bases teóricas em face das práticas sociais já instaladas ou emergentes a respeito das quais há dificuldades permanentes quanto à caracterização jurídica. O segundo grupo de causas inclui o modo como o Poder Judiciário é instrumentalizado para orquestrar ao mesmo tempo as "*intenções do legislador*" e as medidas do Executivo relativamente às políticas públicas.

A cultura jurídica dos profissionais no Brasil acha-se hoje dividida basicamente em duas posições que encontram eco nos tribunais. A posição hegemônica apegar-se ao sentido geral de legalidade/ilegalidade, de acordo com a tradicional concepção de sistema normativo estatal como único receptáculo da juridicidade. Nesse caso, a aplicação da lei considerada pelo juiz como inexorável é expressiva do conhecido aforisma "*antes a injustiça que a desordem*". A outra posição, minoritária e, por vezes de confronto ("*prefiro a desordem à injustiça*")

busca soluções alternativas ao legalismo puro, segundo critérios ainda imprecisos, a partir da existência de focos plurais de juridicidade, incluindo os recursos "*não-oficiais*" de solução de conflitos de interesse.

A segunda posição, a minoritária, não é uniforme, mas comporta vertentes distintas. A vertente mais moderada explora a estratégia da redefinição dos preceitos legais, na expectativa de extrair dos mesmos soluções inéditas para situações concretas igualmente inéditas. Argumenta com a flexibilidade dos conceitos e institutos jurídicos, capaz de abrigar possibilidades novas de soluções. Uma outra variante dessa mesma linha moderada advoga a tese do "*direito insurgente*" que se insinua nas práticas dos segmentos sociais excluídos ou semi-excluídos não reconhecidas legalmente, mas introduzidas no sistema através das brechas deste. Essa estratégia visa a alcançar duplo resultado: a normatização do problema e a transformação do próprio sistema. A vertente minoritária mais radical defende, para certos casos, até mesmo a substituição da lei pelo sentido pessoal de justiça do julgador.

A esse respeito, é bastante elucidativa a crítica de Marcelo Neves ao "*caráter simbólico*" de alguns textos constitucionais brasileiros (como o vigente) associado esse caráter à "*falta de concretização normativo-jurídica dos preceitos constitucionais*"¹³. Assim como a função simbólica da Constituição Federal de 1988 manifesta-se tanto "*na retórica legitimadora dos governantes*" como "*no discurso político dos críticos do sistema de dominação*", é possível que esse raciocínio possa ser aplicado ao sistema jurídico brasileiro como um todo, ou pelo menos a alguns códigos. Aumentando o alcance de tese de Neves, talvez as soluções alternativas oriundos de segmentos sociais subintegrados expliquem-se como *reações à falta de força normativa do sistema*. É uma hipótese que depende de comprovação. Em face dessa suspeita, parece ser válido indagar até que ponto as investidas dos "*juristas alternativos*", incluídos os "*juizes alternativos*", não estariam trabalhando, sem questionamento, uma arma de dois gumes: ao mesmo tempo em que apelam, em favor dos excluídos, para a flexibilidade ou as brechas de um sistema jurídico, provavelmente limitado quanto às suas possibilidades normativas, reforçam o caráter simbólico desse sistema e da doutrina que o sustenta. Se for assim, não é impossível que a cultura dos profissionais (incluída a dos juizes) continue a ser alimentada pela retórica e cada vez mais distanciada da cultura jurídica popular.

¹³NEVES, Marcelo, *A Constitucionalização Simbólica*, ed. Acadêmica, SP, 1994.

DIREITO E MODERNIDADE I: PRELIMINAR ILUMINISTA

Paulo Sérgio Daflon Barrozo*

“Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que — aberta ou veladamente — se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão”¹.

Kelsen

* Doutorando em Ciências Humanas: Ciência Política pelo IUPERJ

¹ Prefácio à Teoria Pura do Direito. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo, Ed. Martins Pontes, 1985.

I. Apresentação. II. A Modernidade como Razão Iluminista: Emancipação e Dominação. III. Kant e o Iluminismo como Emancipação. IV. Adorno e Horkheimer e o Iluminismo como Dominação. V. Referências Bibliográficas.

I. Apresentação

Ninguém desconhece a importância de Kant para a concepção da filosofia moderna do direito e para a formação da teoria do direito contemporânea. Presta-se Kant, assim, ao papel de paradigma que permite uma visada do direito da modernidade. Porém, em vez de tratá-lo à maneira tradicional da velha dogmática filosófica, procurarei colocá-lo no centro da tempestade, ligando-o, de um lado, à própria mentalidade da ilustração e, de outro lado, ao pensamento de Kelsen, o principal teórico do direito da primeira metade do século. Nestes termos, o texto se fundamenta em temas e abordagens de dois paradigmas, *par excellence*, da concepção moderna do direito.

Tal iniciativa de por o direito moderno em questão através da implicação iluminismo-Kant-Kelsen oferece vantagens e perdas relativas: oferece a vantagem de uma perspectiva que busca sondar as continuidades e superações do pensamento kantiano do direito; mas oferece como desvantagem a perda da profundidade que uma interpretação centrada em um único e determinado texto da tradição promete.

Em todo caso, assumo o risco da opção e espero que minha iniciativa seja acolhida como uma modesta contribuição aos temas que implícita ou explicitamente percorrem nossa teoria do direito. Assim como espero que minha opção por Kelsen para fazer a continuidade-superação do pensamento kantiano se mostre teoricamente relevante, no que acredito por várias razões, sobretudo pela recorrência da reflexão kelseniana na filosofia do direito.

Porém, antes do tratamento propriamente dito da filosofia do direito em Kelsen e Kant, farei uma breve incursão em duas visões do Iluminismo: uma kantiana e outra frankfurtiana. Esta incursão é o tema deste artigo, enquanto que o tratamento do direito em Kant e Kelsen constitui o objeto de outro artigo intitulado "Direito e

modernidade II: o caso Kant e Kelsen" (a publicar no próximo número deste periódico).

Creio que a vitalidade e permanência da obra kelseniana têm duas razões básicas: (i) a genialidade de sua performance teórica; (ii) e a profunda raiz que sua reflexão submerge na modernidade. A primeira razão é sempre lembrada — e quase sempre é lembrada como razão única. A questão do "patamar epistemológico", nos termos da epistemologia de Foucault, passa ignorada, embora esteja, também, presente no juízo de excelência que fazemos de sua construção, no primeiro caso.

Minha tentativa é incorporar à minha análise as duas razões básicas para a sobrevivência de Kelsen. Além de ganhar em competência e complexidade analítica, tal iniciativa englobante pode permitir-me ensaiar uma crítica que, desenvolvida, acerte o alvo certo.

De fato, Kelsen foi e tem sido o autor mais censurado da história da filosofia do direito e da teoria do conhecimento do direito. Exceção de poucos, como Reale e Larenz por exemplo, a crítica a Kelsen tem se ancorado na confortável instância da ideologia irrefletida (não nos espantemos com a verdade de que a insipiência conforta a muitos — em mais verdade ainda, a insipiência desconforta a muito poucos). A crítica ideológica recebe nos meios profissionais, políticos e acadêmicos a também confortável certeza do acordo da platéia, acordo que está em proporção inversa à leitura das obras de Kelsen. Quase todo o discurso crítico que se desenvolveu ao redor de Kelsen não logrou atingi-lo — nem se quer resolveram a distinção básica entre ciência e epistemologia, entre Ciência do Direito e Teoria da Ciência do Direito nos termos do próprio Kelsen.

Por tudo isso procurarei tratar Kelsen com o cuidado que ele merece, calibrando a mira analítica, de um lado, e convidando Kant, Adorno e Horkheimer para a cerimônia de sacrifício, de outro lado.

Escolho Kant, Adorno e Horkheimer porque me pareceu instigante promover o debate entre o "pensador da modernidade iluminada" e a principal tradição da Escola de Frankfurt; debate entre uma visão otimista e uma visão pessimista da modernidade. Trata-se, *tout court*, de confrontar a possibilidade com o limite. Torno a tratar de Kant quando for estabelecer o endereço teórico da separação entre Direito e Moral, ponto de partida lógico da construção kelseniana e de toda a teoria do direito desde o século XIX.

Na análise de Kelsen escolherei a questão da *Grundnorm* para privilegiar. Tal escolha se legitima porque permite dar conta do "pulo de gato" epistemológico de uma teoria que representa o clímax no processo de formalização e autonomia do discurso jurídico. processo que começou justamente na Modernidade com Kant e não tem compromisso assumido para seu fim.²

Confesso desde já duas incompetências, que espero sejam apenas temporárias. Uma é relativa e uma certa descontinuidade na reflexão, onde não consegui imbricar satisfatoriamente as implicações e ligações entre Kelsen e a visão de Kant. o outro relativo fracasso está na crítica que penso ser possível fazer à filosofia do direito que vai de Kant à Kelsen — não passa de uma pista para mais elaboradas críticas futuras.

Começamos então com a preliminar iluminista. Iluminismo que continha desde sempre nossas possibilidades realizadas e frustradas.

II. A Modernidade como Razão Iluminista: Emancipação e dominação.

Da sempre eterna luta entre Apolo e Dionísio pela dominação do espírito do homem pode-se perceber uma tendência à hegemonia apolínea. Esta lenta e constante imposição de Apolo face a Dionísio se enquadra no conceito de Iluminismo como emancipação da razão face ao transcendente, por um lado, e como liberação do homem frente à natureza via sua dominação, por outro lado. A história desse enfrentamento se estende de Sócrates a Habermas.

Se a história do Iluminismo se confunde com a história intelectual da civilização ocidental é, porém, possível identificar um período de clímax desse processo histórico: o século XVIII, ou o Iluminismo propriamente dito. Este clímax se constituiu como tal tendo em comparação as épocas precedentes: até esse momento Apolo se mantinha às custas de espíritos isolados e de necessidades de auto-preservação do homem que exigiam o privilégio da razão. Mas a partir dos setecentos o Iluminismo se converte em visão-de-mundo de toda uma civilização do ocidente, e como tal toma a Bastilha. A filosofia iluminista já "*no permanece aprisionada em el círculo del pensamiento puro, sino que reclama y encuentra una salida hacia ese orden más*

² LUMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. I, Rio de Janeiro, Ed. Tempo Brasileiro, 1983.

profundo del que, como el pensamiento, surge también todo el obrar espiritual del hombre y en el que, según la convicción fundamental de esta filosofía, tiene que fundar-se... De hecho, el sentido fundamental y el empeño esencial de la filosofía de la ilustración no se reducen a acompañar a la vida y a captarla en el espejo de la reflexión. Antes bien, cree en la espontaneidad radical del pensamiento; no le asigna un trabajo de mera copia sino que le reconoce la fuerza y le asigna la misión de conformar la vida. No se ha de contentar con articular y poner en orden, sino para mostrar en el acto mismo de la verificación su propia realidad y verdad."³

Em verdade, o século XVIII funciona como um quadro temporal de referência para um pensar que se desenvolve de Bacon e Descartes até Kant e Lessing.

O objetivo deste primeiro artigo é acenar para uma discussão que leve em conta duas visões diferentes sobre este ambiente intelectual e suas crenças. Um visão otimista, cujo protagonista é Kant, e uma visão pessimista, protagonizada por Horkheimer e Adorno. A visão otimista fala da força emancipadora do Iluminismo, propiciador de uma liberação do homem de uma menoridade espiritual que o prendia às credices e às forças da natureza. A outra visão fala de uma vocação dominadora da razão Iluminista, que começando por dominar a natureza, ao invés de apaziguá-la pelo ritual mítico, acaba por dominar o próprio homem através de uma intrincada armadilha proporcionada pela razão instrumental, onde a razão se faz mito.

III. Kant e o Iluminismo como Emancipação

Começamos com o próprio: "*o Iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de servir do entendimento sem a orientação de outrem. Tal menoridade é por culpa própria se a sua causa não reside na falta de entendimento, mas na falta de decisão e de coragem em se servir de si mesmo sem a orientação de outrem. SAPERE AUDE! Tem a coragem de te servires do teu próprio entendimento! Eis a palavra de ordem do Iluminismo.*"⁴ O texto é pleno de significado e conclama o homem a fazer uso da razão, de uma razão que estava disponível no

³ CASSIRER, Ernst. *Filosofia de la Ilustración*. Cidade do México, Fondo de Cultura, 1943. p.12.

⁴ KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: o que é o Iluminismo?*, in *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*. Lisboa, Edições 70, 1989, p. 11.

menu do tempo em que Kant escreve (1784). Ele fala do coração do próprio Iluminismo, fala, portanto, com otimismo de algo que é, ainda, mais potência que latência (não a freudiana que diz respeito a uma atitude de isolamento inaproveitável no presente). É Mefistófeles convencendo Fausto a liberar, pela autonomia individual, as forças sociais adormecidas nos projetos individuais não elaborados.

Partindo da crítica dos impedimentos à expansão da razão, o Iluminismo instauraria um novo tempo e um novo mundo, em que a felicidade, a razão e o indivíduo fossem a medida de todas as coisas. Com esses dois braços — a crítica e a razão — o Iluminismo elaborava seu projeto de mundo. Mas os alvos do ataque iluminista eram grandiosos, nada menos que a tradição, a religião dogmática e a moral esclarecida. Contra tudo isso era preciso educar o gênero humano, como projetava Lessing em 1780.

Falando contra o preconceito e sem acreditar numa idéia de sistema filosófico acabando, "la época ... descobrió ... la autonomía de la razón y combatió apasionadamente por ella, haciéndola valer e regir en todos los dominios del ser espiritual."⁵ Tal como se constituiu, a época não fez mais que popularizar a crença numa natural vocação do homem para o pensamento livre; uma vocação que se efetivaria desde que se desse ao homem liberdade e tempo — uma revolução pode romper o despotismo, mas não instaurar a razão, como dizia Kant⁶.

Kant fala também de prudência, separando o uso público e o uso privado da razão, restringindo esse último. O uso privado da razão — "aquele que alguém pode fazer de sua razão num certo cargo público ou função a ele confiado" — sendo restringido nada impede ao Iluminismo mas, ao contrário, o fomenta. Quanto ao uso público da razão — "aquele que qualquer um, enquanto erudito, dela faz perante o grande público do mundo letrado" — é condição *sine qua nom* do projeto de levar a cabo a ilustração entre os homens⁷. O uso privado podendo ser fortemente coactado sem prejuízo ao projeto iluminista mostra certa aceitação e tolerância de Kant com o despotismo esclarecido de Frederico, é bom que se note.

O século XVIII não é uma época esclarecida, mas uma época de esclarecimento, onde o homem problematiza a verdade, os paradigmas, a autoridade da tradição, a obediência e se põe no caminho

⁵ Cf. Cassier, op. cit., p. 14.

⁶ Cf. Kant, op. cit., pp. 12-13 e 19.

⁷ Idem, p. 13.

pelo qual o homem pode alcançar-se a si-mesmo⁸. O problema da legitimidade é tornado genérico pelos *Philosophes* em seus enfrentamentos dos fundamentos do *Ancien Régime*. A força da crítica das instituições e das tradições culturais joga tudo, de repente, à luz do dia racional. A própria teoria social como a conhecemos é invenção intelectual dessa época.

Termino este item chamando a atenção para o fato de que o Iluminismo como emancipação se constituiu como um elogio da possibilidade, entendido como a inexistência de uma crença na pré-determinação da história, de uma meta-história como dado da natureza. A crença na perfectibilidade humana e na capacidade ordenadora da razão deixavam em aberto as possibilidades da história. "o jogo que jogava se chamava melhoria mediante reforma."⁹

IV. Adorno e Horkheimer e o Iluminismo como Dominação.

Também começo com eles: "desde sempre o iluminismo, no sentido mais abrangente de um pensar que faz progressos, perseguiu o objetivo de livrar do medo e de fazer deles senhores. Mas, completamente iluminada, a terra resplandece sob o signo do infortúnio triunfal. o programa do iluminismo era o de livrar o mundo do feitiço. Sua pretensão, a de dissolver os mitos e anular a imaginação, por meio do saber ... Na escravidão da criatura ou na capacidade de oposição voluntária aos senhores do mundo, o saber que é poder não conhece limites. Esse saber serve aos empreendimentos de qualquer um, sem distinção de origem, assim como, na fábrica e no campo de batalha, está a serviço de todos os fins da economia burguesa. os reis não dispõem sobre a técnica de maneira mais direta do que os comerciantes: o saber é tão democrático quanto o sistema econômico juntamente com o qual se desenvolve. A Técnica é a essência do saber. Seu objetivo não são os conceitos ou imagens nem a felicidade da contemplação, mas o método, a exploração do trabalho dos outros, o capital ... O que os homens querem aprender de natureza é como aplicá-la para dominar completamente sobre ela e sobre os homens. Fora disso, nada conta. sem escrúpulos para consigo mesmo, o iluminismo incinerou os últimos restos da sua própria consciência de si. Só um pensar que faz violência a si próprio é bastante duro para quebrar os mitos. Diante do triunfo atual do tino para os fatos, até mesmo o credo nominalista de Bacon seria suspeito de ser ainda uma metafísica e cairia sob o veredicto de futilidade que ele próprio pronunciou contra a

⁸ Ibidem, p. 17.

⁹ MERQUIOR, José Guilherme. O Liberalismo: antigo e moderno. Rio de Janeiro, Ed. Nova Fronteira, 1991, p. 49.

escolástica. poder e conhecimento são sinônimos. A felicidade estéril, provinda do conhecimento, é lasciva tanto para Bacon quanto para Lutero. O que importa não é aquela satisfação que os homens chamam de verdade, o que importa é a **OPERATION**, o proceder eficaz ... Portanto, nenhum mistério há de restar e, tampouco, qualquer desejo de revelação ... O mundo vira caos e a síntese é a salvação. Entre o animal totêmico, os sonhos de um visionário e a idéia absoluta, não cabe nenhuma diferença. Caminhando em busca da ciência moderna, os homens se despojam do sentido.”¹⁰

A extraordinária passagem acima revela a denúncia que Horkheimer e Adorno estão fazendo: enquanto projeto imemorial de dominação da natureza, o Iluminismo acabou por dominar o próprio homem, utilizando-se de uma razão nascida utilitária. Estão a dizer nada menos que: a potência emancipadora do Iluminismo só se realizou enquanto dominação e repressão. E como essa repressão está intrinsecamente ligada ao tipo de racionalidade do Iluminismo, o ciclo se fecha e o auto-esclarecimento não se dá; o jugo da tradição é substituído pelo jugo da reificação que a tudo e a todos atinge.¹¹

É o próprio processo cognitivo do Iluminismo, portanto da Modernidade, que permite uma reificação total para dominação total; é a matematização do mundo, que faz a abstração à partir da qual o sujeito que conhece domina, sem conhecer, os objetos do seu conhecimento. “A sociedade burguesa é dominada pelo equivalente. Ela torna comparáveis as coisas que não têm denominador comum, quando as reduz a grandezas abstratas. O que não se pode desvanecer em números, e, em última análise, numa unidade, reduz-se, para o Iluminismo, à aparência e é desterrado pelo positivismo moderno, para o domínio da poesia. De Parmênides a Russell, a senha é a unidade. Insiste-se na destruição dos deuses e das qualidades.”¹²

Vale a pena por a passagem acima à prova através do prefácio de Newton à primeira edição, em 1686, do seu *Principia* ... vejamos: “já que os antigos (...) consideravam a ciência da mecânica da maior importância na investigação das coisas naturais, e os modernos, rejeitando formas substanciais e qualidades ocultas, têm-se esforçado para sujeitar os fenômenos da natureza às leis da matemática, cultivei a matemática”¹³. Flagramos em ação um dos agentes do crime denunciado por nossos autores.

¹⁰ HORKHEIMER, M e ADORNO, T. W. O Conceito de Iluminismo. São Paulo, Nova Cultural, 1989, pp. 3-4.

¹¹ ROUANET, Sérgio Paulo. As Razões do Iluminismo. São Paulo, Cia das Letras, 1992. p. 25.

¹² Cf. Horkheimer e Adorno, op. cit., p. 6.

¹³ NEWTON, Issac. *Principia* - princípios matemáticos de filosofia natural. Vol I São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo / Nova Stella Editorial, 1990, I-II.

A prisão em que o Iluminismo encarcerou o homem moderno não passa de uma vingança mítica. “a potência mítica se revela como o momento retardador que retém a almejada emancipação e prolonga sempre de novo uma vinculação às origens que é também experimentado como prisão. O Iluminismo chamam, por isso, também Horkheimer e Adorno a todo o processo que está pendente entre as partes. E este processo, a subjugação das potências míticas, deve a cada novo estágio fatalmente provocar o retorno ao mito. O Iluminismo deve recair na mitologia.”¹⁴. A emancipação do homem significou o reconhecimento da dominação como elemento estruturador de todas as relações. E esta dominação, experienciada pela humanidade como racionalidade, vincula, por essa experiência, a própria arma da emancipação: a razão. Se no mundo mítico antigo o Iluminismo já se faz presente através do experimento do controle da natureza, o Iluminismo, por sua vez, se faz mitologia a cada passo.

O Iluminismo “recebe todo o seu material dos mitos, para então destruí-los, e, enquanto justiceiro, cai sob o encantamento do mito”¹⁵. A crença e busca da emancipação humana constituem o Iluminismo como uma tentativa de escapar às potências do destino. Mas a forma cognitiva que esta tentativa tomou permite que as potências míticas lancem seus tentáculos até nós. A emancipação humana é o maior engodo da história do homem, pensam Horkheimer e Adorno: não só representa a dominação de muitos por poucos mas, também, a dominação dos dominadores através da própria lógica intrínseca da dominação. Se a dominação está implícita no modo de ser do homem moderno, ou seja, na racionalidade moderna, o escape da dominação terá que se dar por um escape do próprio modo de ser do homem enquanto Iluminista, enquanto moderno racionalizador

Este escape do próprio modo de ser de uma tal humanidade moderna só pode se dar através de uma crítica dos fundamentos da razão iluminista. Este tipo de crítica da ideologia já de muito foi ensaiada, por Nietzsche e Marx por exemplo. Mas Adorno e Horkheimer não se contentam com uma crítica reflexiva de primeiro grau (para usar o velho jargão) : é preciso fazer uma crítica dos fundamentos da primeira crítica, portanto uma crítica reflexiva de segundo grau. Está autonomizada a crítica em relação a seus próprios fundamentos.¹⁶

Quanto ao sujeito, sua massificação, portanto quantificação frente às qualidades, é um subproduto da razão instrumentalizada para fins. “Os homens foram presenteados com um si-mesmo próprio a cada um e distinto de todos os outros, só para que se torne, com mais segurança, igual aos outros ... A essência

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. O Discurso Filosófico da Modernidade. Lisboa, Ed. Dom Quixote, 1990, p. 111.

¹⁵ Cf. Horkheimer e Adorno, op. cit., p. 9.

¹⁶ Cf. Habermas, op. cit., p. 117.

do Iluminismo é a alternativa cuja inevitabilidade é a dominação ... Hoje a regressão das massas consiste na incapacidade de ouvir o que nunca foi ouvido, de palpar com as próprias mãos o que nunca foi tocado, uma nova forma de ofuscamento que supera qualquer ofuscamento mítico vencido.¹⁷

A feroz crítica ao Iluminismo elaborada desde a principal tradição da Escola de Frankfurt nos remete a uma projeto não realizado conforme o discurso que o apresentou como emancipação, mas realizado conforme os segredos que, feito armadilha, trazia em si, autêntico caso de vício redibitório: segredos que uma crítica de segundo grau, portanto uma crítica que eleve o projeto à uma potência dupla indica. *"Com a renúncia ao pensar, que na sua coisificada, enquanto matemática, máquina, vinga-se no homem que o está esquecendo, o iluminismo à sua própria realização. Disciplinando tudo que é individual, o iluminismo deixou ao todo não conceitualizado a liberdade de abater-se enquanto dominação sobre as coisas, por cima do ser e do ser-consciente do homem."*¹⁸

Mas eis que é necessário em Iluminismo de terceiro grau, já que o de segundo grau de Horkheimer e Adorno perdeu fôlego: ele *"entregara-se, tal como o historicismo, a um ceticismo desenfreado perante a razão, em vez de ponderar os motivos que permitem duvidar desse próprio ceticismo."*¹⁹

As questões as quais remetem Kant, Adorno e Horkheimer deixam claras as potências emancipadoras mas também dominadoras do afã moderno de racionalização e purificação metodológica.

Emancipação e dominação das quais Kant e Kelsen não escapam: pretendendo estabelecer o estatuto epistemológico de um certo conhecimento sobre o direito, Kant e Kelsen lograram uma emancipação metodológica-constructivista; radicalizando a separação entre Direito e Moral, Kant e Kelsen lograram estabelecer um redutor cognitivo que não pode oferecer defesa à uma dominação sentida como ilegítima. Veja-se a seguir, no próximo número deste periódico "Direito e Modernidade II ..." a seqüência do episódio.

¹⁷ Cf. Horkheimer e Adorno, op. cit., pp. 10, 23 e 26.

¹⁸ Idem, pp. 29-30.

¹⁹ Cf. Habermas, op. cit., p. 129.

DIREITO AGRÁRIO NO MERCOSUL*

Rafael Augusto Mendonça Lima

Sumário

1. Introdução. II. O Tratado de Assunção. A Estrutura Orgânica do MERCOSUL. III. O Tratado de Montevideú, de 1980. IV. O Direito Agrário. V. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

O exame do tema impõe o conhecimento do MERCOSUL em toda a sua extensão, para, então, examinando-se o objeto e o conteúdo do DIREITO AGRÁRIO brasileiro, estudar-se a relação entre esse Direito e o MERCOSUL.

O MERCOSUL, como veremos adiante, objetiva a integração comercial, tecnológica, financeira e de serviços entre os Países-Partes, mas, em certas disposições, o TRATADO DE ASSUNÇÃO (que criou o MERCOSUL) regula as atividades agropecuárias, remetendo ao TRATADO DE MONTEVIDÉU, de 1980, que criou a ALADI, ato este que terá que ser examinado.

A bibliografia sobre o MERCOSUL é ainda escassa e se caracteriza mais pelo exame de matérias de natureza econômica, política financeira, política aduaneira, etc.

* Conferência realizada no VII SEMINÁRIO NACIONAL DE DIREITO AGRÁRIO, em GOIÂNIA, em 1995.

Só agora começam os estudos mais aprofundados sobre o MERCOSUL, com a sua entrada em vigor a partir de 1º de janeiro de 1995.

Muito terá que ser feito, ainda, para alcançar-se os objetivos do referido TRATADO DE ASSUNÇÃO, dadas as dificuldades naturais para a Integração nele prevista, como ocorre, aliás, com o MERCADO COMUM EUROPEU.

II. O Tratado de Assunção

O TRATADO DE ASSUNÇÃO, firmado em 26 de março de 1990, aprovado pelo Congresso Nacional (Brasil), em 25 de setembro de 1991, e promulgado pelo Presidente da República (Brasil), em 21 de novembro de 1991, pelo Decreto nº 350, publicado no D.O., e 22 de novembro de 1991, entrou em vigor internacionalmente, em 29 de novembro de 1991.

A ementa do TRATADO dispõe:

"TRATADO PARA A CONSTITUIÇÃO DE UM MERCADO COMUM ENTRE A REPÚBLICA ARGENTINA, A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, A REPÚBLICA DO PARAGUAI E A REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI".

O PREÂMBULO do TRATADO indica a finalidade geral do ato, a saber:

"Considerando que a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, através da integração, constitui condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social;

Entendendo que esse objetivo deve ser alcançado mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis, a preservação do meio ambiente, o melhoramento das intercomunicações físicas e a complementação dos diferentes setores da economia, com base nos princípios de graduabilidade, flexibilidade e equilíbrio;

Tendo em conta a evolução dos acontecimentos internacionais, em especial a consolidação de grandes espaços econômicos, e a importância de lograr uma adequada inserção internacional para seus países;

Expressando que este processo de integração constitui uma resposta adequada a tais acontecimentos;

Convencidos da necessidade de promover o desenvolvimento científico e tecnológico dos Estados-Partes e de modernizar suas economias para ampliar a oferta e a qualidade dos bens e serviços disponíveis, a fim de melhorar as condições de vida de seus habitantes;

Reafirmando sua vontade política de deixar estabelecidas as bases para uma união cada vez mais estreita entre seus povos, com a finalidade de alcançar os objetivos supracitados;

Acordam: "

Ficou criado, então, o MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL), com as seguintes finalidades, constantes do art. 1º do Tratado:

a) A livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente;

b) O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamento de Estados e a coordenação de posições em foros econômicos-comerciais regionais ou internacionais;

c) A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes de comércio exterior, AGRÍCOLA, industrial, fiscal, alfandegária, de transportes, e comunicações e outras que se acordem a

fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes, e

d) O compromisso dos Estados Partes de harmonizarem suas LEGISLAÇÕES, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

Além disso, foi firmado o princípio da reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados Partes (art. 2º).

Luiz Olavo Baptista¹ e outros lembram que o MERCOSUL é uma continuação de um processo, dizendo:

"Suas raízes remotas poderiam ser buscadas na iniciativa de criação da União Aduaneira Brasil-Argentina, em 1940, ou na criação da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC) pelo Tratado de Montevidéu, de 1969. Mais próximos temos a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), criada pelo Tratado de Montevidéu, de 1980, e o Programa de Integração e Cooperação Econômica entre o Brasil e a Argentina (PICAB), de 1985. Este evoluiu consubstanciando-se no Tratado de Integração Brasil-Argentina, de 1988 (vigente desde 1989), no Acordo de Complementação Econômica n° 14 (ACE 14). Esses constituem a espinha dorsal do MERCOSUL".

Para melhor entender-se o MERCOSUL, é preciso um bom conhecimento de certos institutos constantes do Tratado de Assunção, tais como: a) Zona de livre comércio; b) União aduaneira; e c) Mercado comum.

Luiz Otávio Baptista² ensina que a ZONA DE LIVRE COMÉRCIO:

"é o estabelecimento, pela via de tratados internacionais, da livre circulação das mercadorias sem barreiras ou restrições quantitativas ou aduaneiras, conservando os Estados integrantes total liberdade nas relações com terceiros países".

¹ - BAPTISTA, LUIZ OLAVO; MERCADANTE, ARMINDA & CASELLA, PAULO BORBA, Mercosul: das negociações à implantação, São Paulo, Editora LTr, 1993, p. 12.

² - BAPTISTA, LUIZ OLAVO, op. cit., p. 14.

A UNIÃO ADUANEIRA é, segundo o mesmo Autor (Luiz Otávio Baptista³):

"...um passo além da zona de livre comércio cujo elemento característico é o da livre circulação de mercadorias incorpora, complementando-o com a adoção de uma TARIFA ADUANEIRA comum, eliminando os complexos sistemas da definição das regras de origem".

Finalmente, o MERCADO COMUM, é como ensina o mestre supra citado (Luiz Otávio⁴):

"O mercado comum ultrapassa e contém a união aduaneira, acrescentando-lhe a livre circulação dos demais fatores de produção: Capital e Trabalho, permitindo, assim, o livre estabelecimento e a livre prestação de serviços pelos profissionais. Praticamente tem-se, do ponto de vista econômico-comercial, um único universo, a que falta tão somente a moeda única para se equiparar ao que ocorre no interior do estado".

Diz Luiz Otávio⁵, que a "ação do Estado, assim como o relacionamento entre o produtor e o consumidor, ocorrem, forçosamente, dentro de um quadro jurídico".

Em alguns Estados, segundo o mesmo autor (Luiz Otávio⁶) "existem alguns preceitos, que caracterizam a Integração econômica nacional e que conformam o respectivo mercado, e que foram formulados teoricamente pela primeira vez pelos constitucionalistas norte-americanos. A esses, a doutrina tem chamado de cinco liberdades, a saber:

" - A primeira é a livre circulação das mercadorias que faz com que dentro das fronteiras de um Estado as mercadorias possam circular sem que tenham que atravessar barreiras alfandegárias;

- A segunda é a liberdade de estabelecimento, que faculta ao empregador instalar-se onde quer que

³ - BAPTISTA, LUIZ OLAVO, op. cit., p. 15.

⁴ - BAPTISTA, LUIZ OLAVO, op. cit., p. 16.

⁵ - BAPTISTA, LUIZ OLAVO, op. cit., p. 17.

⁶ - BAPTISTA, LUIZ OLAVO, op. cit., p. 17.

deseje, no interior do Estado, quer para a produção, quer para a armazenagem, quer para a venda de seus produtos;

- Como, evidentemente, a produção exige trabalho, impõe-se que ocorra a livre circulação dos trabalhadores dentro dos limites do Estado: é a terceira liberdade;

- Outro componente da atividade empresarial, o capital, deve circular livremente, ou seja, deve ocorrer a possibilidade de o investidor colocar o capital onde o interesse do produtor, do empresário, o dirija. É a quarta liberdade, a de circulação de capitais;

Finalmente, a quinta é a liberdade da concorrência, que submete todos os produtores desse país às mesmas regras de natureza econômica, administrativa, fiscal, política e social, isto é, todos se sujeitam a uma disciplina jurídica e a encargos idênticos, que não incidir da mesma maneira nos produtos de sua empresa”.

Como ensina, finalmente, Luiz Otávio⁷ *“é fácil imaginar o impacto que essas liberdades terão sobre a legislação dos diferentes países que integram o Mercado Comum, no plano, quer do direito constitucional, quer no das relações privadas”.*

A Estrutura Orgânica do Mercosul

A administração e a execução do Tratado de Assunção e dos acordos específicos e declarações que se adotam no quadro jurídico, estabelecidos pelo acordo, serão do encargo dos seguintes órgãos:

- a) Conselho do Mercado Comum;
- b) Grupo Mercado Comum.

O Conselho é um órgão superior do Mercado Comum, competindo-lhe a condução política do mesmo e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos e prazos estabelecidos para a constituição definitiva do Mercado Comum.

⁷ - BAPTISTA, LUIZ OLAVO, op. cit., p. 17.

O Conselho é integrado pelos Ministros das Relações Exteriores e os Ministros da Economia dos Estados-Partes. Reunir-se-á tantas vezes quantas forem necessárias, e, pelo menos, uma vez por ano, com a participação dos Presidentes dos Estados-Partes.

A Presidência do Conselho será exercida por rotação dos Estados-Partes e em ordem alfabética, por períodos de seis meses.

As reuniões do Conselho serão coordenadas pelos Ministros das Relações Exteriores, podendo ser convidados para dela participarem outros Ministros ou autoridades de nível ministerial.

O GRUPO MERCADO COMUM tem a faculdade de iniciativa. Suas funções são as seguintes:

- a) velar pelo cumprimento do Tratado;
- b) tomar as providências necessárias ao cumprimento das decisões adotadas;
- c) propor medidas concretas de políticas macroeconômicas e à negociação de Acordos relativamente a terceiros;
- d) fixar programas de trabalho que assegurem avanços para o estabelecimento do Mercado Comum.

O GRUPO MERCADO COMUM poderá constituir os Subgrupos de Trabalho que forem necessários para o cumprimento de seus objetivos. Contará inicialmente os Subgrupos mencionados no Anexo V.

O GRUPO MERCADO COMUM é integrado por quatro membros titulares e quatro membros alternados por país, que representem os seguintes órgãos públicos:

- a) Ministério das Relações Exteriores;
- b) Ministério da Economia ou seus equivalentes (áreas da indústria, comércio exterior e/ou coordenação econômica);
- c) Banco Central.

O GRUPO MERCADO COMUM tem uma Secretaria Administrativa, cujas principais funções consistem na guarda de documentos e comunicação de atividades do mesmo. A sua sede é em Montevideu.

O TRATADO contém cinco Anexos, e o Anexo V dispõe sobre os SUBGRUPOS DE TRABALHO DO GRUPO MERCADO COMUM, que são:

Subgrupo 1 : Assuntos Comerciais;

- Subgrupo 2 : Assuntos Aduaneiros;
- Subgrupo 3 : Normas Técnicas;
- Subgrupo 4 : Políticas Fiscal e Monetária Relacionadas com o Comércio;
- Subgrupo 5 : Transporte Terrestre;
- Subgrupo 6 : Transporte Marítimo;
- Subgrupo 7 : Política Industrial e Tecnologia;
- Subgrupo 8 : POLÍTICA AGRÍCOLA;
- Subgrupo 9 : Política Energética;
- Subgrupo 10 : Coordenação de Políticas Macroeconômicas;
- Subgrupo 11 : Relações de Trabalho, Emprego e Previdência Social.

O artigo 12 do Anexo I do TRATADO assim dispõe:

"Art. 12 - As normas contidas no presente não se aplicarão aos Acordos de Alcance parcial, de Complementação Econômica, números 1, 2, 13 e 14, nem aos comerciais e AGROPECUÁRIOS, subscritos no âmbito do Tratado de Montevideú, de 1980, os quais se regerão exclusivamente pelas disposições nele estabelecidas".

O Tratado de Montevideú, de 1980, é o que criou a ASSOCIAÇÃO LATINO AMERICANA DE INTEGRAÇÃO - ALADI, que será examinado adiante, na parte que interessa à AGROPECUÁRIA.

Temos, assim, algumas disposições do TRATADO que interessam à AGROPECUÁRIA, a saber:

- a) No artigo 1º há referência à políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-Partes, de comércio exterior, AGRÍCOLA, etc.;
- b) Ainda, no Art. 1º, há o compromisso dos Estados-Partes de harmonizarem suas LEGISLAÇÕES, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração;
- c) No artigo 12 do Anexo V, vimos que as regras contidas no Anexo V não se aplicam aos acordos AGROPECUÁRIOS subscritos no âmbito do Tratado de Montevideú, de 1980.

As disposições acima mencionadas são suficientes para o relacionamento do DIREITO AGRÁRIO com o MERCOSUL, como veremos adiante.

III. O Tratado de Montevideú, 1980

O TRATADO DE MONTEVIDÉU, de 1980, foi promulgado, no Brasil, por meio do Decreto nº 87.054, de 23 de março de 1982, publicado no Diário Oficial, de 24 de março de 1982.

O referido TRATADO foi realizado entre os seguintes países:

República Federativa do Brasil; República Argentina; República da Bolívia; República da Colômbia; República do Chile; República do Equador; Estados Unidos Mexicanos; República do Paraguai; República do Peru; República Oriental do Uruguai; República da Venezuela.

São objetivos do TRATADO em questão o prosseguimento do processo de integração encaminhado a promover o desenvolvimento econômico-social, harmônico e equilibrado, da região, e para esse efeito, instituir a ASSOCIAÇÃO LATINO-AMERICANA DA INTEGRAÇÃO, cuja sede é a cidade de Montevideú, República Oriental do Uruguai. Esse processo terá como objetivo a longo prazo, o estabelecimento, em forma gradual e progressiva, de um mercado de cooperação comum latino-americano (art. 1º).

As normas e mecanismos do ATO em tela, bem como aqueles que em seu âmbito estabeleçam os países-membros, terão por objetivo o desenvolvimento das seguintes funções básicas da Associação (ALADI): a promoção e regulação do comércio recíproco, a complementação econômica e o desenvolvimento das ações de cooperação econômica que traduza a ampliação dos mercados (art. 2º).

O art. 3º dispõe sobre os princípios a serem observados pelos países-membros à aplicação do TRATADO, a saber:

- a) PLURALISMO, sustentado na vontade dos países membros para sua integração, acima da diverdade que em matéria política e econômica possa existir na região;
- b) CONVERGÊNCIA, que se traduz na multilateralização progressiva dos acordos de alcance parcial, através de negociações periódicas entre os países-membros, em função do estabelecimento do mercado comum latino-americano;
- c) FLEXIBILIDADE, caracterizada pela capacidade para permitir a celebração de acordos de alcance parcial, regulada em forma compatível com a consecução progressiva de sua convergência e pelo fortalecimento dos vínculos de integração;

d) TRATAMENTOS DIFERENCIAIS, estabelecidos na forma que em cada caso se determine, tanto nos mecanismos de alcance regional, como nos de alcance parcial, com base em três categorias de países, que se integrarão levando em conta suas características econômico-estruturais. Esses tratamentos serão aplicados em determinada magnitude aos países de desenvolvimento médio e de maneira mais favorável aos países de desenvolvimento econômico relativo; e

e) MÚLTIPLO, para possibilitar distintas formas de ajuste entre os países-membros, em harmonia com os objetivos e funções do processo de integração, utilizando todos os instrumentos capazes de dinamizar os mercados a nível regional.

O Capítulo II trata dos MECANISMOS, para o cumprimento das funções básicas da ALADI, estabelecendo uma área de preferência econômica, composta por uma preferência regional, por acordos de alcance regional e por acordos de alcance parcial.

Esses MECANISMOS estão disciplinados em três (3) Seções assim denominadas:

Seção primeira: Preferência tarifária regional;

Seção segunda: Acordos de alcance regional;

Seção terceira: Acordos de alcance parcial;

Na Seção Terceira (Acordos de alcance parcial), o artigo 12 assim dispõe:

"Art. 12: Os acordos AGROPECUÁRIOS têm por finalidade fomentar e regular o comércio agropecuário intra-regional. Devem contemplar elementos de flexibilidade que levem em conta as características sócio-econômicas dos países participantes. Estes acordos poderão referir-se a produtos específicos ou a grupos e poderão basear-se em concessões temporárias, estacionais, por quotas ou mistas ou em contratos entre organismos estatais ou paraestatais. Estarão sujeitos às normas específicas que forem estabelecidas para esses efeitos".

O Capítulo VII, DISPOSIÇÕES GERAIS, dispõe, no art. 46, que

"em matéria de impostos, taxas e outros gravames internos, os produtos originários do território de um país-membro gozarão no território dos demais países-membros de um tratamento não menos favorável do que o tratamento que se aplique a produtos similares nacionais".

Continua o art. 46, em complemento:

"os países-membros adotarão as providências que, em conformidade com suas respectivas Constituições Nacionais, forem necessárias para dar cumprimento à disposição presente".

IV. O Direito Agrário

O TRATADO DE ASSUNÇÃO e o TRATADO DE MONTEVIDÉU, de 1980, fazem, assim, expressa referência às atividades AGROPECUÁRIAS e, também, sobre a necessidade dos países-membros adequarem as suas legislações a esses TRATADOS.

O DIREITO AGRÁRIO tem por objetivo a atividade agrária, a empresa agrária, a estrutura agrária e a política agrária.

Esse objeto se decompõe em inúmeros institutos, que vão regulá-lo por meio das leis agrárias.

Para o exercício da atividade agrária, no sentido mais amplo, há necessidade do exercício de várias atividades jurídicas, econômicas, políticas, etc. De grande importância, por exemplo, é a aquisição de imóvel rural.

Ora, o imóvel rural só pode ser adquirido por pessoa estrangeira, na forma do disposto no art. da Constituição Federal e legislação própria (Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971 e Lei nº 6.829, de 25 de fevereiro de 1993), mediante prévia autorização do Governo Federal.

As pessoas estrangeiras não podem, ainda, arrendar imóvel rural, conforme o disposto na Constituição Federal e na Lei nº 8.629, de 1993, acima referida.

As pessoas físicas estrangeiras só podem adquirir imóvel rural, ou arrendá-lo, se residirem no Brasil e, assim mesmo, a área do imóvel, ou imóveis,

não poderá ultrapassar 50 (cinquenta) módulos, e as pessoas jurídicas que tiverem sido autorizadas a funcionar no País poderão adquirir imóvel rural, mediante a apresentação de projeto para a exploração do imóvel.

Essas restrições conflitam com as disposições dos TRATADOS em estudo e, certamente, terão que ser modificadas para permitir que pessoas físicas e jurídicas dos Países-Partes possam adquirir e arrendar imóveis rurais nas mesmas condições que os brasileiros.

O Direito Agrário tem como conteúdo, ainda, inúmeros outros aspectos que estão no âmbito dos TRATADOS em exame, tais como:

1. Política dos preços mínimos;
2. Subsídios à produção agropecuária;
3. Crédito rural subsidiado;
4. Seguro agropecuário;
5. Utilização de imóveis rurais;
6. Terras públicas: aquisição por particulares;
7. Comercialização da produção agropecuária;
8. Armazenamento da produção agropecuária;
9. Agroindústria;
10. Meio-ambiente e a agropecuária;
11. Trabalhadores oriundos de países partícipes do TRATADO DE ASSUNÇÃO (MERCOSUL);
12. Previdência social rural;
13. Exportação e importação de produtos agropecuários;
14. Contratos agrários em geral;
15. Colonização, loteamentos e desmembramentos de imóveis rurais.

Muitos outros aspectos, além dos acima mencionados, a título meramente exemplificativo, existem, como a pesquisa agropecuária, o transporte de produtos agropecuários pelos países do MERCOSUL, a instalação de empresas nacionais de um país em outro, sem qualquer discriminação, isto é, em igualdade de condições com as empresas do país sede, para comercialização de produtos agropecuários, e outros mais.

Assim, será preciso, aos poucos, adequar-se o Direito Agrário positivo aos TRATADOS DE ASSUNÇÃO e de MONTEVIDÉU, de 1980, para que possam ser eles plenamente cumpridos pelo Brasil.

Conclusão

As disposições do TRATADO DE ASSUNÇÃO e dos de MONTEVIDÉU, de 1980, sobre AGROPECUÁRIA e, também, sobre a necessidade de adequação das legislações dos Países-Partes nesses TRATADOS, na medida em que for necessário, não deixam dúvidas de que terá que haver modificações nas legislações em geral e na de Direito Agrário, em particular.

A modificação da legislação agrária e os conseqüentes estudos doutrinários não dependem somente dos jus-agraristas, mas de atos políticos do Governo Federal, para a adequação da produção, comércio, transporte, política agropecuária, alienação e arrendamento de imóveis rurais, etc., para, então, serem feitos os ante-projetos de leis, atendendo às disposições dos TRATADOS, compatibilizando as legislações dos Países-Partes com esses TRATADOS.

É óbvio, assim, que o Direito Agrário terá um papel relevante no cumprimento dos TRATADOS em exame, devendo-se, inclusive, estudar-se as leis agrárias (e as a elas correlatas, bem como as que interessam à agropecuária) dos demais países membros do MERCOSUL, a fim de verificar-se a existência, ou não, de conflitos entre essas legislações, para que sejam denunciados, se existirem, objetivando-se a viabilização dos TRATADOS.

Essa será, doravante, a função, também, do Direito Agrário, no âmbito do MERCOSUL

BIBLIOGRAFIA

01. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Mercosul, a estratégia legal nos negócios*, São Paulo, Editora Maltese, 2ª edição, 1994.
02. FERREIRA, Aldo Leão. *Mercosul, comentários sobre o tratado de Assunção e protocolo de Brasília*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1994.
03. LIPOVETZKY, JAIME & LIPOVETZKY. ANIEL ANDRÉ, *Mercosul a estratégia para a integração; mercado comum ou zona de livre comércio ? análises e perspectivas do Tratado de Assunção*, São Paulo, Ltr, 1993.

PROBLEMAS DA TEORIA DO DISCURSO(*)

Robert Alexy**

Os problemas da teoria do discurso são ordenados em três grupos. Os do primeiro grupo dizem respeito ao *status* da teoria do discurso enquanto teoria da verdade, os do segundo, à sua aplicabilidade e os do terceiro, à fundamentação da teoria do discurso. Trata-se do *status* da teoria do discurso enquanto teoria da verdade, quando é discutida a relação dos conceitos de verdade e adequação com conceitos como os de consenso, discussão ilimitada e racionalidade (1). Trata-se do *problema da aplicabilidade* quando se objeta à teoria do discurso que ela seria puramente formal e sem qualquer conteúdo, o que demonstraria que ela não pode levar a qualquer resultado definitivo (2). O *problema da fundamentação* diz respeito à justificação dos princípios e regras do discurso(3).

Aqui serão examinados apenas os dois primeiros, ou seja, o problema do *status* e o problema da aplicabilidade. Uma outra limitação à presente abordagem deve ser mencionada. Ambos os problemas colocam-se em todas as formas de discurso, aparecendo, por exemplo, no discurso teórico, no prático, no estético. Minhas reflexões limitar-se-ão ao discurso prático.

* Do original "Probleme der Diskurstheorie", *Zeitschrift für philosophische Forschung*, Band 43, 1989, pp. 81-93. Tradução de João Maurício Adeodato, Faculdade de Direito do Recife.

** Universidade de Kiel.

¹ Cf. a respeito H. Scheit, *Wahrheit - Diskurs - Demokratie*, Freiburg/München 1987, pp. 123 ss.; A. Wellmer, *Ethik und Dialog*, Frankfurt a.M. 1986, pp. 70 ss.

² A. Wellmer (nota 1), p.72.

³ Cf. J. Habermas, "Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm", in *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt a.M. 1983, pp. 67 ss.; W. Kuhlmann, *Reflexive Letztbegründung*, Freiburg/München 1985, pp.181 ss.

I. A Teoria do Discurso enquanto Teoria Procedimental

A teoria do discurso pertence à classe das teorias procedimentais⁽⁴⁾. Segundo todas as teorias procedimentais, a adequação de uma norma ou a verdade de uma proposição depende de se a norma ou a proposição é ou pode ser o resultado de um procedimento determinado. Se algo é efetivamente o resultado de um procedimento, isto significa que esse algo também pode ser o resultado do mesmo procedimento, enquanto a recíproca não é verdadeira. A versão *pode ser* tem, assim, maior amplitude. Por isso ela será o ponto de partida das reflexões que se seguem. Se *a* defende uma teoria procedimental da versão *pode ser*, segundo a qual o procedimento *P* é para ser aplicado, então *a* responderá à pergunta sobre se a norma *N* é adequada da seguinte forma:

D (definição): Uma norma *N* é adequada se e somente se puder ser o resultado do procedimento *P*.

Há várias maneiras diferentes de se construir o procedimento *P*. Essas diferenças se dividem entre (1) aquelas que dizem respeito aos indivíduos, (2) aquelas que se referem aos requisitos exigidos pelo procedimento e (3) aquelas que, dependendo de como ele é construído diante dos indivíduos e dos requisitos, definem o caráter do procedimento.

Em relação aos *indivíduos*, é preciso diferenciar segundo número e características. *P* pode ser levado a efeito por um indivíduo, mas em *P* podem também tomar parte vários indivíduos ou todos os indivíduos de uma classe mais ou menos ampla. No que concerne às características dos indivíduos, pode-se partir de indivíduos faticamente existentes ou de indivíduos ideais ou construídos. A teoria do observador ideal proposta por Firth⁽⁵⁾ é exemplo de um procedimento que se utiliza, primeiramente, de apenas um indivíduo, e em segundo lugar, de um indivíduo ideal. Diante disso, a teoria do discurso é caracterizada pelo fato de que um número ilimitado de indivíduos, tais como realmente existem, podem tomar parte em *P*.

Os *requisitos* podem ser formulados de várias maneiras diferentes. O espectro alcança desde a fixação de determinadas características cognitivas e motivadoras dos indivíduos, passando pela especificação de condições ou circunstâncias sob as quais se argumenta e se decide, até a formulação de regras que determinam como proceder. As diferenças mais significativas provêm da *força* dos requisitos exigidos.

⁴ Cf. R. Alexy, "Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation", in *Rechtstheorie*, caderno 2 (1981), pp. 178 ss.

⁵ R. Firth, "Ethical Absolutism and the Ideal Observer" in *Philosophy and Phenomenological Research* 12 (1952), pp. 320 ss.

O *caráter* do procedimento depende do número de indivíduos e dos tipos de requisitos exigidos. A diferença mais importante no caráter do procedimento é saber se está ou não prevista, *com base* no procedimento, a possibilidade de uma mudança nas convicções e nos interesses empíricos e normativos dos participantes. Se este não é o caso, pode-se decidir a partir das bases empíricas e normativas disponíveis em *um* determinado ponto no tempo. Tal modelo de *teoria da decisão* é sugerido por Rawls para a escolha dos princípios de justiça, que ele descreve como "*the only choice consistent with the full description of the original position*"⁽⁶⁾, a qual pode ser encontrada do "*standpoint of one person selected at random*"⁽⁷⁾. A teoria do discurso enquanto modelo de teoria da argumentação é, em contrapartida, caracterizada pela possibilidade de as convicções, assim como os interesses dos indivíduos, modificarem-se por causa de argumentos apresentados ao longo do procedimento. A seguir será considerada apenas esta variante da teoria procedimental.

II. As Regras do Discurso

Os requisitos exigidos pela teoria do discurso, já que esta não apresenta prescrições concernentes aos indivíduos, podem ser inteiramente formuladas através de regras. Em outro lugar tentei expor o sistema das regras do discurso, o mais completamente possível, com auxílio de 28 regras⁽⁸⁾. Essas regras compreendem aquelas que prescrevem, por exemplo, não-contradição, clareza de linguagem, verdade empírica e sinceridade; aquelas que expressam, entre outras, a idéia de universalidade, garantindo a todos o direito de participarem do discurso e de serem tratados com igual consideração; e aquelas que valem para a argumentação sobre as conseqüências, ponderação e análise da gênese das convicções normativas.

Contra este espectro variado objetou-se que expressaria um "conceito confuso de racionalidade"⁽⁹⁾, o qual de nada serviria para a clareza da análise. Pode-se responder que a racionalidade prática é um assunto complexo. O resultado da análise de um objeto complexo só pode ser um modelo complexo. A questão decisiva é se este modelo ajusta-se a seu objeto. Além disso, foi feita a crítica de que algumas regras revelavam um conteúdo moral⁽¹⁰⁾. Esta objeção somente seria válida, contudo, se pelo menos um de três pré-requisitos fosse verdadeiro. O primeiro é que o conceito de racionalidade prática explicitado pelas regras não pode ter conteúdo moral. Ao meu ver é pelo menos admissível,

⁶ J. Rawls, *A Theorie of Justice*, Cambridge Mass. 1971, p. 121.

⁷ J. Rawls (n. 6), p. 139.

⁸ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a.M. 1978, pp. 234 ss.

⁹ O. Weinberger, "Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation", in W. Krawietz/R. Alexy (Hg.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlin 1983, p. 200.

¹⁰ Cf. O. Weinberger (n. 9), p. 195.

e provavelmente até necessário, incorporar conteúdos morais a um conceito de racionalidade prática plenamente desenvolvido. O segundo pré-requisito estaria satisfeito se aquelas regras que revelam conteúdo moral, tais como as que expressam exigências não-triviais de universalidade, fossem insusceptíveis de fundamentação. Não posso discutir aqui a tese de que tais regras são passíveis de fundamentação transcendental-pragmática por meio de uma análise de pressuposição⁽¹¹⁾. De qualquer modo, pode-se afirmar que não é certo que elas não possam ser fundamentadas. Um terceiro pré-requisito para aceitar a objeção mencionada acima seria se o conteúdo moral de algumas regras do discurso privasse todo o sistema de sua aplicabilidade. Isto leva de volta à questão geral a respeito da aplicabilidade da teoria do discurso.

Do ponto de vista da aplicabilidade, a principal fragilidade da teoria do discurso consiste no fato de que seu sistema de regras não oferece qualquer procedimento que permita chegar exatamente a um resultado em um número finito de operações. Há três razões para isto. Em primeiro lugar, as regras do discurso não contêm quaisquer prescrições concernentes aos pontos de partida do procedimento, os quais são constituídos pelas convicções normativas e as interpretações de interesse dos participantes existentes a cada tempo. Em segundo lugar, as regras do discurso não prescrevem todos os passos da argumentação. Em terceiro lugar, há uma série de regras que podem ser cumpridas apenas de maneira aproximada⁽¹²⁾. Assim, a teoria do discurso não pode sempre garantir uma decisão definitiva.

Pode-se pensar que isso já revela a inaplicabilidade da teoria do discurso. Para enfraquecer esta objeção há que distinguir os discursos reais dos ideais. Observaremos primeiramente estes últimos.

III. O Discurso Ideal

Discursos podem ser ideais em alguns ou em todos os aspectos. Só o discurso ideal em todos os aspectos interessa aqui. Ele é definido como o discurso que procura responder a uma questão prática sob as condições de tempo ilimitado, participação ilimitada, completa ausência de constrangimento no processo de produção da perfeita clareza lingüístico-conceitual, capacidade de informação empírica completa, total capacidade e disponibilidade para troca de papéis e total liberdade de preconceitos. O conceito de um discurso ideal em

¹¹ J. Habermas (n. 3), pp. 93 ss.; R. Alexy (n. 8), pp. 230 ss.

¹² O conceito de regra é usado aqui em um sentido amplo, reunindo tanto as determinações definitivas como também as determinações concernentes a uma otimização; para esta distinção cf. R. Alexy, "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, caderno 25 (1985), pp. 13 ss.

todos os aspectos traz vários problemas. Os quatro mais importantes são os problemas de construção, consenso, critério e adequação.

1. O Problema da Construção

O problema da construção resulta do fato de que a teoria do discurso trabalha com pessoas reais, efetivamente existentes, na qualidade de participantes. Se se imagina um prolongamento da participação por tempo ilimitado, faz-se com que os participantes reais, efetivamente existentes, tornem-se participantes parcialmente ideais ou construídos, isto é, imortais. Esta não é a única idealização. Pode-se imaginar que alguém seja imortal e participe eternamente do discurso, e que ainda assim aprenda pouco ou nada. É por isso que o conceito de um discurso ideal em todos os aspectos pressupõe que seus participantes satisfaçam completamente todas as regras do discurso, ou seja, que se consiga, não importa em que tempo, completa clareza, informação, capacidade e disponibilidade para troca de papéis, assim como liberdade de preconceitos. Não constitui qualquer problema que isto não seja de fato possível, na medida em que se trata somente do conceito de discurso ideal. Por outro lado, é justamente neste contexto que se deve considerar seriamente a questão de se a situação acima resumida é de algum modo conceitualmente possível. Assim coloca-se, por exemplo, a questão de se uma completa clareza lingüístico-conceitual pode de alguma maneira ser produzida em um discurso com participantes de culturas e línguas inteiramente diferentes. Estas questões serão deixadas de lado aqui. Pelo menos está claro que os participantes do discurso ideal passam por uma mudança quase total de participantes reais e efetivamente existentes a participantes ideais e construídos. Isto parece contradizer a suposição básica da teoria do discurso apresentada de início, a qual afirma que a teoria do discurso parte de indivíduos efetivamente existentes. Nada obstante, esta contradição se resolve quando se considera que o discurso ideal não é um discurso perfeito desde o início, mas sim um discurso que se torna perfeito através de uma continuação mentalmente construída, potencialmente interminável, e que se baseia em processos de aprendizagem iniciados com indivíduos reais.

2. O Problema do Consenso

Sobre o segundo problema, o do consenso, surge a questão de se um discurso ideal leva a um consenso em toda questão prática. Tal consenso não decorre logicamente da verificação de que as condições do discurso ideal se encontram preenchidas. O consenso em determinada questão normativa é um assunto substancial. Quanto a isto, as condições colocadas acima têm caráter

apenas formal. Por isso, uma garantia para obtenção de consenso em toda e qualquer questão só poderia ser aceita se baseada na premissa empírica de que o preenchimento das condições do discurso ideal faria desaparecer todas as diferenças de opinião em questões práticas. Esta premissa pressupõe que não há diferenças antropológicas resistentes ao discurso que possam excluir a possibilidade de consenso em questões práticas, ou seja, valorativas, desde que se trate de um discurso temporalmente infinito, com perfeitas clareza lingüístico-conceitual, informação empírica, capacidade e disponibilidade para troca de papéis, assim como liberdade de preconceitos. Em minha opinião, esta questão não pode ser decidida. Isto porque não existe qualquer procedimento para prognosticar a conduta de pessoas reais sob as condições não-reais referidas. Isto significa que uma garantia de consenso nem pode ser excluída nem assumida. Diante do problema da capacidade dos discursos ideais para obtenção de decisões definitivas, a consequência é ter-se de considerar possível que, mesmo depois de um discurso potencialmente infinito em duração, normas ainda incompatíveis entre si sejam defendidas pelos participantes. O resultado do procedimento seria então tanto N como $\sim N$. Isto significa, de acordo com a definição D dada acima, que tanto N quanto $\sim N$ seriam descritas como "adequadas". As questões daí resultantes serão examinadas na discussão do problema da adequação.

A questão de um consenso alcançado após duração potencialmente infinita, sob condições ideais, ser necessariamente um consenso final ou definitivo leva a um segundo aspecto do problema. Teríamos o caso de um consenso definitivo se não fosse possível mais nenhum argumento que, pelo menos diante de um dos participantes, pudesse levar a uma modificação nas convicções normativas sob questão. Aqui pode-se deixar de lado, em minha opinião, o problema de se a classe de argumentos normativamente relevantes é finita ou infinita. Mesmo um discurso potencialmente infinito não oferece a participantes, que atinjam as condições ideais aqui expostas, mas não sejam dotados da capacidade de jamais deixar passar despercebido qualquer argumento normativo relevante, a garantia de que um novo argumento não vá destruir um consenso já obtido. As coisas seriam diferentes apenas se a infinitude do discurso fosse interpretada como infinitude real ou atual⁽¹³⁾ — o que não será feito aqui — de tal modo que todos os argumentos possíveis fossem colocados e considerados. Assim, por definição, um consenso não mais poderia ser destruído por um novo argumento.

Em resumo, dois pontos devem ser ressaltados a respeito do problema do consenso: (1) Mesmo no caso de um discurso ideal potencialmente infinito não pode ser excluída a possibilidade de efetivação de consenso. (2) Também no caso de um discurso ideal potencialmente infinito jamais se pode afirmar que um discurso já obtido é final ou definitivo.

¹³ Sobre os conceitos de infinitude potencial e atual cf. P. Lorenzen, "Das Aktual-Unendliche in der Mathematik", in *Methodisches Denken*, Frankfurt a.M. 1974, pp. 94 ss.

3. O Problema do Critério

O acima exposto traz sérias consequências para o terceiro problema, o do critério. Este problema diz respeito à questão de se e até que ponto o discurso ideal pode ser aplicado como critério de adequação, nos termos da definição D referida inicialmente. Como o discurso ideal, de acordo com sua definição, não pode ser efetivamente realizado, ele só pode ser utilizado como critério quando se pergunta se uma norma N poderia ser o resultado de um discurso ideal. Aqui aparecem três problemas de importância especial.

O primeiro problema, quando da aplicação do discurso ideal como critério de adequação, resulta do fato de que um procedimento, que é essencialmente uma cooperação entre várias pessoas, tem de ser desenvolvido na mente de uma pessoa e, neste sentido, *monologicamente*. A cooperação entre várias pessoas é necessária ao discurso prático pelos seguintes motivos: nele busca-se a solução adequada para questões práticas que envolvem interesses de várias pessoas, isto é, trata-se da solução adequada para um conflito de interesses. Para este fim, as convicções normativas efetivamente existentes de cada participante sobre a solução adequada são submetidas a uma investigação racional. Neste processo, as respectivas interpretações dos interesses dos participantes, assim como sua modificação por meio de argumentos, desempenham um papel decisivo. Como modificar uma interpretação de interesses por meio de argumentos é, em último caso, uma questão de cada envolvido. Daí segue-se que, se a adequação dos resultados do discurso depende da adequação das interpretações de interesses e se a adequação das interpretações de interesses é uma questão de investigação argumentativa, o discurso é *essencialmente não-monológico*. As consequências daí advindas para quem se pergunta se alguma modificação pode ser o resultado de um discurso são, nada obstante, menos fatais do que podem parecer à primeira vista. Embora discursos sejam essencialmente não-monológicos, um discurso desenvolvido na mente de uma pessoa pode ainda se aproximar de um discurso em que se envolvem várias pessoas. De fato, jamais se pode ter certeza dos argumentos, das interpretações de interesses e das modificações nas interpretações de interesses, mas é possível, em grau considerável, fazer conjeturas bem fundamentadas a seu respeito. Para quase toda questão prática já foram apresentados, por pessoas completamente diferentes, os mais variados argumentos. A vida diária, a literatura e as ciências fornecem a qualquer interessado nessas questões numerosas informações sobre possíveis interpretações e modificações de interesses. Um grau considerável de incerteza provém da condução monológica do discurso. Ainda assim, o discurso desenvolvido na mente de uma pessoa seria um critério inapropriado somente se a incerteza de um critério implicasse em sua impropriedade.

O segundo sub-problema do problema do critério resulta do caráter *ideal* dos requisitos exigidos pelo discurso ideal. Nem um discurso real nem um discurso virtual levado a efeito na mente de uma pessoa pode jamais satisfazer inteiramente esses requisitos. Mas um preenchimento aproximado é possível. Um resultado que satisfaz apenas aproximadamente os requisitos do procedimento é necessariamente um resultado incerto. Mas, como já foi dito, incerteza não implica em impropriedade.

O terceiro sub-problema do problema do critério resulta da *estrutura interna* do discurso ideal. Quando da discussão do problema do consenso verificou-se, em primeiro lugar, que mesmo em um discurso ideal potencialmente infinito nunca se pode ter certeza de se um consenso já atingido é final ou definitivo; e, em segundo lugar, que não pode ser excluída a possibilidade, mesmo em semelhante discurso, de não se chegar a qualquer consenso, o que significa que duas normas mutuamente contraditórias podem ser o resultado de um procedimento ideal. O problema do caráter definitivo do consenso causa menores dificuldades. Um consenso resultante de um discurso ideal potencialmente infinito de fato não assegura qualquer certeza definitiva, mas mesmo assim garante um grau de segurança suficiente para poder ser aceito como critério. O problema da contradição é mais sério. Um critério que não exclui a possibilidade de duas normas mutuamente contraditórias serem ambas adequadas parece falhar simplesmente devido às exigências semânticas mais elementares da expressão "adequada". Este problema será examinado na discussão do problema da adequação, a seguir.

4. O Problema da adequação

Considerando o problema da adequação, três sub-problemas devem ser discutidos: o do conceito de adequação, o problema da objetividade e o já mencionado problema da contradição. Deve-se enfatizar que estas reflexões valem apenas para discursos práticos e, por conseguinte, apenas para a adequação ou a verdade práticas. Até que ponto o que é dito aqui pode ser transferido para o discurso teórico e para o problema da verdade teórica ficará em aberto.

a) Conceito e Critério de Adequação

No que se refere ao conceito de adequação, a objeção habitual contra a teoria do discurso afirma que ela confunde a diferença entre o conceito e o critério de adequação. Para enfraquecer esta objeção, é preciso distinguir uma definição livre e uma definição plena de critérios do conceito de adequação

prática. Chega-se a uma definição livre de critérios quando se desenvolve, com base em Tarski⁽¹⁴⁾, uma concepção semântica de adequação prática orientada para a seguinte equivalência: a proposição "X é devido" é adequada exatamente se e somente se X for devido. Tal concepção esclarece um aspecto essencial do conceito de adequação prática. Há porém outros aspectos deste conceito que podem ser percebidos unicamente através de uma definição procedimental plena de critérios, como a que é sugerida aqui. Ambas as concepções são mutuamente compatíveis. Elas não se apresentam em relação de concorrência mas sim de complementaridade⁽¹⁵⁾. Para cada uma delas há finalidades que as justificam.

b) O Problema da Objetividade

Mais importante é o segundo sub-problema do problema da adequação, o da objetividade. Aqui trata-se da objeção segundo a qual as conexões entre os conceitos de adequação e de verdade e os conceitos de discurso e de consenso sugeridos pela teoria do discurso seriam inadmissíveis. Adequação e verdade seriam algo objetivo. Discurso e consenso, ao contrário, pertenceriam ao campo da convicção subjetiva e da mera crença e aceitação⁽¹⁶⁾. A teoria do discurso não diferenciaria suficientemente o que é tido como verdadeiro do que é efetivamente verdadeiro⁽¹⁷⁾. O fato de todos concordarem com uma proposição não significaria que ela fosse adequada ou verdadeira, pois todos poderiam se enganar. Isso também se aplicaria ao resultado de discursos ideais⁽¹⁸⁾.

Em parte esta objeção se baseia em mal-entendidos, em parte ela leva a questões efetivamente fundamentais. É um mal-entendido pensar que algo já seria verdadeiro, segundo a teoria do discurso, pelo simples fato de todos o terem como verdadeiro. Não é o consenso que ela considera decisivo mas sim a condução do procedimento discursivo. Isto vai ao ponto de se admitir que, até mesmo em caso de dissenso, as opiniões mutuamente incompatíveis podem ser descritas como "adequadas", em um sentido a ser especificado mais à frente, desde que tenham atravessado todo o procedimento discursivo. Por isso é incorreto acusar a teoria do discurso de tomar o consenso como *fundamento da adequação* ou da verdade⁽¹⁹⁾.

¹⁴ Cf. A. Tarski, "The Semantic Conception of Truth and the Foundation of Semantics", in *Philosophy and Phenomenological Research* 4 (1943/44), p. 343.

¹⁵ Sobre a tese de que diferentes teorias de verdade e adequação não estão necessariamente em uma relação competitiva mas podem também estar em uma relação de complementaridade, cf. O. Höffe, "Kritische Überlegungen zur Konsensustheorie der Wahrheit (Habermas)", in *Philosophisches Jahrbuch* 83 (1976), pp. 315 ss.

¹⁶ O. Weinberger (n. 9), pp. 188 ss.

¹⁷ K.-H. Ilting, "Geltung als Konsens", in *Neue Hefte für Philosophie* 10 (1976), p. 36.

¹⁸ O. Weinberger (n. 9), p. 192.

¹⁹ Como A. Wellmer (n. 1), p. 72.

Não é o consenso mas sim a condução do procedimento de acordo com as regras do discurso o efetivo critério de adequação da teoria do discurso. A questão decisiva é saber o que a condução de um procedimento, de acordo com regras de discurso essencialmente formais, tem a ver com a adequação substancial de proposições normativas dotadas de conteúdo. Esta questão formula o problema central da relação entre procedimento e adequação. Uma resposta só pode ter sucesso se uma premissa essencial para a teoria do discurso for trazida à baila. A teoria do discurso pressupõe que os participantes do discurso, isto é, seres humanos tais como efetivamente existem, são em princípio capazes de distinguir entre bons e maus fundamentos de proposições substanciais. Ela pressupõe que os participantes dispõem de suficiente capacidade de discernimento⁽²⁰⁾. Isto não significa que uma suficiente capacidade de discernimento seja uma exigência do procedimento⁽²¹⁾. A relação entre o procedimento do discurso e a suficiente capacidade de discernimento de seus participantes corresponde antes àquela que existe entre a Constituição de um Estado constitucional democrático e a capacidade de seus cidadãos para participar de atividades políticas, econômicas e sociais. Esta capacidade não é exigida pelas normas da Constituição mas sim pressuposta pela Constituição. Além disso, note-se que uma capacidade suficiente de discernimento é pressuposta apenas *em princípio*. Um dos objetivos do procedimento do discurso é desenvolver esta capacidade.

Se o pressuposto de que, em princípio, existe uma suficiente capacidade de discernimento — isto é, a faculdade de distinguir entre os bons e os maus fundamentos de proposições substanciais — é introduzido dessa maneira, como uma conexão entre procedimento e adequação, pergunta-se por que tomar por base o procedimento e não simplesmente os bons fundamentos ou as justificativas suficientes⁽²²⁾. A explicação para isso, pelo menos em questões práticas que concernem essencialmente à interpretação e à conciliação de interesses, é que não há bons fundamentos existentes em si mesmos. O que efetivamente é um bom fundamento só vai se revelar no processo da investigação discursiva. Caso se queira lançar mão dos conceitos de subjetividade e objetividade, pode-se dizer que o resultado do procedimento discursivo não é nem somente subjetivo nem exclusivamente objetivo. Ele é subjetivo na medida em que é condicionado pelas características peculiares dos participantes. Ele é objetivo na medida em que pôde resistir à investigação discursiva efetivada com base em uma suficiente capacidade de discernimento dos participantes. Desta maneira a teoria do discurso evita tanto as falhas das teorias morais subjetivistas ou relativistas, como as falhas das teorias morais objetivistas.

²⁰ A ausência de semelhante "missing link" entre as regras do discurso e a adequação do resultado tem sido reiteradamente criticada. Cf. p. ex. O. Höffe (n. 15), p. 330; K.-H. Ilting (n. 17), p. 72.

²¹ Sobre esta variante cf. A. Wellmer (n. 1), pp. 190 ss.

²² Cf. A. Wellmer (n. 1), pp. 70, 72; O. Weinberger (n. 9), pp. 190 ss.

e) O Problema da Contradição

Permanece o terceiro sub-problema do problema da adequação, o da contradição, que resulta do fato de que não se exclui a possibilidade de até mesmo um discurso prático ideal vir a ter como resultado duas normas mutuamente contraditórias. De acordo com a definição de "adequada" dada acima, isso significa que duas normas contraditórias podem ser adequadas na mesma medida. Ressalte-se, a propósito, que isso não implica em que uma pessoa possa manter uma contradição em seu próprio sistema de normas. Quanto ao sistema de normas de cada pessoa individualmente considerada permanece válido o postulado da não-contradição. Só são admitidos sistemas normativos incompatíveis se provenientes de diferentes pessoas. Nada obstante, fica a questão de se partes incompatíveis dos sistemas normativos de diferentes pessoas — se e devido ao fato de haverem sobrevivido ao procedimento — podem ser na mesma medida qualificadas de "adequadas".

Isso não seria admissível se houvesse uma única resposta adequada para cada questão prática⁽²³⁾, independentemente do fato de existir um procedimento para encontrá-la ou demonstrá-la. Quem admite esta tese separa o conceito de adequação dos conceitos de fundamentabilidade (susceptibilidade de vir a ser fundamentado) e de probabilidade (susceptibilidade de vir a ser provado). Assim aparece um conceito *absoluto* de adequação, o qual tem caráter *não-procedimental*. Ele certamente excluiria a possibilidade de qualificar simultaneamente tanto N como $\neg N$ de "adequadas". A deficiência desse conceito é que a suposição a ele subjacente, da existência de uma única resposta adequada para cada questão prática, coloca uma tese ontológica que não é apenas difícil de fundamentar como também não é muito plausível. Ainda que não exclusivamente, as respostas às questões práticas também se baseiam essencialmente em interpretações e avaliações de interesses. Não se pode supor, com base nisso, que sempre só é possível exatamente uma resposta para cada questão prática. A tese da existência de uma única resposta adequada para cada questão prática coloca, pelo menos no campo prático, uma injustificável ficção ontológica. Semelhante ficção não é suficiente para determinar de forma inequívoca o uso da expressão "adequada".

O fato de a tese de que existe uma única resposta adequada para cada questão prática ter de ser abandonada não significa que o conceito de adequação seja relativo sob todo e qualquer ponto de vista. Ele tem um caráter absoluto enquanto idéia regulativa. O conceito de adequação, enquanto idéia regulativa, não pressupõe que sempre haja uma resposta adequada para cada

²³ Cf. R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge Mass./ London 1985, pp. 119 ss.

questão prática, resposta essa que precisa apenas ser encontrada⁽²⁴⁾. Ao invés disso, a única resposta adequada adquire o caráter de um objetivo a ser almejado⁽²⁵⁾. Os participantes de um discurso prático, independentemente da questão de se existe uma única resposta adequada, têm de defender a pretensão de que sua resposta é a única adequada, se querem que suas afirmações e fundamentações façam sentido. Isso apenas pressupõe que é possível haver questões práticas, para as quais uma resposta pode ser descrita como única adequada no discurso, e que não há certeza de quais questões são essas, de modo que valha a pena tentar encontrar uma única resposta adequada. A isto subjaz uma concepção *procedimental absoluta* de adequação. Ela se adapta sem problemas ao significado comum da expressão "adequado".

O problema da contradição leva assim a um desdobramento do conceito de adequação em um conceito procedimental absoluto e um relativo. Se tanto N quanto \hat{N} são o resultado de um procedimento, então ambas são adequadas relativamente a este procedimento⁽²⁶⁾. O conceito procedimental absoluto de adequação exige, ao contrário, que se continue a procurar uma única resposta. O conceito procedimental relativo de adequação tem um papel central nos discursos reais. Ele será esclarecido a seguir.

IV. O Discurso Real

1. As Modalidades Discursivas

Para discussão do problema do discurso real é oportuno utilizar um modelo simples. Admita-se que duas pessoas, a_1 e a_2 , tentam responder uma questão prática no contexto do procedimento definido pelas regras do discurso. No tempo t_1 , a_1 mantém N_1 e a_2 mantém N_2 , sendo N_1 e N_2 incompatíveis. No tempo t_2 , que marca o fim do procedimento, são possíveis, entre outras, as seguintes soluções em relação aos participantes: (1) Ambos concordam sobre N_i , a qual pode mas não tem de ser idêntica a N_1 ou N_2 ; (2) ambos rejeitam N_i ; (3) a_1 sustenta N_i e a_2 sustenta N_j , $i \neq j$. Parece oportuno caracterizar terminologicamente esses três casos com relação às regras do discurso, ao grau de

²⁴ Cf. I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, A 509, B 537: "ein Prinzipium der Vernunft, welches, als Regel, postuliert, was von uns im Regressus geschehen soll, und nicht antizipiert, was im Objekte vor allem Regressus an sich gegeben ist. Daher nenne ich es ein regulatives Prinzip der Vernunft".

²⁵ Cf. I. Kant (n. 24), A 644, B 672: "Dagegen aber haben sie einen vortrefflichen und unentbehrlich notwendigen regulativen Gebrauch, nämlich den Verstand zu einem gewissen Ziele zu richten, in Aussicht auf welches die Richtungslinien aller seiner Regeln in einen Punkt zusammenlaufen".

²⁶ A concepção de adequação relativa sugerida aqui não é a única possível. Assim é que, recentemente, Nicholas Unwin propôs uma concepção orientada pela idéia de diferentes mecanismos de processamento cognitivo (cognitive processing mechanism). Cf. N. Unwin, "Beyond Truth: Towards a New Conception of Knowledge and Communication", in *Mind* 96 (1987), pp. 299 ss.

seu cumprimento e aos participantes. No primeiro caso, N_i é *discursivamente necessária* no tempo t_2 . No segundo caso, N_j é *discursivamente impossível*. No terceiro caso, N_i e N_j não são nem discursivamente impossíveis nem discursivamente necessárias, no tempo t_2 , mas simplesmente *discursivamente possíveis*. É importante assinalar, a propósito, que este quadro, em um tempo t_3 e com a participação de outros indivíduos, pode apresentar-se diferentemente.

De acordo com a definição D de adequação apresentada de início, tanto o que é discursivamente necessário ao fim do procedimento, como aquilo que, também a esse tempo, é apenas discursivamente possível, têm que poder ser qualificados de "adequados". O conceito de possibilidade discursiva permite, contudo, tomar menos agudo o problema da contradição. Admitir que tanto N quanto \hat{N} podem ser adequados não significa mais do que afirmar que tanto N quanto \hat{N} são discursivamente possíveis. Não há qualquer objeção lógica contra a possível coexistência de elementos de uma contradição. Assim a suposição, de início tão problemática, de que duas normas mutuamente contraditórias podem ser na mesma medida adequadas, perde algo desse caráter problemático.

2. O Conceito Relativo de Adequação

O problema propriamente dito diz respeito à relativização do conceito de adequação. Ele é relativizado sob quatro aspectos: (1) as regras do discurso, (2) o grau de cumprimento dessas regras, (3) os participantes e (4) os pontos no tempo.

O primeiro problema, da relatividade das *regras do discurso*, será deixado de lado aqui. Ele não diz respeito ao problema da aplicabilidade nem ao do *status*, mas sim ao problema da fundamentação, que não será discutido neste trabalho. Ainda assim fica claro que, e como, também este problema se relaciona com o problema da adequação.

Algumas regras do discurso podem apenas ser ou não ser cumpridas; em outras, ao contrário, devido a seu caráter ideal, só é possível um cumprimento aproximativo. Nestas o cumprimento é uma questão de grau. Assim surge o problema da relatividade quanto ao *grau de cumprimento*. A respeito disso, o mais importante já foi dito quando se tratou do discurso ideal na discussão do problema do critério. A possibilidade de cumprimento apenas aproximativo leva necessariamente à incerteza sobre o discurso enquanto critério. Incerteza não implica, todavia, em inutilidade.

A relatividade com respeito aos *participantes* também provoca incerteza. Além disso, ela leva a uma ampliação da esfera do apenas

discursivamente possível, pelo menos em discursos reais limitados no tempo. Por outro lado, a incerteza não pode ser evitada devido à própria estrutura dos problemas práticos. Estes exigem, como já observado, um procedimento não-monológico. Mais ainda, todo discurso tem de ter um ponto de partida. Ele não pode começar do nada. Este ponto de partida está nas convicções normativas efetivamente existentes dos participantes. O procedimento do discurso nada mais é do que um processo de investigação dessas convicções. Aí, toda convicção normativamente relevante é candidata a uma modificação baseada em argumentação racional. Nesta restrição à estruturação racional da argumentação está uma vantagem importante da teoria do discurso. Uma teoria que tente determinar o processo de argumentação ou de decisão, não apenas através de sua estruturação racional mas, digamos, através da prescrição de determinados conteúdos como premissas de partida, tem de se haver não somente com objeções às premissas de partida escolhidas pelos teóricos individualmente — e é geralmente mais difícil responder a essas do que às objeções às regras basicamente formais do discurso — mas sobretudo com a objeção fundamental de que, dessa maneira, o teórico pisa um terreno que deveria ser deixado aos participantes, principalmente porque o papel destes permanece a qualquer tempo aberto para o teórico. E isto ocorre justamente porque as convicções normativas de cada teórico não podem ser assumidas como em geral mais adequadas do que as dos participantes.

A quarta relatividade, a relatividade com respeito a *pontos no tempo*, é inevitável diante dos limites de qualquer discurso real. Em caso de resultados apenas discursivamente possíveis, ou seja, dissensos, a idéia regulativa de adequação exige o caráter não-definitivo do resultado. Em caso de resultados discursivamente necessários, isto é, consensos, o caráter necessariamente provisório resulta da necessária imperfeição de todo discurso real.

Pode-se pensar que, diante das relatividades concernentes ao cumprimento, aos participantes e aos pontos no tempo, dever-se-ia renunciar ao conceito de adequação. Em seu lugar poder-se-ia sugerir que conceitos como os de representatividade, plausibilidade, fundamentabilidade e razoabilidade seriam melhor aplicados. De fato isso teria a vantagem de não se precisar trabalhar com um conceito bifurcado de adequação: o da adequação procedimental absoluta, que tem o caráter de uma idéia simplesmente regulativa, e o da adequação procedimental relativa, que inclui um alto grau de incerteza. Como freqüentemente acontece, trata-se aqui de um problema terminológico, no qual se refletem sérias questões substanciais. Ainda assim pode-se afirmar, em favor da terminologia preferida aqui, que o uso cotidiano da língua permite perfeitamente dizer, diante de duas opiniões normativas bem fundamentadas e contraditórias, que ambos os argumentantes estão certos *à sua maneira* (adequação relativa), para depois perguntar quem *efetivamente* está certo (adequação absoluta), ao mesmo tempo admitindo que certamente ninguém conseguirá descobri-lo. O

motivo substancial para a terminologia aqui escolhida é que a investigação discursiva, ainda que não leve à certeza, leva pelo menos a sair do campo da mera opinião e da crença subjetiva. Diante do fato de que mais do que isso não é possível em questões práticas, parece-nos apropriado o uso do conceito de adequação relativa.

Ainda que muitas objeções contra a teoria do discurso possam ser respondidas, o resultado permanece particularmente insatisfatório. Por um lado, o conceito de adequação dissolve-se em uma idéia regulativa, de outro lado ele é em alto grau relativizado e sobrecarregado de incertezas. Contudo, esta ainda não será a última palavra, caso seja acertada a tese de que o valor prático da teoria do discurso só se mostrará plenamente se ela for tomada como uma teoria básica das instituições do Estado constitucional democrático que se assentam sobre a idéia de discussão (27). Fundamentar esta tese (28), porém, implicaria iniciar um novo tema.

²⁷ Cf. o Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha, in *BVerfGE* 5, 85 (197 ss.).

²⁸ Cf. M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen 1979, pp. 30 ss.; R. Alexy (n. 4), pp. 185 ss.

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº. 1.086-70: O
S.T.F., O DIREITO AMBIENTAL E A COMPETÊNCIA
LEGISLATIVA CONCORRENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
DE 1988***

Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas**

1. Introdução, 2. A Avaliação de Impacto Ambiental, 3. A Competência Legislativa Concorrente, 3.1. A Repartição de Competência Legislativa nas Constituições Brasileiras, 3.2. Competência Concorrente Clássica e Competência Concorrente Limitada, 3.3. A Competência Legislativa Concorrente na Constituição Federal de 1988, 4. A Decisão do Dupremo, 5. Conclusão, Bibliografia.

1. Introdução

A opinião da doutrina é praticamente unânime, quando se trata de reconhecer o extraordinário avanço da Constituição Federal de 1988, no que tange à preocupação com o meio-ambiente. Alguns autores inclusive classificam a nossa Constituição como a mais avançada do mundo no trato desta matéria.

No entanto, muitos dos avanços inscritos no Texto Constitucional de 1988 não passaram de letra morta, carecendo, até hoje, de efetividade. Seja por que foram considerados como normas meramente programáticas; seja por estarem aguardando regulação infra-constitucional; ou por terem sido esvaziadas ou desvirtuadas de sentido quando de sua interpretação.

* Trabalho vencedor do 1º Prêmio Dom Bosco de Direito Ambiental da OAB/DF - Comissão de Direito Ambiental. (modalidade estudante)

** Advogado, Mestrando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pelo Dpto. de Direito da PUC/RJ

O presente trabalho visa a uma breve análise da decisão, a seguir transcrita, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da Constituição, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.086-7 em que figura como requerente o Procurador-Geral da República e, como requerida, a Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina:

"Decisão: Por votação unânime, o Tribunal deferiu o pedido de liminar para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia do § 3º do art. 182 da Constituição do Estado de Santa Catarina..."

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. LIMINAR. OBRA OU ATIVIDADE POTENCIALMENTE LESIVA AO MEIO AMBIENTE. ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL.

Diante dos amplos termos do inc. IV do art. 225 da Carta Federal, revela-se juridicamente relevante a tese de inconstitucionalidade da norma estadual que dispensa o estudo prévio de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais.

Mesmo que se admitisse a possibilidade de tal restrição, a lei que poderia viabilizá-la estaria inserida na competência do legislador federal, já que a este cabe disciplinar, através de normas gerais, a conservação da natureza e a proteção do meio ambiente (art. 24, inc. VI, da CF), não sendo possível, ademais, cogitar-se da competência legislativa a que se refere o § 3º do art. 24 da Carta Federal, já que esta busca suprir lacunas normativas para atender a peculiaridades locais, ausentes na espécie.

Medida liminar deferida. "I

Acreditamos que a decisão acima, unânime, embora provisória, serve como boa indicação do caminho que o "Pretório Excelso" irá tomar na interpretação dos dispositivos constitucionais de proteção ao meio ambiente.

A decisão transcrita envolve, além da efetividade ou não das normas constitucionais protetoras do meio-ambiente, uma abordagem do S.T.F. num assunto que é igualmente crucial para o direito ambiental, qual seja, a repartição de competência entre os entes federativos (a União, os Estados e, após 1988, os Municípios) para legislar sobre o meio-ambiente.

¹Publicado no D.J.U. Seção I de 16.09.94.

De fato, a repartição de competência para legislar sobre meio ambiente explicita uma interessante faceta da repartição de competência legislativa no Estado Brasileiro, como disse LUÍS ROBERTO BARROSO²:

"A tutela dos interesses ambientais enfatiza certas peculiaridades do federalismo brasileiro, por envolver o exercício de competências político-administrativas comuns e competências legislativas concorrentes entre a União, os Estados e Municípios. Os balizamentos constitucionais da esfera da atuação de cada entidade nem sempre são objetivamente aferíveis, e caberá ao Judiciário dirimir os conflitos, que se afiguram inevitáveis."

Veremos a seguir as linhas básicas da Avaliação de Impacto Ambiental e da Competência Legislativa Concorrente, para finalmente entrarmos na análise da decisão do Supremo.

2 - A Avaliação de Impacto Ambiental

Segundo PAULO AFFONSO LEME MACHADO o Estudo de Impacto Ambiental surgiu em 1969 nos Estados Unidos no bojo da Lei de Política Ambiental. O mesmo autor nos dá notícia de que todas as reuniões internacionais importantes, realizadas na década de 90 sobre meio ambiente "não deixaram de apontar o estudo de impacto ambiental como um dos instrumentos eficazes para a prevenção do dano ao meio ambiente",³ citando entre outras a Convenção da Diversidade Biológica e a Declaração do Rio de Janeiro, ambas assinadas durante a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Rio-92.

Além disso, a Avaliação de Impacto Ambiental já está prevista na legislação de diversos países latino-americanos.

No Brasil, a Avaliação de Impacto Ambiental é regulada pela Resolução nº. 001 de 23 de janeiro de 1986 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, prevista no art. 9, II da Lei n.º 6.938 de 31.08.81 (que dispõe sobre a Política Nacional do meio Ambiente) e é realizada através do Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EPIA que passou a ser, depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, exigência constitucional para a instalação de obra

² *apud* Paulo Affonso Leme Machado, Estudos de Direito Ambiental, 1ª edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 1994, pág. 142.

³ Estudos de Direito Ambiental, 1ª edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 1994, pág. 51.

ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, nos termos do art. 225, IV.

O art. 2º da Resolução 001 exige a elaboração do EPIA e respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA para que o poder público possa conceder (ou não) licença para a prática de atividades modificadoras do meio ambiente, isto porque o EPIA integra o processo de licenciamento ambiental previsto na Lei 6.938/81. Segue o art. 2º com uma enumeração (meramente exemplificativa, como se infere pelo uso da expressão "*tais como*") de atividades assim consideradas, entre as quais "*exploração econômica de madeira em áreas acima de 100 hectares*" (XIV).

O objetivo da exigência do EPIA é informar ao Administrador público, e à sociedade, dos potenciais efeitos de determinada obra ou atividade no meio ambiente, incluindo, a caracterização da provável qualidade ambiental futura da *área de influência* do projeto (que pode se estender muito além da área prevista do projeto), comparando as diferentes situações da adoção do projeto e suas alternativas (inclusive a hipótese de sua não realização) e a descrição do efeito esperado das medidas mitigadoras previstas em relação aos impactos negativos.

Segundo PAULO AFFONSO LEME MACHADO⁴

"Os membros da equipe multidisciplinar, que elabora o EPIA, devem apontar onde há certeza científica e onde há incerteza científica e de que natureza são as mesmas - absoluta ou relativa. Diante do perigo ou da probabilidade de dano grave e irreversível, deve ser prevenido este dano. Na incerteza, previne-se."

Munido desses dados o Administrador público pode avaliar se a obra deve ou não ser realizada levando em consideração, é claro, que a sua decisão deverá ser devidamente fundamentada como qualquer ato administrativo (cabendo recurso ao poder judiciário por força do art. 5, XXXV da Constituição Federal de 1988).

É de se observar que, nas hipóteses em que é exigido, o EPIA é requisito de validade da concessão de licença, que poderá ser anulada se tiver sido omitida a sua realização. Há quem sustente inclusive o caráter vinculativo do EPIA, ou seja o administrador teria que decidir em conformidade com as conclusões do RIMA, caso contrário o ato seria igualmente inválido. Consideramos no entanto tal posição incorreta, uma vez que a Constituição não

⁴ Estudos de Direito Ambiental, 1ª edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 1994, pág. 61.

concede este poder ao EPIA e, como já dito, o Administrador, para adotar ou não as suas conclusões, terá que justificar a sua decisão.

Mas a Constituição vai mais além: ao EPIA deve ser dado publicidade, permitindo assim que a sociedade civil organizada, e mesmo órgãos do poder público (como o Ministério Público) possam tomar conhecimento da eventual ameaça ao meio ambiente, mobilizando-se para evitar o dano com o igual direito de apelar ao Judiciário.

Um dos componentes da publicidade no processo de licenciamento ambiental são as audiências públicas, reguladas pela Resolução nº. 009 de 3 de dezembro de 1987 do CONAMA (que infelizmente só foi publicada no DOU em 5 de julho de 1990) cujo art. 2º. prevê: "Sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por cinquenta ou mais cidadãos, o Órgão de Meio Ambiente promoverá a realização de audiência pública.". Lembre-se que como bem anotou ROBERTO AUGUSTO C. PFEIFFER⁵:

"Presente solicitação de qualquer um dos entes relacionados, obrigatória torna-se a convocação da audiência, ainda que o órgão licenciador não entenda conveniente a sua realização."

Além disso a publicidade é um dos princípios vetores da Administração Pública em geral, previsto no *caput* do art. 37 da C.F. E finalmente cabe lembrar que "*todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade...*" de acordo com o art. 5º, XXXIII da C.F..

Ora, a Constituição do Estado de Santa Catarina ao excluir, no seu art. 182, V, as "*áreas florestais ou objeto de reflorestamento para fins empresariais*" da exigência de elaboração prévia do EPIA, para a sua instalação, abriu um perigoso precedente. Aqui um *lobby*, provavelmente dos madeireiros, na confecção da Constituição Estadual Catarinense, acolá um *lobby* da indústria de calçados e, muito em breve, as exigências contidas na Carta Federal seriam tão excepcionadas que se tornariam sem validade prática.

⁵ A Publicidade e o Direito de Acesso a Informações no Licenciamento Ambiental, Tese para o XXI Congresso Nacional de Procuradores de Estado, 1995, pág.17.

3. A Competência Legislativa Concorrente

3.1 A Repartição de Competência Legislativa nas Constituições Brasileias

A repartição de competência legislativa entre a União os Estados e os Municípios, juntamente com a repartição de competência tributária e a representação dos estados no Congresso Nacional, são o ponto nevrálgico de um velho problema, o perfil da Federação Brasileira, configurando as mais complicadas cláusulas do assim chamado pacto federativo, ou, nos dizeres de JOSÉ AFONSO DA SILVA,⁶ constituem o "...ponto nuclear da noção de Estado Federal."

A questão é tão antiga quanto a nossa História como nação independente. De fato a nossa primeira Constituição, a Carta outorgada de 1824, é excessivamente centralizadora, retratando a existência de um estado unitário (composto por províncias e não por estados).

Já durante a Regência, com o Ato adicional de 1834, a centralização é abrandada e, entre outras medidas são criadas as Assembléias Provinciais, embrião das atuais Assembléias Legislativas. Os efeitos descentralizadores do Ato Adicional, em verdadeira experiência Republicana, são logo afastados pela Lei de Interpretação de 1840.

Com a proclamação da República e a Carta de 1891, influenciada pelo federalismo norte-americano, é clara a opção pelo fortalecimento do poder das ex-províncias, agora "Estados-membro" como se depreende do art. 65 § 2º pelo qual pertenciam a estes "*todo e qualquer poder ou direito que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição.*"

A alternância entre o fortalecimento dos poderes da União e o fortalecimento da autonomia dos Estados será uma constante em nossas Constituições. A Constituição de 1934 já é mais centralista do que a anterior e, com a Carta Outorgada de 1937, chegamos provavelmente ao ápice do centralismo (de clara inspiração fascista).

A Constituição de 1946, de inspiração democrática, concede maior autonomia aos Estados. O retorno ao centralismo se dará com a Carta de 1967 (exacerbado com a emenda de 1969). Finalmente temos a Constituição de 1988 que concedeu maiores prerrogativas aos Estados, além dos Municípios, expressamente incluídos na formação da República Federativa do Brasil por força

⁶ Curso de Direito Constitucional Positivo, 10ª edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 1995, pág.570.

do art. 1º da Constituição (inclusão esta cujos efeitos ainda não foram profundamente estudados).

É certo no entanto que, não obstante a alternância acima, o modelo de federação adotado pelas Constituições Brasileiras, sobretudo perante o Direito Comparado (especialmente com relação aos Estados Unidos) foi sempre mais centralizador do que o contrário. Uma das possíveis razões que explicam este fato é a de que, no Brasil, o estado federativo nasceu de um estado unitário, ao contrário dos tradicionais estados federativos (cujo exemplo máximo são os E.U.A.), onde a federação nasceu da união de estados que gozavam, até resolverem se unir, de autonomia política, da qual abdicaram em parte por vislumbrarem mais vantagens na união com outros estados igualmente independentes.

3.2. Competência Concorrente Clássica e Competência Concorrente Limitada

A competência legislativa concorrente se caracteriza basicamente por ser uma esfera de competência legislativa deferida a dois ou mais entes distintos. Embora geralmente os dois entes sejam o Estado Federal e os Estados Federados, pode ocorrer a competência concorrente em que se incluam os municípios.

Na competência concorrente clássica o Estado Federal (a União) não está limitado na abrangência da sua legislação, ou seja poderá descer às minúcias que desejar sendo que ao outro ente, ao qual seja deferida a competência concorrente (geralmente os estados federados), caberá complementar a legislação federal no espaço que lhe tiver sido deixado (se o ente central deixar algum espaço).

Já na competência concorrente limitada a União sofre uma limitação na sua esfera de competência podendo legislar somente dentro dos limites preestabelecidos na Constituição. Normalmente a União terá competência para legislar sobre princípios básicos, ou sobre "normas gerais" (como é o caso da C.F. de 1988) e os estados federados complementarão a legislação atendendo aos seus interesses. Nestes caso fica clara a limitação existente à atuação legiferante da União que não poderá, nas matérias reservadas à competência legislativa concorrente, descer a minúcias que não sejam consideradas "princípios básicos" ou "normas gerais" conforme o caso, embora saibamos da dificuldade de definir com precisão conceitos como "normas gerais" conforme se discutirá mais à frente.

3.3. A Competência Legislativa Concorrente na Constituição Federal de 1988

Com a Constituição Federal de 1988 surge a chamada - competência legislativa concorrente - repartida pelo art. 24 entre a União, os Estados e o Distrito Federal. No seu inciso VI prevê, como matérias reservadas à competência concorrente, a proteção do meio ambiente; as florestas; e a conservação da natureza, dentre outras.

Para RAUL MACHADO HORTA,⁷ a competência legislativa concorrente cria "outro ordenamento jurídico dentro do Estado Federal, o ordenamento misto, formado pela participação do titular do ordenamento central (a União) e dos titulares de ordenamentos parciais (os Estados e o Distrito Federal)".

Segundo o art. 24, no âmbito da legislação concorrente a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais (§ 1º), o que não exclui a competência suplementar dos Estados (§ 2º). Estatui ainda o art. 24 que inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a *competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades* (§ 3º), ou seja, as peculiaridades que digam respeito a cada Estado.

Tormentosa é a questão da definição de normas gerais. É o mesmo RAUL MACHADO HORTA⁸ que define a lei de normas gerais como "*uma lei quadro, uma moldura legislativa*", que será introduzida nos ordenamentos dos Estados pela lei estadual suplementar "*mediante o preenchimento dos claros deixados pela lei de normas gerais, de forma a afeiçoá-la às peculiaridades locais*".

Já DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO⁹ em longo estudo sobre competência concorrente limitada, faz uma excelente tabulação acerca das características mais comuns apontadas pelos diversos autores na conceituação de normas gerais, apontando-as como portadoras (dentre outras) das seguintes características:

"a) estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas gerais;

b) não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislado;

⁷ *Repartição de Competência na Constituição Federal de 1988*, in Revista Trimestral de Direito Público n.º 02, São Paulo, Ed. Malheiros 1993, pág. 17.

⁸ *Idem*, pág. 18.

⁹ *Constituição e Revisão - Temas de Direito Político e Constitucional* 1ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1991, pág. 155.

c) devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos;

....

g) são limitadas, no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados."

Apresenta ainda o ilustre publicista o seu próprio conceito de normas gerais¹⁰,

"... tal como deflui do texto constitucional de 1988 e à luz dos subsídios doutrinários apresentados.

Normas gerais são preceitos principiológicos que cabe à União editar no uso de sua competência concorrente limitada, restritos enquanto princípios, ao estabelecimento de diretrizes nacionais a serem pormenorizadas pelos Estados-membros, embora possam, enquanto preceitos, conter suficiente pormenorização para serem aplicadas direta e imediatamente às situações concretas que devem reger."

Apresentadas assim as características principais do EPIA, e da competência legislativa concorrente, passamos no próximo capítulo a examinar a decisão do Supremo.

4. A Decisão do Supremo

A suspensão pelo S.T.F., do dispositivo da Constituição do Estado de Santa Catarina é baseada em dois fundamentos: o primeiro é, basicamente, que a norma constitucional estadual não poderia excepcionar a norma constitucional federal; o segundo, de que, mesmo que admitida esta restrição, a lei que poderia viabilizá-la estaria inserida na competência legislativa Federal.

Quanto ao primeiro fundamento é certo que, se a Constituição Federal - documento normativo superior, ou "norma fundamental do Estado" - exige o EPIA, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente, não é uma Constituição Estadual, hierarquicamente inferior à Federal, que poderá excetuar a sua regra, sob pena da quebra do princípio do respeito à hierarquia das normas jurídicas e da perda de utilidade da norma federal, conforme referido no capítulo II.

Quanto ao segundo fundamento, a questão nos parece mais delicada. Diz o S.T.F., que mesmo que se admitisse a possibilidade de tal

¹⁰ *Idem*, pág. 168.

restrição, a lei que poderia viabilizá-la estaria inserida na esfera de competência da União (art. 24, VI da C.F.), não sendo possível cogitar-se da competência a que se refere o § 3º do art. 24 já que esta busca suprir lacunas normativas para atender a peculiaridades locais que o Supremo entendeu ausentes no caso em tela.

Ora, o segundo fundamento, que só tem sentido se negado o primeiro, deixa entrever uma possível restrição do S.T.F. no que tange à competência legislativa estadual supletiva da Federal quando a União não edita a norma geral que deveria. Na verdade o art. 24 § 3º prevê nesses casos a competência legislativa plena para atender às peculiaridades estaduais.

Mas seria a competência legislativa neste caso *plena, total*, ou seja o Estado poderia editar inclusive normas gerais a respeito da matéria sempre *com o objetivo* de suprir a lei federal e atender às peculiaridades locais, ou esta competência seria plena *só e somente para* atender a estas peculiaridades, ou seja, mesmo na ausência de normas gerais da União, o estado não poderia editar normas gerais, (mas então na verdade a competência não seria efetivamente plena)? Parece que o Supremo adotou a segunda interpretação.

A questão é de fato polêmica. O prof. SÉRGIO BERMUDES¹¹ por exemplo, entende que no caso da competência estadual propriamente supletiva (ou seja, quando existir a norma federal de âmbito geral) a

"...edição de normas particulares - isto é, leis de vigência limitada ao Estado Federado, ou mesmo a uma porção dele - só se justifica diante da existência de peculiaridades locais, que tornem inadequada a incidência da norma de âmbito geral."

Ainda segundo o ilustre processualista mesmo no caso de ausência de legislação federal a *"...competência legislativa plena, excepcionalmente deferida"* só poderá ser exercida para atender às peculiaridades estaduais.

Esta interpretação está relacionada com o entendimento do Prof. BERMUDES¹² acerca do conceito de "normas gerais".

"Quando o § 1º do art. 24 estabelece que "no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais", parece-me que o dispositivo não reduz a competência legislativa da União à edição de normas genéricas, implantadoras de institutos ou

¹¹Competência Legislativa Concorrente sobre Procedimentos em Matéria Processual, in Rev. de Direito do Tribunal de Justiça do Est. do RJ, vol. 21, Rio de Janeiro, Ed. Degrau Cultural, Out/Dez 1994, pág.49.

¹² Ídem pág. 49.

consagradoras de princípios. Apenas proíbe a União de editar normas particulares destinadas a certos territórios,..."

As conclusões do Prof. SÉRGIO BERMUDES¹³ igualmente merecem ser transcritas:

A interpretação, que agora apresento, faz muito acanhada a competência local para legislar sobre procedimentos em matéria processual (matéria incluída pelo inciso XI do art. 24 na competência legislativa concorrente). Embora desaprove tamanha restrição ao poder legiferante dos Estados, creio que a construção oferecida à crítica é a única que se harmoniza com um sistema que provocou do acatado constitucionalista CELSO RIBEIRO BASTOS esta opinião melancólica: 'não é exagero afirmar-se que será quase impossível os Estados legislarem originariamente sobre qualquer assunto'."

Entendemos que esta interpretação restritiva dos poderes estaduais no âmbito da competência legislativa concorrente não é a interpretação mais correta do texto constitucional. Além disso, tal interpretação não colabora para o fortalecimento da Federação Brasileira, como de resto é reconhecido pelo próprio autor citado.

Como salienta DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹⁴ da relação das características mais encontradas nos diversos autores como definidoras do conceito de normas gerais

"...há, todavia, um elemento comum: a idéia de que há, sem sombra de dúvida, um sentido limitativo nas normas gerais."

Ou seja, a União não pode esgotar matéria na qual só tem competência para legislar até os limites do que possa ser considerado como "normas gerais".

Mas há outra razão fundamental para que não se interprete restritivamente o papel dos estados no âmbito da competência legislativa concorrente prevista na Constituição de 1988: é que a forma federativa de Estado é um dos princípios fundamentais da Constituição Brasileira, tão importante que foi alçado pelo constituinte em cláusula pétrea da Constituição (art. 60 § 4º, I).

¹³ Ídem pág. 49.

¹⁴Constituição e Revisão - Temas de Direito Político e Constitucional (Cáp. III Competência Concorrente Limitada - O Problema da Conceituação das Normas Gerais), 1ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1991, pág. 156.

Utilizamos aqui o conceito de princípio constitucional fundamental dado por CANOTILHO e VIDAL MOREIRA,¹⁵ como sendo:

"síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser direta ou indiretamente reconduzidas".

Desta maneira, ao se interpretar os dispositivos constitucionais que estabelecem os grandes pilares da Federação, não se pode, jamais, dar-lhes um sentido que esvazie ou enfraqueça a Federação Brasileira sob pena de se contrariar princípio fundamental da Constituição.

Se a mera proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado não pode sequer ser admitida (art. 60 § 4º, I), como se admitiria uma interpretação restritiva de um dispositivo basilar para a construção da Federação como é aquele que reparte a competência legislativa concorrente.

O ilustre constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁶ parece escoimar quaisquer dúvidas porventura ainda existentes quando afirma, ao comentar as limitações à autonomia dos Estados existentes no próprio texto constitucional:

" Tais princípios limitam...a autonomia organizatória do Constituinte Estadual. Significa isso que se cogita de normas limitadoras de um dos princípios fundamentais da ordem constitucional brasileira: a autonomia dos Estados, verdadeira decisão política fundamental, que é o princípio federativo que descansa na autonomia das unidades federadas, fulcro da estrutura do Estado brasileiro, tão importante o considerou o constituinte nacional que o erigiu em núcleo imutável por via de emenda constitucional. Daí sua preeminência em relação àqueles princípios que constituem limitações à capacidade organizatória dos Estados, salvo quanto aos que decorrem do sistema constitucional, ...porquanto estes são superiores, dado que revelam os fins e fundamentos do próprio Estado Brasileiro."

Afora a consideração desses últimos, os demais princípios enumerados ou estabelecidos pela Constituição Federal, que impliquem limitações à autonomia estadual - cerne e essência do princípio federalista - , não que ser compreendidos e interpretados restritivamente e segundo

¹⁵ *apud* LUÍS ROBERTO BARROSO, *Princípios Constitucionais Brasileiros*, in Revista Trimestral de Direito Público, n.º 01, São Paulo, Ed. Malheiros 1993, pág. 174.

¹⁶ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10ª edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 1995, pág. 569.

seus expressos termos. Admitir o contrário seria superpor a vontade constituída à vontade constituinte."

Além disso, mesmo seguindo a interpretação do Supremo e sempre raciocinando, apenas para argumentar, com a hipótese (incorreta) de possibilidade de restrição da norma do art. 225, IV, § 1º da Constituição, não poderia a questão em tela ser entendida como uma peculiaridade estadual? Entendemos que sim.

Nesta questão de competência legislativa o próprio Supremo Tribunal Federal já mudou seu posicionamento após a promulgação da Constituição Federal de 1988, em pelo menos um caso, citado por PAULO AFFONSO LEME MACHADO¹⁷:

"Anteriormente à Constituição em vigor, o Supremo Tribunal Federal houvera invalidado - parcialmente - diversas leis estaduais de agrotóxicos entre outros motivos por entender que a matéria estava inserida na 'produção e consumo' então de competência exclusiva da União.

O STF mudou sua posição, dizendo que, atualmente, é facultado aos Estados legislarem sobre agrotóxicos. É interessante apontar que nos dois julgados sobre agrotóxicos, foi relator o Ministro Moreira Alves, constatando-se a adaptação do julgador à nova norma constitucional."

Na verdade, no presente caso, o meio-ambiente e a sociedade, saíram ganhando, sendo aliás mais do que louvável neste particular a atuação da Procuradoria-Geral da República, bem como a própria decisão do Supremo.

No entanto, resta a indagação sobre os rumos que o Supremo irá tomar na interpretação da Constituição, no que tange à repartição de competência, não só entre a União Federal e os Estados, mas também aí incluindo os Municípios, especialmente no que diz respeito às matérias ligadas direta ou indiretamente à luta pela preservação do meio ambiente. Tenderá o Supremo a uma interpretação restritiva da repartição de competência ou a uma interpretação mais ampla, como no caso dos agrotóxicos?

A questão é ainda mais relevante quando consideramos a competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de "interesse local" (C.F. art. 30, I - anteriormente a expressão utilizada era "peculiar interesse") norma que deixa um enorme espaço aberto à interpretação que, no final, deverá ser preenchido pelo próprio Supremo.

¹⁷ *Estudos de Direito Ambiental*, 1ª edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 1994, pág. 82.

A tradição brasileira, sobretudo herdada dos anos da ditadura com todo o seu aparato burocrático-autoritário, é excessivamente centralizadora. Ressalte-se que, no caso da legislação ambiental, a tradição de centralização de competência na órbita do executivo federal servia, basicamente, para que as providências não fossem tomadas, o que de resto interessava a muita gente.

A preservação do meio ambiente só será efetivada, num país continental como o nosso, se e quando os Estados e os Municípios, que estão bem mais próximos dos problemas, estiverem capacitados e envolvidos nesta missão. Como bem anota JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁸ "... a autonomia é sempre uma marca democrática nos Estados Federais". Preservar esta autonomia que a Constituição lhes concedeu é fundamental para o aperfeiçoamento de uma Federação mais participativa, democrática e atenta à preservação do meio-ambiente.

5. Conclusão

Nesta análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.086-70 procuramos demonstrar a importância de decisões do Supremo Tribunal Federal para questões fundamentais relativas ao meio-ambiente.

A primeira questão, a de que os Estados não podem afastar a exigência constitucional da realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente.

Além disso a Suprema Corte analisa a possibilidade de invocação da competência legislativa concorrente prevista no art. 24 do Texto Maior, entendendo ausentes os pressupostos autorizativos do seu cabimento.

Tentamos demonstrar que a melhor interpretação do art. 24 é a que amplia a competência legislativa dos Estados, por respeitar o princípio federativo (presente nas Cláusulas Pétreas da Constituição) ser conseqüentemente mais fiel à vontade constituinte e permitir a construção de uma República verdadeiramente federativa, democrática e atenta à preservação do meio ambiente.

¹⁸ *Idem* pág. 563.

Bibliografia

BARROSO, Luis Roberto, Princípios Constitucionais Brasileiros, in Revista Trimestral de Direito Público, nº. 01, São Paulo, Ed. Malheiros 1993.

_____, Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira, in Revista Trimestral de Direito Público, nº. 02, São Paulo, Ed. Malheiros 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro e Martins, Ives Gandra, Comentários à Constituição do Brasil, 3º Vol., Tomo II, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993.

BERMUDES, Sérgio, Competência Legislativa Concorrente sobre Procedimentos em Matéria Processual, in Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, vol. 21, Rio de Janeiro, Ed. Degrau Cultural, Out/Dez 1994.

CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional, 6ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

HORTA, Raul Machado, Repartição de Competência na Constituição Federal de 1988, in Revista Trimestral de Direito Público nº. 02, São Paulo, Ed. Malheiros 1993.

MACHADO, Paulo Affonso Leme, Estudos de Direito Ambiental, 1ª edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 1994.

MACIEL, Adhemar Ferreira, Nossa Primeira Constituição Republicana à Luz do Direito Comparado, in Revista Trimestral de Direito Público, nº. 1, São Paulo, Ed. Malheiros, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Constituição e Revisão - Temas de Direito Político e Constitucional (Cáp. III Competência Concorrente Limitada - O Problema da Conceituação das Normas Gerais), 1ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1991.

MUKAI, Toshio, Direito Ambiental Sistematizado, 1ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1992.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, A Publicidade e o Direito de Acesso a Informações no Licenciamento Ambiental, Tese para o XXI Congresso Nacional de Procuradores de Estado, 1995.

SILVA, José Afonso da, A Lei, in Direito, Estado e Sociedade - Revista do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, n.º 02, Rio de Janeiro, jan/jul 1993.

_____, Curso de Direito Constitucional Positivo, 10ª edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 1995.

_____, Direito Ambiental Constitucional, 1ª edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 1994.

TAUK, Sâmia Maria (organiz.), Análise Ambiental: Uma visão multidisciplinar, 1ª edição, São Paulo, Ed. UNESP, 1991.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva, Temas de Direito Público, 1ª edição, Belo Horizonte, Livraria Del Rey, 1994.

PETITÓRIO VERSUS POSSESSÓRIO

A Rivista di Diritto Processuale publica importante julgamento da Corte Constitucional italiana¹, que revê sua orientação anterior (Sentença n.º 41, de 27 de fevereiro de 1942)² e declara parcialmente inconstitucional a limitação imposta pelo Cód. de Proc. Civil ao proprietário, impedindo-o de defender o domínio (através das chamadas ações ou exceções petitorias) enquanto estiver pendente processo sobre a posse.

Sua divulgação contribui não só para agitar a questão, como, e principalmente, para assinalar o respeito dispensado às garantias constitucionais dos cidadãos, que, no Brasil, são tratadas com menor cuidado (haja vista a tese da "lesão direta e frontal", que na prática contribui para inviabilizar grande parte das tentativas de controlar a constitucionalidade da aplicação da lei).

E.D. Moniz de Aragão

¹ Ano XLVII, n.º 4, outubro-dezembro de 1992., págs. 1.185-1.213. Acompanha comentário de PAOLO PATOTSCHING, intitulado: "A Corte Constitucional Atenua a Proibição de Cumular Possessórios e Petitório".

² Foro Italiano, 1974. I/987.

Ementa.

É inconstitucional, por violação aos arts. 3.º e 24, 1.º, da Constituição, o art. 705, 1.º, do Cód. de Proc. Civil, na parte em que subordina a instauração do processo petitório ao julgamento da controvérsia possessória e à execução da respectiva sentença, no caso em que disso decorra ou possa decorrer um dano irreparável ao réu.

Relatório.

1. No curso de um processo de reintegração na posse, o Pretor de Messina, secção destacada de Francavilha da Sicília, por decisão de 6 de abril de 1991, impugnou, por violação aos arts. 3.º, 24, 1.º, e 42 da Constituição³, os arts. 1.168 do Cód. Civil⁴ e 705 do Cód. de Proc. Civil⁵, bem como o art. 55, 1.º, do Cód. de Proc. Penal⁶, relacionadamente aos dois anteriores.

Os fatos que originam a controvérsia são os seguintes. A Fiat Geotech S/A concedera mediante *leasing* a um terceiro, estranho ao processo, um bem móvel não registrado, de relevante valor (precisamente uma escavadeira). O locatário não só pagou as prestações com cheques sem fundos, mas também vendeu a máquina ao atual recorrente, Salvatore Santalucia, o qual a seu turno emitiu cheques sem fundo para pagar a maior parte do preço avençado. Tendo

³ Const. it. Art. 3.º Todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opiniões políticas, condições pessoais e sociais. Incumbe à República remover os obstáculos de ordem económica e social que, limitando de fato a liberdade e igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, e económica e social do país. Art. 24, 1.º. Todos podem agir em juízo para tutela dos seus direitos e interesses legítimos. Art. 42. A propriedade é pública ou privada. Os bens económicos pertencem ao Estado, a entidades coletivas ou particulares. A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, a qual preceve os seus modos de aquisição e do gozo e os limites a que está sujeita, a fim de se realizar a sua função social e se tornar acessível a todos. A propriedade privada pode ser, nos casos previstos na lei e mediante indenização, expropriada por motivos de interesse geral. A lei estabelece as normas e os limites da sucessão legítima e testamentária e os direitos do Estado sobre herança (trad Jorge Miranda).

⁴ CC., it. 1.168, 3.º. Ação de Reintegração ... a reintegração deve ser determinada sem demora pelo juiz em vista da simples notoriedade do fato.

⁵ CPC it., art. 705, 1.º. Proibição de iniciar processo petitório. O réu do processo possessório não pode iniciar processo petitório enquanto o primeiro processo não estiver julgado e a sentença executada.

⁶ CPP it., art. 55, 1.º. A polícia judiciária deve, por sua própria iniciativa, informar-se dos delitos, impedir que produzam ulteriores conseqüências, descobrir seus autores, praticar os atos necessários para conservar as fontes de prova e coligir tudo quanto possa ser útil à aplicação da lei penal.

sido a escavadeira encontrada no leito de um rio, a sociedade proprietária recuperou-lhe a posse, esbulhando o terceiro adquirente. Este promoveu ação civil de esbulho e além disso apresentou denúncia de furto. Segundo as normas anteriores às do atual Cód. de Proc. Penal, o Pretor Criminal notificou a sociedade locadora por crime de exercício arbitrário as próprias razões e também o locatário e o terceiro adquirente por simulação de delito em relação à denúncia de furto.

Os arts. 1.168 do Cód. Civil e 705 do Cód. de Proc. Civil são tachados de inconstitucionais, em primeiro lugar porque não limitam a tutela possessória a uma função de defesa da propriedade, mas a concedem também ao possuidor não proprietário, impedindo o proprietário de defender suas próprias razões; em segundo lugar porque, concedendo a tutela possessória também aos que a possuem por efeito da prática de um crime contra o patrimônio, não consentem ao juiz impedir que tais crimes produzam ulteriores conseqüências em prejuízo do proprietário.

Relacionadamente a este segundo motivo é também tachado de inconstitucional o art. 55 do Cód. de Proc. Penal por não atribuir ao juiz civil, no processo possessório, as funções de polícia judiciária nele previstas.

O Pretor impugnante lamenta que, no caso, as normas atacadas lhe imponham determinar a reintegração do autor na posse embora tenha admitido sua má-fé no momento de adquiri-la e seja evidente a fraude urdida em prejuízo do proprietário; que a execução da sentença, prevista no art. 705 do Código de Processo Civil como requisito para o réu de um juízo possessório poder iniciar o juízo petitório, ensejaria ao autor a alienação do bem a terceiros de boa-fé, com a conseqüente perda da propriedade por parte do mesmo réu; que os atos de exercício arbitrário das próprias razões praticadas por este último são suficientemente punidos pelo arts. 392 do Código Penal⁷, enquanto a tutela civil, com o apontado risco de reduzir a pretensão do réu a mera ação de ressarcimento de danos em face de pessoas insolventes, afigura-se desproporcionada e incompatível com a garantia constitucional da propriedade.

2. Na tramitação do processo perante a Corte interveio o Presidente do Conselho de Ministros, postulando que a impugnação seja declarada manifestamente infundada.

Em relação à primeira questão a Advocacia observa que contradiz a própria essência da tutela possessória, que atua independentemente da questão da propriedade, estando fundada no interesse público da restauração da ordem violada pelo autor do esbulho. Por isso o juiz chamado a pronunciar-se sobre uma ação de reintegração deve limitar-se a acertar a situação pregressa da posse do

⁷ O art. 392 do CP it. dispõe sobre o "exercício arbitrário das próprias razões com violência à coisa".

autor e o autor e o fato, sobrevivendo, do esbulho e deixar de lado a questão, relativa ao art. 55 do Código de Processo Penal, pois a tutela penal e a tutela civil atuam em planos distintos e não estão reciprocamente condicionadas, salvo a determinação do seqüestro no processo penal.

Quanto à proibição da cumulação do juízo possessório com o petitorio, consagrada no art. 705 do Código de Processo Civil em face do réu, a Advocacia nega que possa reputar-se em contraste com o direito de defesa, com o princípio da igualdade e com a tutela constitucional da propriedade e na oportunidade reitera os argumentos da sentença nº 41, de 1974, desta Corte, que declarou improcedente a questão da inconstitucionalidade da norma por último referida.

Fundamentação

1. Pelo Pretor de Messina, secção destacada de Francavilha da Sicília, é argüida a inconstitucionalidade dos arts. 1.168 do Código Civil e 705 do Código de Processo Civil:

a) primariamente, enquanto *“concedem a tutela possessória ao possuidor não proprietário contra o proprietário e impedem a este último de excepcionar e assim defender o direito de propriedade por violação dos arts. 3º, 24, 1º, e 42 da Constituição”*;

b) secundariamente e com referência aos mesmos parâmetros, na parte em que concedem a tutela possessória ao possuidor não proprietário contra o proprietário na hipótese em que, tratando-se de bem móvel não registrado, o esbulhado tenha obtido a posse através de um crime o patrimônio.

Em conexão com a questão sub b é também impugnado o art. 55, 1º, do Código de Processo Penal, *“na parte em que discriminando não razoavelmente entre ministério público e polícia judiciária, de um lado e juiz civil do outro, não consente ao juiz do processo possessório impedir que os crimes cujo produto ou proveito é representado pelo bem objeto do esbulho, produzam conseqüências ulteriores em prejuízo do proprietário”*.

2. As duas primeiras questões devem ser corrigidas para efeito de fundamentação e unificadas. A argüição sub a propõe uma sentença que elimina radicalmente a proibição da cumulação dos juízos possessório e petitorio, em vista de *“a possessória ser constitucionalmente justificada (somente) na medida em que faculta uma proteção rápida ao proprietário”*, isto é, com apoio na premissa de uma pretensa inconstitucionalidade do princípio de autonomia da posse em relação à propriedade, sobre a qual se funda a tutela possessória entendida como tutela distinta da tutela da propriedade.

A premissa é insustentável, seja sob o aspecto do princípio da razoabilidade (art. 3º da Constituição), por corresponder a uma exigência de ordem pública serem prontamente restabelecidas situações subjetivas arbitrariamente modificadas de fato por um terceiro sem prévia apreciação, judiciária ou negocial, do estado do direito; seja sob o aspecto da garantia do direito de defesa (art. 24 da Constituição) e da propriedade privada (art. 42 da Constituição) porque a tutela possessória, tendo caráter provisório, não priva o proprietário da tutela jurisdicional de seu direito, mas sobretudo a remete a um processo ulterior, e do outro lado avanta o mesmo proprietário, consentindo-lhe, quando sofra esbulho ou turbação possessória, desfrutar de um remédio rápido, que não reclama prova do direito.

Se esta é a razão de ser da tutela autônoma da posse e da correspondente proibição processual de o réu invocar seu direito de propriedade, no plano da legitimidade constitucional põe-se a questão mais limitada — (claramente identificada na motivação da decisão do Pretor que a remeteu, mas não traduzida com a mesma clareza no respectivo dispositivo) — de essa proibição estar em conformidade com os parâmetros constitucionais reclamados, na hipótese em que da execução do julgamento possessório decorra ou possa decorrer (segundo um juízo de perigo) um dano irreparável ao réu que seja proprietário ou titular de outro direito em relação à coisa.

A questão é alusiva a coisas móveis e imóveis e não somente às primeiras, como se afigura indiretamente ao juiz *a quo*, e é independente da circunstância de os esbulhados ter obtido a posse como fruto de um crime contra o patrimônio. Ela envolve exclusivamente o art. 705, 1º, do Código de Processo Civil e não, também, o art. 1.168, 4º, do Código Civil, cuja disposição, conforme a doutrina mais autorizada, é uma reliquia histórica, privada de fundamento concreto, estando ligada a um *modus procedendi* (o *possessorium summarissimum* das antigas leis piemontesas) não previsto no Código processual. Seja como for, embora admitido que tenha ainda algum significado normativo, a última parte do art. 1.168 não se presta a ser objeto, juntamente com o art. 705 do Código de Processo Civil, de uma sentença de inconstitucionalidade que limite o poder-dever do juiz de ordenar a reintegração sem apreciar exceções petitorias eventualmente opostas pelo réu. Nos termos da norma do Código Civil o limite não poderia manifestar-se senão como legitimação do réu, no caso acima figurado, para fazer valer o direito à posse, no mesmo processo, por meio de exceção reconvenção, em derrogação das regras (ordinárias) de competência e de processo que regem os juízos possessórios.

Uma tal inovação excede os poderes da Corte e por isso, em relação à parte final do art. 1.168 do Código Civil, a questão é declarada inadmissível.

Além disso, porque para bens imóveis a tutela contra o esbulho é repartida entre a ação de reintegração e a ação de manutenção (fora a dificuldade de estabelecer tal distinção, a partir do momento em que a jurisprudência praticamente cancelou, no art. 1.168, o requisito da violência) a questão deve abranger também a forma de tutela possessória prevista no art. 1.170⁸, isto é, inteiro campo de aplicação do art. 705 do Código de Processo Civil. É apenas caso de mencionar que o requisito de prejudicialidade da questão de legitimidade constitucional não significa que esta tenha caráter estritamente subordinante em relação ao objeto do juízo *a quo*: admitida a relevância, a Corte aprecia integralmente a questão, nos limites da impugnação.

3. Assim definida, a questão procedente em relação aos arts. 3º e 24, 1º, da Constituição.

Na linha da tradição do direito romano comum, o juízo possessório é determinado pela lei como procedimento especial, com uma primeira fase do tipo interdital, modelado pela formas do processo cautelar e com expressivo caráter de celeridade. A cognição sumária do juiz é justificada pela urgência da intervenção do braço da lei para restabelecer um estado de coisas alterado pelo comportamento arbitrário do terceiro, mas é construída de modo a infligir ao réu, que seja titular de um direito sobre a (ou à) coisa, um sacrifício passageiro e reversível, a ser reparado no ulterior juízo petitorio.

Com esta concepção não é coerente — e por isso conflita com o princípio da razoabilidade de que cuida o art. 3º da Constituição — a proibição absoluta de invocar o próprio direito, que é imposto ao réu pelo art. 705, que impede não somente de arguir exceções *ex iure proprio* no mesmo processo possessório, mas também — (enquanto o processo possessório não estiver ultimado e o julgamento executado) — de instaurar, em processo autônomo, um juízo petitorio perante o órgão competente. A norma não toma em consideração que, segundo a razão de ser dos procedimentos regulados pelo art. 793 e seguintes do Código de Processo Civil⁹, a autonomia da tutela possessória é contrabalançada e portanto limitada pela condição de o prejuízo causado ao réu poder ser reparado através de outro juízo.

Quando se trata de coisas móveis não registradas, um prejuízo definitivo e irremediável ameaça sobretudo (mas não só) quando o esbulhado seja um ladrão, um receptador,¹⁰ um inventor infiel,¹¹ ou como na espécie, um sujeito de fraude. Reintegrado na posse da coisa, em execução da sentença de reintegração, ele poderá aliená-la a um terceiro de boa-fé, que se tornará

⁸O art. 1.170 do CC it. cuida da ação de manutenção de posse.

⁹Os arts. 703 e segs. do CPC it. cuidam “Dos procedimentos possessórios”.

¹⁰Cfr. o art. 521 do CC bras. e as opiniões a seu respeito, em face da boa fé do adquirente.

¹¹Cfr. CC bras., arts. 603 e segs.; CP bras.; art. 169, par. ún., II.

proprietário em virtude do art. 1.153 no Código Civil,¹² aplicável também às coisas furtadas ou perdidas.

Em relação à imóveis, a exceção do julgamento possessório causa um dano irreparável quando o esbulho se concretiza numa construção. Em tal caso o ônus de executar a decisão antes de instaurar o juízo petitorio constringe o réu a demolir uma obra que, como resultará do ulterior juízo petitorio, tinha direito de construir. Aqui a não-razoabilidade da derrogação imposta pela proibição constante do art. 705 ao princípio da economia processual (*dolo facit qui petit quod mox redditurus est*)¹³ é de tal evidência que, no passado, a Corte de Cassação, em construção pretoriana, não hesitou em admitir em certa ocasião que a ação possessória pudesse ser paralisada pelo exercício simultâneo, em processo separado, de uma ação petitoria, com a conseqüente suspensão da ordem de demolição, com o fim — acrescenta a Corte — de poupar à economia nacional “*um desperdicio inútil de riqueza*” (cfr. Corte de Cassação, 29 de janeiro de 1929, setença nº 405).¹⁴ Sob este último aspecto pode-se notar uma incoerência sistemática entre o art. 705 do Cód. de Proc. Civil e a disciplina das obrigações de não fazer, prevista no art. 2.933 do Código Civil,¹⁵ que veda que seja ordenada a destruição do que tenha sido feito em violação de obrigação, “*se a destruição da coisa causa prejuízo à economia nacional*”.

4. Nos casos de irreparabilidade do dano infligido ao titular do direito, a execução do julgamento sobre a posse, ao qual o art. 705 subordina a instauração do juízo petitorio, frustra esse mesmo juízo, ou por ensejar que no entretanto o proprietário seja privado do direito por efeito da regra “*posse vale título*”, ou por reduzir o resultado do processo ao reconhecimento da faculdade de reconstruir aquilo que precedentemente fora constringido a demolir. Torna-se, assim, manifesta também a violação do art. 24 da Constituição, não sendo possível sustentar aqui que a tutela possessória não obsta a tutela jurisdicional do direito (de propriedade) do réu, que apenas difere a um juízo ulterior.

5. A questão acima indicada no item 1, *sub c*, é improcedente.

As funções previstas no art. 55, 1º, do Código de Processo Penal, são funções de polícia judiciária e não faz sentido estendê-las ao juiz civil incumbido de uma ação de reintegração na posse. A razão de ser desta forma de

¹²O art. 1.153 do CC.it. disciplina “os efeitos da aquisição de posse” e sua segunda parte dispõe: A propriedade é adquirida livre de direitos alheios sobre a coisa, se estes não decorrem do título e se o adquirente estiver de boa-fé.

¹³Age com dolo quem pede aquilo que em breve será devolvido.

¹⁴Foro Italiano, 1929, I, 241.

¹⁵CC. it., art. 2.933. Execução forçada das obrigações de não fazer. — Se é descumprida a obrigação de não fazer, o credor pode exigir que seja destruído, à custa do devedor, o que houver sido feito com infração da obrigação. Não pode ser determinada a destruição da coisa, e o credor apenas será indenizado dos danos, se a destruição da coisa trouxer prejuízo à economia nacional.

tutela possessória retira qualquer relevância, para os fins do julgamento da causa, ao modo pelo qual o esbulhado obteve a posse da coisa e exclui, portanto, que o juiz possa, ainda que apenas *incidenter tantum*, apurar sua origem delituosa. Não se pode pensar que, tendo notícia de tal origem, possa o réu ser legitimado a pedir ao juiz competente para decretar o seqüestro penal da coisa, pois tal medida não é utilizável para impedir que o crime produza conseqüências ulteriores, nem para fins de tutela cautelar do direito da pessoa atingida, mas, sobretudo, para fins de apreciação dos fatos relevantes no processo penal.

De resto, sempre que a posse de quem pede a reintegração seja fruto de um crime em prejuízo do réu-proprietário, concretiza-se um caso em que, em virtude da declaração de inconstitucionalidade que ora se pronuncia, o réu, que demonstre seu direito, poderá pedir o seqüestro do bem em conformidade com o art. 670 do Código de Processo Civil.¹⁶

Por estes motivos a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade do art. 705, 1º, do Código de Processo Civil, na parte em que subordina a instauração do processo petitório ao julgamento da ação possessória e à execução da respectiva sentença, no caso de, por isso, decorrer ou poder decorrer um prejuízo irreparável ao réu; declara inadmissível a arguição de inconstitucionalidade ao art. 1.168 do Cód. Civil em relação aos arts. 3º, 24, 1º, e 42 da Constituição, suscitada pelo Pretor de Messina, secção destacada de Francavilla da Sicília, com a decisão indicada ao início; declara improcedente a arguição de inconstitucionalidade do art. 55, 1º, do Código de Processo Penal, suscitada em iguais termos pela mesma decisão do aludido Pretor.

RESENHA

A. CASTANHEIRA NEVES

METODOLOGIA JURÍDICA - Problemas Fundamentais, Coimbra Editora, Portugal, 1993.

Margarida Maria Lacombe Camargo*

O festejado professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, A. Castanheira Neves, traz valiosa contribuição para o campo da Teoria do Direito ao publicar em 1993 o livro intitulado *Metodologia Jurídica*, nitidamente inserido na vanguarda do pensamento jus-filosófico contemporâneo. O autor propõe-se à compreensão do que podemos chamar “razão jurídica” ou “fundamentação jurídica”, numa perspectiva pós-positivista. Trata-se de questionar a construção do raciocínio jurídico que permeia a interpretação e a aplicação das leis, dando validade às decisões judiciais, sob a ótica da ação ou da “razão prática”. Afinal, o Direito não é Direito sem se manifestar na prática e como uma prática. E a metodologia jurídica apresenta-se, assim, como um pensamento prático ao assumir e refletir os problemas de uma prática: a prático-problemática realização do Direito.

De um mero *platonismo de regras*, característico do positivismo, em que as prescrições normativas eram vistas como entidades autossignificantes, procura-se, agora, a significação da norma ou do Direito *no problema* que se apresenta como jurídico. Reconhece o autor que o Direito não é só forma, mas intenção material, ou seja, uma intencionalidade prático-axiológico-normativa. Diz, à página 29, que: “A índole do pensamento jurídico não é simplesmente cognitivo-analítica e lógico-dedutiva, mas prático-normativa e normativo-teleologicamente *constitutiva*.” Constitutiva de uma intenção material prevista na lei.

A partir, então, de severa crítica feita à metodologia jurídica tradicional, na qual se verifica um forte predomínio da lei e do sistema, seu texto e conteúdo, sobre o fato-problema, desloca-se agora o eixo da discussão para o problema (fato em si), procurando-se um meio termo à questão metodológica: sistema x problema. Apesar de reconhecer que o Direito existe para resolver *aqueles* determinados problemas que lhes são apresentados, não é de somenos importância a objetividade de sua vinculação legal, como fundamento de validade da decisão.

¹⁶ O art. 670 do CPC *it.*, que integra o capítulo “Dos procedimentos cautelares”, cuida do seqüestro.

* Chefe da Pesquisa Jurídica da Fundação Casa de Rui Barbosa, professora nas Faculdades Integradas Cândido Mendes Ipanema e doutoranda na Universidade Gama Filho.

O livro enquadra-se no que já podemos identificar como “tradição tópica” em que as decisões jurídicas são constituídas a partir *do* e para o problema, sob um considerável esforço argumentativo em torno de *lugares comuns* capazes de promover o consenso. A partir do momento em que assumimos como paradigma o fato de que o Direito existe para ser realizado, e não é outra a sua essência fundamental, a lei passa a identificar-se com o fato, assumindo uma relação dialética entre a sua intencionalidade normativa e a realidade problemático-decidenda. O fato, por sua vez, constitui-se em um problema. Problema enquanto formula uma determinada pergunta que passa a ser o foco central da questão e que requer uma determinada resposta ou solução jurídica. “O caso jurídico não é apenas o objeto decisório-judicativo, mas verdadeiramente a perspectiva problemático-intencional que tudo condiciona e em função da qual tudo deverá ser interrogado.” (Página 142)

Segundo o autor, cabe à metodologia jurídica refletir criticamente sobre o método da *judicatio*-decisória realização do Direito. Uma vez que a lei, escrita ou oriunda do precedente, serve como fator de mediação normativamente constitutiva da decisão, pergunta-se: Em termos metodológicos, qual o tipo de racionalidade correspondente ao pensamento jurídico na sua tarefa da realização do Direito?

Com a forte influência da Sociologia e o conseqüente enaltecimento dos resultados da solução jurídica (*legal realism*), em função de um efetivo controle social, o autor, ainda que sob a tônica de uma “ética da responsabilidade” não reconhece o pensamento jurídico de fundamentação tecnológica e estratégica (*social engineering*). Afirma não poder o resultado da decisão servir como critério, ou único critério de racionalidade, sob pena de descurar-se do âmbito de validade axiológica-normativo-fundamentante tão caro ao Direito.

Na parte dedicada especificamente a um “modelo da realização do Direito”, encontra-mo-lo estruturado sobre duas coordenadas metodológicas: o sistema e o problema. O sistema pré determinaria o campo e o tipo dos problemas possíveis, enquanto o problema apresentaria uma pressuposição de juridicidade, fundamentado na *intenção normativa*, num ir e vir de perspectiva entre sistema e problema. O critério, que a índole concreta do problema justifica, há de ser procurado no âmbito e no horizonte do sistema jurídico, enquanto este oferece, na sua normatividade, a prévia objetivação dos fundamentos jurídicos disponíveis. A norma intenciona uma normatividade jurídica que deverá ser suscetível de revelar o problema jurídico concreto.

Ao nível da interpretação ou da Hermenêutica Jurídica, a síntese do modelo recai sobre a *analogia*. Aliás, esse é o ponto chave da construção teórica que o livro de Castanheira Neves suscita. A seleção da norma, de acordo

com o autor, não deve dirigir-se ao seu conteúdo ou texto, mas ao problema jurídico típico-abstrato nela proposto, pondo-o em confronto com o problema concreto. A via da concretização atua no confronto entre problemas e não na identidade de situações (a prevista na hipótese e a situação concreta) que a subsunção admite. A norma aparece como aplicável e como critério de juízo desde que haja analogia (semelhança e não identidade) entre os problemas. Pretende oferecer uma solução a determinado problema que tem de ser da mesma índole do problema do caso concreto. Esse processo de semelhança, no entanto, não é lógico, mas teleológico. O processo de realização do Direito, que se dá mediante a interpretação, é do mesmo modo assimilação do caso pela norma e uma referência normativa da norma ao caso através de uma intenção teleológica que se cumpre num mediador juízo decisório. Dessa forma, o Direito, como função prática, implica e cumpre-se sempre no modo da *extensio*, mediante uma “igualação de não iguais” segundo o critério do ponto de vista tido por essencial - síntese constituída por uma intenção teleológica -, o que permite que a solução analógica dê continuidade consistente à ordem jurídica.

A par dessa fundamentação analógico-metodológica, o autor aponta outros fatores que orientam e dão validade à decisão jurídica. Primeiro, não prescindir a realização do Direito do *argumento*, posto que a mediação do concreto juízo decisório, também normativamente constitutiva ou inovadora, não deixa de levar em conta uma intenção fundamentante, a exigir uma concreta e consistente justificação: um processo de argumentação como um processo de justificação. Segundo, o *momento material*, vez que nenhum Direito se constitui senão em referência condicionante à realidade histórico-social. Terceiro, o *espírito do sistema*, que se revela em torno dos princípios da ordem jurídica positiva reconhecidos como fundamentos imediatos da sua particular normatividade. E, finalmente, a *consciência jurídica geral*, como síntese de todos os valores e princípios normativos que, em determinada comunidade, dão sentido fundamental ao Direito.

NOTÍCIAS E INFORMAÇÕES

Dissertações de Mestrado defendidas no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da PUC-Rio no período de janeiro a julho de 1996.

1. Título da Dissertação: Responsabilidade Extracontratual do Estado por Condutas Administrativas Comissivas

Aluno: Rodrigo Madeira Henrique de Araújo

Orientador: Prof. Francisco Mauro Dias

Banca Examinadora: Prof. Francisco Mauro Dias, Prof. Alejandro Bugallo Alvarez, Prof. José Ribas Vieira.

2. Título da Dissertação: A Função Social da Propriedade e a Desapropriação por Interesse Social para Fins de Reforma Agrária na Constituição de 1988.

Aluno: Roberval Borges Filho

Orientador: Prof. Alejandro Bugallo Alvarez

Banca Examinadora: Prof. Alejandro Bugallo Alvarez, Prof. Francisco Mauro Dias, Prof. José Ribas Vieira

3. Título da Dissertação: A Construção do Sistema de Solução de Controvérsias no Mercosul: Antecedentes, Balanço e Perspectivas.

Aluno: Eduardo Manuel Val

Orientador: Prof. José Maria Gómez

Banca: Prof. José Maria Gómez, Prof. Alejandro Bugallo Alvarez, Prof. Manoel Tolomei Pereira G. Moletta

4. Título da Dissertação: Ação Civil Pública: Um Instrumento de Tutela do Direito Fundamental a um Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado.

Aluna: Isabella Franco Guerra

Orientador: Prof. Francisco Mauro Dias

Banca: Prof. Francisco Mauro Dias, Prof. Alejandro Bugallo Alvarez, Prof. Gustavo Tepedino.

5. Título da Dissertação: As Normas Constitucionais Programáticas

Aluno: João Batista Berthier Leite Soares

Orientadora: Prof. Ana Lucia de Lyra Tavares

Banca Examinadora: Prof. Ana Lucia de Lyra Tavares, Prof. Francisco Mauro Dias, Prof. José Ribas Vieira.

6. Título da Dissertação: Poder Reformador: Uma Revisão Conceitual

Aluna: Sayonara Grillo Coutinho

Orientadora: Prof. Ana Lucia de Lyra Tavares

Banca Examinadora: Prof. Ana Lucia de Lyra Tavares, Prof. Gisele Cittadino, Prof. Joaquim de Arruda Falcão.

7. Título da Dissertação: A Liberdade e a Lei: Uma Flecha através do Tempo

Aluno: Luis Antônio Cunha Ribeiro

Orientadora: Prof. Gisele Cittadino

Banca Examinadora: Prof. Gisele Cittadino, Prof. Carlos Alberto Plastino, Prof. Paulo Vaz.